ISSN 0101.8868

Revista de Doutrina e Jurisprudência

Set./Dez.
2010

94

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, (94): 01-640, set./dez. 2010

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 bittet um austausch
Si richiede lo scambio

Redação

Presidente da Comissão Organizadora
Des. Dácio Vieira

Secretário de Jurisprudência e Biblioteca
Jorge Eduardo Tomio Althoff

Subsecretário de Doutrina e Jurisprudência
Marcelo Morum Xavier

Supervisora do Serviço de Revista e Ementário
Fernanda Freire Falcão

Palácio da Justiça - Praça Municipal, Bloco A, Ala A, 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. Otávio Augusto Barbosa*
Vice-Presidente - *Des. Dácio Vieira*
Corregedor - *Des. Sérgio Bittencourt*
Secretário-Geral - *Dr. Guilherme de Sousa Juliano*

CÂMARA CRIMINAL

Presidente da Câmara:
Des. Roberval Casemiro Belinati

Composição:
Des. Mario Machado
Des. George Lopes Leite
Desa. Sandra De Santis
Des. Silvanio Barbosa dos Santos
Des. João Timóteo
Des. Romão C. Oliveira
Des. Getulio Pinheiro

PRIMEIRA TURMA CRIMINAL

Presidente da Turma:
Des. Mario Machado

Composição:
Desa. Sandra De Santis
Des. George Lopes Leite
Des. Romão C. Oliveira

SEGUNDA TURMA CRIMINAL

Presidente da Turma:
Des. João Timóteo

Composição:
Des. Roberval Casemiro Belinati
Des. Silvanio Barbosa dos Santos
Des. Getulio Pinheiro

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Presidente da Câmara:
Des. Natanael Caetano

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

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Presidente da Câmara:
Des. Fernando Habibe

Composição:
Desa. Carmelita Brasil
Des. Cruz Macedo
Des. Waldir Leôncio C. Lopes Júnior
Des. J. J. Costa Carvalho
Des. Sérgio Rocha
Des. Arnoldo Camanho
Des. Antoninho Lopes

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Presidente da Câmara:
Des. Humberto Adjuto Ulhôa

Composição:
Des. Romeu Gonzaga Neiva
Des. Mário-Zam Belmiro
Desa. Nídia Corrêa Lima
Des. Lecir Manoel da Luz
Des. João Mariosi
Des. Angelo Passareli
Des. João Egmont

PRIMEIRA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Des. Natanael Caetano

Composição:
Des. Flavio Rostirola
Des. Lécio Resende
Des. Nívio Gonçalves

SEGUNDA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Desa. Carmelita Brasil

Composição:
Des. Waldir Leôncio Júnior
Des. J. J. Costa Carvalho
Des. Sérgio Rocha

TERCEIRA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Des. Mário-Zam Belmiro

Composição:
Desa. Nídia Corrêa Lima
Des. Humberto Adjuto Ulhôa
Des. João Mariosi

QUARTA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Des. Fernando Habibe

Composição:
Des. Cruz Macedo
Des. Arnoldo Camanho
Des. Antoninho Lopes

QUINTA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Des. Lecir Manoel da Luz

Composição:
Des. Romeu Gonzaga Neiva
Des. Angelo Passareli
Des. João Egmont

SEXTA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Des. Jair Soares

Composição:
Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito
Des. José Divino de Oliveira
Desa. Vera Andrighi

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Lista de antiguidade das autoridades judiciárias do Distrito Federal até 31 de dezembro de 2010, 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 Mario Machado Vieira Netto 18/09/1997
10. Desembargador Sérgio Bittencourt..... 17/04/1998
11. Desembargador Lecir Manoel da Luz 17/04/1998
12. Desembargador Romeu Gonzaga Neiva 16/12/1998
13. Desembargadora Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias..... 27/06/2002
14. Desembargador José Cruz Macedo 14/10/2002
15. Desembargador Waldir Leôncio Cordeiro Lopes Júnior..... 22/08/2003
16. Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa 19/09/2003
17. Desembargador José Jacinto Costa Carvalho 19/02/2004
18. Desembargadora Sandra De Santis Mendes de Farias Mello 19/02/2004
19. Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito 19/02/2004
20. Desembargador Jair Oliveira Soares 19/02/2004
21. Desembargadora Vera Lúcia Andrighi..... 19/02/2004
22. Desembargador Mário-Zam Belmiro Rosa..... 19/11/2004
23. Desembargador Flavio Renato Jaquet Rostirola..... 29/04/2005
24. Desembargadora Nídia Corrêa Lima 19/08/2005
25. Desembargador George Lopes Leite 26/10/2006
26. Desembargador Angelo Canducci Passareli..... 19/12/2006
27. Desembargador José Divino de Oliveira..... 21/06/2007
28. Desembargador Roberval Casemiro Belinati 07/03/2008
29. Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos 23/06/2008
30. Desembargador Sérgio Xavier de Souza Rocha 19/09/2008
31. Desembargador Arnoldo Camanho de Assis..... 24/10/2008
32. Desembargador Fernando Antonio Habibe Pereira 13/03/2009
33. Desembargador João Timóteo de Oliveira..... 06/11/2009
34. Desembargador Antoninho Lopes..... 09/04/2010
35. Desembargador João Egmont Leôncio Lopes 09/07/2010

SUMÁRIO

DOUTRINA

A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil
Wagner Junqueira Prado 13

Prisão cautelar em época de eleições
Marcio Evangelista Ferreira da Silva 47

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal de Justiça do Distrito Federal 57

ÍNDICES

Numérico dos Acórdãos..... 619

Alfabético..... 627

Doutrina

A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Wagner Junqueira Prado(*)

RESUMO

O presente artigo procura identificar a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no direito brasileiro. Inicialmente, analisa os tratados sobre direitos humanos incorporados antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 e as posições doutrinárias a respeito do tema existentes até então. Em seguida, estuda o conteúdo da Emenda Constitucional nº 45/2004, as implicações dela sobre a hierarquia dos tratados sobre direitos humanos incorporados tanto antes quando depois de sua promulgação e os problemas interpretativos decorrentes do novo texto constitucional. Por fim, verifica a modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto ocorrida em dezembro de 2008 a realiza uma análise crítica dos novos entendimentos dos Ministros. Admite a possibilidade de coexistência de dois níveis hierárquicos distintos para os tratados sobre direitos humanos no Brasil e conclui que a forma de aprovação do tratado pelo legislativo é que determina o seu *status* hierárquico dentro do sistema jurídico.

Palavras-chave: Tratados. Direitos humanos. Hierarquia. Incorporação.

THE HIERARCHY OF INTERNACIONAL TREATIES ON HUMAN RIGHTS IN BRAZIL

ABSTRACT

This paper seeks to identify the hierarchy of international treaties on human rights in Brazilian law. Initially, analyzes the human rights treaties incorporated before the advent of Constitutional Amendment nº 45/2004 and the doctrinal positions on the theme existing until then. Then, studies the contents of the Constitutional Amendment nº 45/2004, the their implications on the hierarchy of the human rights treaties incorporated both before when after its enactment and interpretative problems arising of the new constitutional text. Lastly, verifies the jurisprudence modification of the Brazilian Federal Supreme Court in respect of the matter occurred in December 2008 to hold a critical analysis of new understandings of the Justices.

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

Accepts the possibility of coexistence of two distinct hierarchical levels for the human rights treaties in Brazil and concludes that the form of approval of the treaty by the legislative determines their hierarchical status within the legal system.
Keywords: Treaties. Human rights. Hierarchy. Incorporation.

1 INTRODUÇÃO

Profundas foram as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, no Direito brasileiro.

Ao acrescentar o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, a referida emenda, que foi chamada pela mídia de "Reforma do Judiciário", previu a possibilidade de os tratados internacionais sobre direitos humanos serem equiparados às emendas constitucionais, desde que aprovados em dois turnos por cada uma das casas do Congresso Nacional, e por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Antes da emenda, várias eram as opiniões a respeito do *status* hierárquico dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que existem quatro correntes doutrinárias a respeito do assunto.[1] De qualquer forma, cada doutrinador, dentro da sua concepção pessoal, atribuía a todos os tratados internacionais sobre direitos humanos o mesmo nível hierárquico no direito interno, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhecia a todos eles o *status* de lei infraconstitucional.

Além da divergência, ainda não resolvida, a respeito da hierarquia normativa desses tratados, a emenda constitucional em questão criou, pelo menos, mais cinco problemas jurídicos que merecem a atenção de nossos intérpretes:

> (1) A partir do momento em que a Constituição prevê a possibilidade de que os tratados internacionais sobre direitos humanos tenham *status* de emenda constitucional, e estabelece um rito procedimental para que isso ocorra, que *status* jurídico deve ser conferido aos tratados internacionais sobre direitos humanos já incorporados no direito interno e que não seguiram o procedimento agora previsto? Percebe-se facilmente que é preciso discutir a possibilidade de coexistirem dois níveis hierárquicos distintos para os tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil: os que foram incorporados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 e aqueles que foram incorporados posteriormente a ela, e que foram aprovados na

forma prevista pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal;
(2) Optando-se pela possibilidade de coexistência de dois níveis hierárquicos distintos para esses diplomas jurídicos, seria possível submeter os tratados sobre direitos humanos incorporados no direito interno antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 novamente ao Congresso Nacional para, caso sejam agora aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, alcançarem o *status* de emendas constitucionais?
(3) Se o tratado internacional sobre direitos humanos, após a referida emenda, para possuir hierarquia de emenda constitucional, precisa ser aprovado em cada uma das casas do Congresso Nacional por maioria qualificada (três quintos) e em dois turnos, o tratado que obtiver a maioria dos votos, mas não atingir a quórum qualificado exigido, estaria rejeitado ou aprovado sem *status* de emenda constitucional? Na primeira hipótese, estaríamos reconhecendo que a Emenda Constitucional nº 45/2004 dificultou sobremaneira a internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos, ao exigir quórum elevado para que isso ocorra; na segunda, estaríamos admitindo, mais uma vez, a possibilidade de coexistirem dois níveis hierárquicos distintos para os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no Direito brasileiro;
(4) É possível ao Poder Executivo deixar de ratificar os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional? Em caso negativo, como obrigar o Executivo a realizá-la ou controlar o prazo de ratificação?
(5) É possível ao Poder Executivo denunciar os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional? Em caso positivo, quais os efeitos decorrentes da denúncia?

Como se vê, é de suma importância buscar a melhor resposta para as indagações ora formuladas, buscando construir, ao mesmo tempo, uma interpretação coerente em seu conjunto.

Também é necessário definir a hierarquia normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos, em face da Emenda Constitucional nº

45/2004 e das novas interpretações que ela suscita. São esses os objetivos do presente trabalho.

Aproveita-se, ainda, a oportunidade para analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

2 A DISCIPLINA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS ANTERIORMENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, o único dispositivo constitucional que dispunha sobre os tratados internacionais era o art. 5º, § 2º, com a seguinte redação:

> Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Note-se que essa norma constitucional não estabelece a hierarquia dos tratados internacionais (nem mesmo daqueles sobre direitos humanos), de forma que a discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema não tinha por base qualquer norma jurídica.

Alguns dos mais importantes tratados internacionais sobre direitos humanos em vigor foram incorporados no direito brasileiro nesse contexto: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,[2] o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[3] e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica).[4]

A doutrina e a jurisprudência nacionais, então, procuraram definir o *status* jurídico dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento brasileiro, e, segundo GALINDO,[5] surgiram quatro correntes sobre o tema. No julgamento, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto,[6] também identificou as mesmas quatro posições, que são expostas a seguir.

2.1 A posição que atribui hierarquia infraconstitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos[7]

Esta corrente de pensamento considera que os tratados internacionais sobre direitos humanos, da mesma forma que os demais tratados internacionais, possuem

status de lei federal (alguns autores chegam a especificar que o *status* é de lei ordinária),[8] sendo passíveis, portanto, de controle de constitucionalidade. Dessa forma, tanto um tratado internalizado revoga a legislação infraconstitucional anterior que com ele não seja compatível, como uma lei federal posterior também tem o condão de revogar um tratado incorporado no direito interno que com ela não seja compatível,[9] observado o princípio da especialidade. Na última hipótese, seria possível a responsabilização do Estado no plano internacional.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, o plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem nível infraconstitucional, nos seguintes julgamentos: Habeas Corpus nº 72.131/RJ (de 23 de novembro de 1995), Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF (de 4 de setembro de 1997), Habeas Corpus nº 76.561/SP (de 27 de maio de 1998), Recurso Extraordinário nº 206.482/SP (de 27 de maio de 1998), Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785/RJ (de 29 de março de 2000) e Habeas Corpus nº 81.319/GO (de 24 de abril de 2002). Importante salientar que o Tribunal já tinha esse entendimento antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, ocorrido em 1º de junho de 1977. Esse entendimento se manteve até o julgamento dos Habeas Corpus de nº 87.585/TO e 92.566/SP e dos Recursos Extraordinários de nº 349.703/RS e 466.343/SP, ocorrido em 3 de dezembro de 2008.[10]

Parte considerável da doutrina também se posicionou dessa maneira.[11] Para AMARAL JÚNIOR,

> [...] parece tranquilo concluir que o tratado internacional, seja qual for a sua matéria, inclusive direitos humanos, ingressa no Direito brasileiro com *status*, com força, com hierarquia de lei. Mais especificamente, comporta-se como uma lei ordinária, porque a maioria requerida para a aprovação do decreto legislativo que recepciona o tratado é a mesma exigida para a aprovação de uma lei ordinária: a maioria simples (artigo 47 da Constituição de 1988).[12]

Segundo FERREIRA FILHO, no direito brasileiro três normas regem a matéria:

> [...] primeira, jamais norma de tratado prevalece sobre a Constituição; segunda, a norma de tratado, desde que devidamente

> incorporada ao direito pátrio, prevalece sobre lei interna anterior; terceira, tendo, porém, o mesmo nível na hierarquia das leis que a norma interna, não prevalece sobre lei posterior (que pode revogá-la, derrogá-la etc.).[13]

MORAES ensina que

> As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando preveem normas sobre direitos fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como *atos normativos infraconstitucionais*...[14]

Já RODRIGUES esclarece que

> Os tratados internacionais de direitos humanos devem ser acolhidos, sim, mas desde que não ofereçam obstáculos às ordens constitucionais já existentes. Pois bem, se houver conflito de fonte constitucional com outra internacional, valerá a primeira, que só será alterada através dos meios ordinários nela prevista (emenda constitucional - art. 60).[15]

2.2 A posição que atribui hierarquia supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos

Segundo esta corrente de pensamento, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, apesar de não possuírem hierarquia constitucional (ou seja, devem se subordinar à Constituição, sendo passíveis, portanto, de controle de constitucionalidade), possuem um *status* superior à legislação infraconstitucional, que deve com ele se conformar. Dessa forma, o tratado, ao ser incorporado ao Direito brasileiro, revoga a legislação infraconstitucional que não seja com ele compatível, mas não poderá ser revogado por uma lei infraconstitucional posterior.

Foi o Ministro Sepúlveda Pertence quem inaugurou esse raciocínio no Brasil, ao proferir o seu voto, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785/RJ:

> Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).
>
> …
>
> Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque - alçados ao texto constitucional - se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (cf. Hans Kelsen, **Teoria Geral**, cit., p. 255).
>
> Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.
>
> Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim... a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas - até, se necessário, contra a lei ordinária - sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.[16]

Para GALINDO, que, todavia, não adere a essa corrente de pensamento, ela

> [...] leva em consideração as especificidades dos tratados de Direitos Humanos, tratando-os de modo diverso aos demais tratados internacionais. Aqueles gozariam de supralegalidade, estando necessariamente submetidos à supremacia constitucional.[17]

2.3 A posição que atribui hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos

Para esta corrente de pensamento, o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", incorpora todos os direitos humanos previstos nos tratados internalizados ao texto constitucional, de forma que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm natureza materialmente constitucional, passando a integrar o chamado "bloco de constitucionalidade".

Assim, um tratado internacional sobre direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico interno torna inconstitucional toda a legislação infraconstitucional que com ele não seja compatível. Por outro lado, não seria possível a exclusão dos direitos humanos internalizados por via do tratado do rol de direitos constitucionais nem mesmo por uma emenda constitucional posterior, pois os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal).

Diversos são os doutrinadores que se alinham a essa vertente de raciocínio. Segundo CANÇADO TRINDADE,

> [...] a especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.[18]

Para GALINDO,

> [...] deve-se defender a posição de que os tratados possuem estatura hierárquica constitucional, disto advindo algumas consequências: a) o art. 5º, § 2º abrange todos os tratados versando sobre Direitos Humanos, e não apenas os consagradores de Direitos Individuais e Coletivos; b) tanto o Direito Costumeiro como o Direito não-obrigatório de grande relevância - como poderia ser configurada a Declaração Universal dos Direitos do Homem - são abrangidos pela cláusula constitucional; c) os tratados de Direitos Humanos possuem o mesmo caráter dos Direitos Fundamentais consagrados expressamente na Constituição.[19]

MAZZUOLI ensina que o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, leva a entender que "os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior".[20]
Segundo PIOVESAN,

> [...] ao prescrever que "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais", *a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.[21]

A referida autora também argumenta que

> [...] em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais... Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado "bloco de constitucionalidade", densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.[22]

Para SARLET,

> Nunca é demais lembrar que a tese da paridade entre a Constituição e os tratados de direitos humanos é anterior à EC nº 45 e encontra sustentação já no teor do § 2º do mesmo artigo, que, na sua condição de norma inclusiva, consagrando a abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais, já vinha... sendo interpretado como recepcionando os direitos humanos oriundos de textos internacionais na condição de materialmente constitucionais. De resto, há que enfatizar sempre que a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário.[23]

Ele ainda acrescenta que essa tese

> [...] é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais.[24]

No Supremo Tribunal Federal, antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, apenas o Ministro Carlos Velloso professava esse entendimento.[25]

2.4 A posição que atribui hierarquia supraconstitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos

Esta corrente de pensamento considera que os tratados internacionais sobre direitos humanos, em virtude do disposto no mesmo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, prevalecem sobre as normas constitucionais, devendo estas se curvarem às normas internacionais.

Dessa forma, um tratado internacional sobre direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico vincula toda a legislação interna, inclusive as normas constitucionais, não sendo possível uma norma constitucional posterior revogar uma norma internacional constitucionalizada (ou seja, incorporada ao rol dos direitos constitucionalizados por um tratado sobre direitos humanos).

No Brasil, o único defensor desse posicionamento é MELLO, para quem

> A Constituição de 1988 no § 2º do art. 5º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan... Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada.[26]

3 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, também chamada de "Reforma do Judiciário", acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação:

> Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Quando a Constituição Federal passou a prever a possibilidade de os tratados que versam sobre direitos humanos serem internalizados com *status* de emenda constitucional, por decorrência lógica, ela também deixou claro que os demais tratados sobre a matéria, que não foram incorporados no Direito interno pelo rito especial agora previsto (que exige o mesmo procedimento de aprovação e quórum qualificado exigido para a aprovação das emendas constitucionais - art. 60, § 2º), não podem ter a mesma hierarquia.[27] Ou seja, somente os instrumentos jurídicos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional na forma de emendas constitucionais podem ter *status* de normas constitucionais.[28]

Dessa maneira, a referida emenda constitucional nenhuma influência pode exercer sobre a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos que já haviam sido incorporados no Direito brasileiro antes de sua promulgação. Esses diplomas jurídicos continuam, portanto, com o mesmo grau hierárquico a eles atribuído antes da vigência da emenda constitucional em foco.[29]

4 A DISCIPLINA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Quanto aos instrumentos jurídicos internacionais que forem aprovados pelo Congresso Nacional na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, não há dúvida: eles possuirão hierarquia constitucional.

Mas é preciso reconhecer que a Emenda Constitucional nº 45/2004 cria algumas dificuldades interpretativas, em virtude da coerência que deve possuir o sistema jurídico. Inicialmente, é necessário discutir a possibilidade de coexistirem dois níveis hierárquicos distintos para os tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil. Em segundo lugar, é preciso questionar a possibilidade de um instrumento jurídico internacional que versa sobre direitos humanos, e já incorporado no ordenamento jurídico nacional antes do advento da mencionada emenda constitucional, ser submetido novamente ao Congresso Nacional para efeito de alcançar o *status* de norma constitucional. Em terceiro lugar, é necessário analisar a possibilidade de um tratado internacional sobre direitos humanos ser internalizado, após a vigência do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, caso não alcance o quórum qualificado ali exigido, por maioria simples, e com *status* de norma infraconstitucional. Em quarto lugar, é preciso examinar o problema da ausência de ratificação dos tratados sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional. Por fim, é necessário averiguar a possibilidade de denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos já incorporados, bem como os efeitos dela decorrentes.

4.1 O problema da possibilidade de coexistência de dois níveis hierárquicos distintos para os tratados internacionais sobre direitos humanos

Como já analisado no capítulo 2 deste trabalho, antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 os doutrinadores se dividiam em quatro correntes distintas ao definir a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, nenhum doutrinador admitia a possibilidade de que tratados sobre direitos humanos distintos pudessem ter *status* jurídicos diversos.

Todavia, com a promulgação da referida emenda constitucional, essa realidade passou a existir. Ao exigir o mesmo rito procedimental e quórum qualificado das emendas constitucionais para atribuir *status* constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, deixou sem sustentação jurídica aqueles que atribuíam hierarquia constitucional aos instrumentos jurídicos internacionais já incorporados por maioria simples, e cuja aprovação havia acontecido em turno único. A esses tratados, por terem sido aprovados pelo Congresso Nacional através do mesmo rito procedimental da lei ordinária, e com o mesmo quórum exigido por essa espécie normativa, só se pode atribuir o *status* infraconstitucional. É o caso do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,[30] do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[31] e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).[32]

E já existe um tratado internacional sobre direitos humanos aprovado pelo Congresso Nacional com *status* de emenda constitucional: trata-se da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.[33]

Atualmente, portanto, convivem em nosso ordenamento jurídico dois níveis hierárquicos de tratados internacionais sobre direitos humanos: (1) aqueles incorporados com o rito procedimental e quórum exigidos para a aprovação das leis ordinárias e (2) aqueles incorporados com o rito procedimental e quórum qualificado exigidos para a aprovação das emendas constitucionais. Por decorrência lógica, os primeiros possuem *status* infraconstitucional e os últimos, *status* constitucional.

Alguns doutrinadores entendem que essa diferenciação não é possível, e que todos os tratados sobre direitos humanos, por terem a mesma origem, devem possuir o mesmo nível hierárquico.[34]

Todavia, é importante observar que todo instrumento jurídico internacional, para ter validade no território nacional, precisa ser incorporado ao nosso ordenamento jurídico. Os tratados internacionais não têm validade automática no país por decisão do Poder Executivo. Ao contrário, precisam ser aprovados pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição Federal. Dessa maneira, a forma pela qual o legislativo aprova cada tratado sobre direitos humanos é fundamental para se averiguar a respectiva hierarquia.

Essa é a interpretação mais condizente com a atual redação do art. 5º, § 3º, da nossa Lei Maior. Reconheça-se que o ideal seria que o próprio Congresso Nacional, desde sempre (ou seja, mesmo antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004), ao apreciar cada tratado internacional (e não somente os que versam sobre direitos humanos), optasse pela forma de aprovação mais adequada, decidindo

acerca do *status* jurídico de incorporação.[35] Essa decisão sempre foi de competência exclusiva do Congresso Nacional, em decorrência do disposto no art. 49, inciso I, da Constituição Federal. Todavia, essa possibilidade nunca foi exercitada antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, e foi preciso inserir na Constituição uma norma prevendo expressamente a incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos como emendas constitucionais para que o Congresso Nacional vislumbrasse a hipótese. E agora, diante dessa norma (art. 5º, § 3º), é preciso admitir que não é mais possível ao Congresso Nacional atribuir hierarquia constitucional a um tratado, a não ser que ele verse sobre direitos humanos. Ou seja, o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, acabou limitando os poderes do Congresso Nacional.

4.2 O problema da possibilidade de nova submissão dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 ao crivo do Congresso Nacional

A partir do momento em que a Constituição Federal passou a prever expressamente a possibilidade de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos com hierarquia de emenda constitucional (e muito embora essa possibilidade já existisse anteriormente, pois não dependia de previsão expressa), é preciso debater, em nome da coerência do sistema jurídico, a possibilidade de nova submissão dos tratados já incorporados com hierarquia infraconstitucional, na vigência do sistema anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004, ao Congresso Nacional, para que o legislativo, querendo, possa conferir a esses diplomas jurídicos *status* de norma constitucional.

A vantagem dessa proposta é que ela possibilita ao Congresso Nacional atribuir ao instrumento jurídico já internalizado um *status* jurídico superior, que, à época da internalização, não foi objeto de análise por parte do legislativo (embora a atribuição desse *status* constitucional fosse possível àquela época). Assim, tratados sobre direitos humanos como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), diplomas jurídicos da maior relevância (e provavelmente mais importantes e abrangentes do que muitos dos tratados que venham, a partir de agora, a ser aprovados na forma de emenda constitucional), poderiam ter o seu *status* jurídico reavaliado pelo legislativo.[36]

Com isso, seria possível ao Congresso Nacional analisar o *status* jurídico dos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados antes da Emenda

Constitucional nº 45/2004, verificando, caso a caso, quais merecem ser alçados ao nível de norma constitucional e quais devem continuar com o nível de norma infraconstitucional. Evidentemente, os tratados já incorporados que, num eventual reexame, não consigam atingir o quórum qualificado agora exigido pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, continuariam com o *status* jurídico original, a eles conferido no momento da internalização.

De qualquer forma, o importante é que o legislativo teria a possibilidade de corrigir algumas distorções na hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos dentro do ordenamento jurídico nacional, provocadas pela mudança na forma de incorporação.

Quanto aos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados na vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004, não há necessidade de reexame (embora também não haja vedação), pois o Congresso Nacional já apreciou a possibilidade de sua internalização com *status* de norma constitucional.

4.3 O problema da possibilidade de um tratado internacional sobre direitos humanos ser incorporado, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, por maioria simples, mas sem *status* constitucional

Se por um lado o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, exigiu procedimento e quórum especiais para conferir *status* constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, por outro não vedou a internalização desses instrumentos jurídicos através da forma antiga, sem as novas exigências, mas com *status* infraconstitucional.

Assim, o tratado que não atingir a maioria qualificada exigida no novo dispositivo, mas que obtiver a maioria simples dos votos pela sua aprovação no primeiro turno de votação, em cada casa do Congresso Nacional, não estará rejeitado, mas sim aprovado, embora sem *status* de emenda constitucional.[37] Evidentemente, o tratado que não obtiver sequer maioria simples no primeiro turno de votação, em qualquer das casas, estará rejeitado.

Se não fosse assim, a Emenda Constitucional nº 45/2004 teria dificultado sobremaneira a internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos, ao exigir sempre o quórum qualificado de três quintos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, e em dois turnos de votação.[38]

Portanto, e mais uma vez, está sendo admitida a possibilidade de coexistirem dois níveis hierárquicos distintos para os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no Direito brasileiro.

4.4 O problema da ausência de ratificação dos tratados internacionais sobre direitos humanos

Ratificação é "o ato unilateral com que a pessoa jurídica de direito internacional, signatária de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se".[39]

Como o tratado é um acordo formal entre pessoas jurídicas de direito internacional público (aí incluídos os Estados soberanos e as organizações internacionais), cada Estado tem liberdade para ratificar ou não determinado tratado ou a ele aderir.[40]

Portanto, é plenamente possível ao Poder Executivo, no uso da competência privativa prevista no art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal, mesmo após a respectiva aprovação pelo Congresso Nacional, deixar de ratificar o tratado.

Assim como não há meio de obrigar o Poder Executivo, após a aprovação legislativa, a ratificar o tratado ou formalizar a respectiva adesão, também não é possível ao Poder Legislativo, em face da inexistência de mecanismo constitucional expresso, efetuar qualquer espécie de controle sobre o prazo de ratificação. Aliás, exceto se previsto no próprio tratado, não há prazo máximo para a ratificação (ou adesão).

Numa hipótese, todavia, a ausência de ratificação somente teria influência no plano internacional, sendo irrelevante para o direito interno: os tratados sobre direitos humanos que conferem direitos e garantias individuais, aprovados pelo Congresso Nacional na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, por serem equivalentes às emendas constitucionais, mesmo antes de ratificados, já estariam vigorando no plano interno na condição de normas constitucionais, com a simples promulgação, pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 60, § 3º, CF), do decreto legislativo que os aprovou.[41]

4.5 O problema da possibilidade de denúncia dos tratados internacionais sobre direitos humanos

Denúncia é o ato pelo qual "manifesta o Estado sua vontade de deixar de ser parte no acordo internacional".[42]

Como o tratado é um acordo formal entre pessoas jurídicas de direito internacional público (aí incluídos os Estados soberanos e as organizações internacionais), da mesma maneira que cada Estado tem liberdade para ratificar ou não determinado tratado, ou a ele aderir,[43] também poderá, a qualquer momento, denunciá-lo.

Todavia,

> [...] tratados existem que, por sua própria natureza, são imunes à denúncia unilateral. Tal é, seguramente, o caso dos tratados de vigência estática. Não se compreende que a vontade singular de uma das partes possa fazer reverter certo pacto de cessão territorial onerosa, ou de definição de fronteira comum. Esses tratados, mais expressivos de um título jurídico que de normas operacionais de conduta, costumam ser bilaterais. No plano coletivo dificilmente se encontrarão compromissos de vigência estática.[44]

Assim, como os tratados internacionais sobre direitos humanos são compromissos multilaterais (e não bilaterais), a princípio, são denunciáveis. E a formalização da denúncia cabe ao mesmo representante do Estado que ratificou o tratado ou a ele aderiu. Ou seja, no Brasil, a denúncia é de competência privativa do Presidente da República (art. 84, VIII, CF). Discute-se na doutrina, todavia, se para formalizar a denúncia o Presidente da República necessitaria de autorização do Congresso Nacional, em face do art. 49, inciso I, da Constituição Federal. De qualquer forma, e em qualquer caso, tratando-se de diplomas internacionais multilaterais que versam sobre direitos humanos, a denúncia é sempre possível.[45]

Numa hipótese, todavia, a denúncia somente produziria efeitos no plano internacional, sendo irrelevante para o Direito interno: os tratados sobre direitos humanos que conferem direitos e garantias individuais, aprovados pelo Congresso Nacional na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, por serem equivalentes às emendas constitucionais, não deixariam de vigorar no plano interno em virtude da denúncia. Além disso, também não seria possível a aprovação de uma emenda constitucional para retirar-lhes a vigência, em virtude da proteção conferida pela Lei Maior às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV), não sendo possível emendar a Constituição para suprimir direitos fundamentais anteriormente incorporados.

5 A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL OCORRIDA EM DEZEMBRO DE 2008

No dia 3 de dezembro de 2008, o plenário do Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento de diversos casos relacionados à prisão civil do depositário infiel. Nesses julgamentos (Habeas Corpus de nº 87.585/TO e 92.566/SP e Recursos

Extraordinários de nº 349.703/RS e 466.343/SP), formaram-se duas correntes antagônicas a respeito da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004: a primeira, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes e que tornou-se vencedora, defendendo o *status* supralegal desses tratados; a segunda, liderada pelo Ministro Celso de Mello, sustentando que esses tratados possuem *status* constitucional.[46]

5.1 As novas posições dos Ministros do Supremo Tribunal Federal

Como vimos no capítulo 2, desde 1977, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que os tratados internacionais incorporados no direito interno têm o mesmo *status* da legislação infraconstitucional. Esse entendimento foi mantido após a promulgação da Constituição Federal de 1988, mesmo para os tratados internacionais sobre direitos humanos.[47]

Trinta e dois anos depois, eis que nossa Corte Maior, numa mudança absolutamente radical de entendimento, abandona a posição anterior e passa a se dividir entre duas novas possibilidades: conferir *status* supralegal ou *status* constitucional a esses mesmos instrumentos jurídicos. E note-se: nem mesmo a Emenda Constitucional nº 45/2004 é motivo para tão revolucionária mudança, na medida em que o debate nesses julgados limitou-se aos tratados internalizados no Brasil antes de sua vigência (os casos julgados em 3 de dezembro de 2008 tratam, todos eles, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua relação com a prisão civil do depositário infiel).

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, é possível o controle prévio de constitucionalidade dos tratados, pois o decreto legislativo que os aprova está sujeito ao controle de constitucionalidade.[48] O art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, teria esvaziado a tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos anteriormente incorporados no nosso ordenamento jurídico, ao exigir procedimento legislativo especial para alcance desse *status* hierárquico. Todavia, essa mudança teria ressaltado o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico, abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional. Ou seja, o Ministro Gilmar Mendes adotou a tese da supralegalidade.[49] Ele conclui afirmando que nada impede que o legislador constitucional submeta os tratados de direitos humanos já incorporados ao procedimento especial do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.[50]

Já para o Ministro Celso de Mello, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou ao art. 5º da Constituição Federal o atual § 3º, o art. 5º, § 2º, da nossa Lei Maior, já autorizava

> [...] o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos **possuem** hierarquia constitucional, **em face** da relevantíssima circunstância **de que viabilizam a incorporação**, **ao catálogo constitucional** de direitos e garantias individuais, **de outras** prerrogativas e liberdades fundamentais, **que passam a integrar**, subsumindo-se ao seu conceito, **o conjunto normativo** configurador do **bloco de constitucionalidade**.[51]

Como essa divergência foi decidida por apertada maioria (cinco votos a favor da tese da hierarquia supralegal contra quatro votos a favor da tese da hierarquia constitucional), e como os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa preferiram não assumir uma posição definida a respeito do tema nos julgamentos ocorridos em 3 de dezembro de 2008, não se pode descartar a hipótese de que haja, brevemente, nova mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, desta vez a favor da tese da hierarquia constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004.[52]

Importante ressaltar a radical mudança de entendimento do Ministro Celso de Mello, que nos julgamentos anteriores defendeu veementemente a posição da hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos,[53] e agora está liderando, dentro do tribunal, a corrente que prega o *status* constitucional desses mesmos instrumentos jurídicos.[54]

A respeito da mudança de entendimento do tribunal de cúpula do país, vale transcrever a perspicaz observação de AMARAL JÚNIOR:

> A verdadeira novidade, não em processo constitucional, mas com evidente influxo sobre o processo constitucional brasileiro, novidade essa com potencial revolucionário, é a nova composição do STF.
>
> Nos últimos sete anos, oito Ministros do STF aposentaram-se, dois deles no segundo governo Fernando Henrique Cardoso e seis[55] - maioria absoluta - no governo Luís Inácio Lula da Silva.

> Com isso, diversos entendimentos jurisprudenciais, que eram pacíficos há anos no STF, entraram em rediscussão. Alguns deles já foram modificados. Os efeitos deste fato podem ser bons ou maus conforme a percepção do jurisdicionado afetado. Ainda assim, de modo objetivo, é fácil perceber que não há nisso benefício à segurança jurídica.[56]

5.2 Análise crítica do debate ocorrido no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos *Habeas Corpus* de nº 87.585/TO e 92.566/SP e dos Recursos Extraordinários de nº 349.703/RS e 466.343/SP

A tese da hierarquia constitucional, defendida pelo Ministro Celso de Mello, pode ser criticada porque admite que um tratado sobre direitos humanos aprovado com o procedimento e o quórum exigidos para as leis ordinárias tenha *status* de emenda constitucional. Segundo a Constituição Federal, frise-se, apenas os diplomas internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma do art. 5º, § 3º, podem alcançar esse grau especial.

Ademais, se a redação do art. 5º, § 2º, da Lei Maior, fosse realmente suficiente para atribuir *status* constitucional aos tratados sobre direitos humanos, por que razão o legislador constituinte derivado reformador teria se preocupado em acrescentar ao mesmo dispositivo o atual § 3º, que estaria, portanto, sem qualquer função?[57] Não parece aceitável, nem coerente, que o legislador teria o trabalho de emendar a Constituição, acrescentando um novo dispositivo (agora exigindo garantias maiores quanto ao procedimento e ao quórum), apenas para reforçar o efeito jurídico anteriormente reconhecido noutro dispositivo constitucional. Nisso reside a fragilidade da tese.Também não vale invocar o direito comparado para sustentar essa interpretação: é na Constituição Federal, e não no direito comparado, que se deve buscar a fundamentação jurídica para encontrar o grau de hierarquia, no sistema jurídico, tanto dos tratados sobre direitos humanos quanto de quaisquer outras normas jurídicas.

O Ministro Gilmar Mendes faz uma crítica inteligente aos defensores do *status* constitucional automático dos tratados sobre direitos humanos incorporados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004.[58] Todavia, a sua posição também pode ser criticada por fundamentar o *status* supralegal desses instrumentos jurídicos no "Estado Constitucional Cooperativo" de HÄBERLE[59] (obrigação dos Estados em contribuir para a máxima eficácia das constituições modernas, que protegem a

cooperação internacional amistosa e a proteção dos direitos humanos)[60] e no direito comparado.[61]

O primeiro argumento seria mais facilmente utilizável pelos defensores da tese do *status* constitucional automático. A tese também não possui qualquer embasamento na Constituição brasileira, embasamento normativo esse existente em todos os exemplos de direito comparado que o Ministro utilizou.[62] Não se pode falar, no Brasil, de supralegalidade, pois cabe à Constituição estabelecer a hierarquia das normas,[63] e ela não prevê *status* supralegal para qualquer espécie normativa. Repita-se: é na Constituição Federal, e não no direito comparado, que se deve buscar a fundamentação jurídica para encontrar o grau de hierarquia, no sistema jurídico, tanto dos tratados sobre direitos humanos quanto de quaisquer outras normas jurídicas.

Além disso, o Ministro Gilmar Mendes limita-se a taxar de anacrônico o antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal (de atribuir *status* infraconstitucional aos tratados sobre direitos humanos), com base na doutrina de CANÇADO TRINDADE,[64] que, estranhamente, é um defensor não da supralegalidade, mas da constitucionalidade desses diplomas jurídicos.[65]

6 CONCLUSÃO

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da mesma forma que todos os tratados sobre direitos humanos incorporados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 (inclusive os tratados internalizados na vigência das constituições anteriores, e que tenham sido recepcionados pela Constituição de 1988), por terem sido aprovados pelo Congresso Nacional com o quórum de maioria simples e através do mesmo procedimento exigido para as leis ordinárias, possuem, indubitavelmente, hierarquia infraconstitucional. Essa é a mais coerente das quatro posições existentes na doutrina nacional.[66]

Como a Constituição Federal não estabelece o *status* jurídico dos tratados internacionais (exceto na hipótese do art. 5º, § 3º, que se refere aos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados após a Emenda Constitucional nº 45/2004, exigindo procedimento especial e quórum qualificado para aprovação daqueles diplomas com *status* de emenda constitucional),[67] não parece possível atribuir àqueles instrumentos outra hierarquia que não seja a infraconstitucional, sob pena de o intérprete criar norma de *status* jurídico não previsto na Lei Maior (caso seja atribuído *status* supralegal) ou de conferir nível constitucional a uma norma contrariando a

própria Constituição, que não o fez expressamente (caso seja reconhecido *status* constitucional).

Nada impede, todavia, que esses tratados, que versam sobre direitos humanos, sejam novamente submetidos ao Congresso Nacional, na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, com a finalidade de que venham a alcançar *status* de norma constitucional.[68] E, caso não alcancem o quórum necessário (três quintos dos votos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional, em dois turnos), continuarão, evidentemente, possuindo nível hierárquico infraconstitucional.

Já os instrumentos jurídicos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, possuem inegavelmente hierarquia constitucional. Trata-se do único caso em que o grau hierárquico dos tratados internacionais dentro do sistema jurídico é atribuído expressamente pela Lei Maior.

Por outro lado, o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, não veda a internalização desses instrumentos jurídicos através da forma antiga, sem as novas exigências, mas com *status* infraconstitucional, de forma que o tratado sobre direitos humanos que não atingir a maioria qualificada exigida no novo dispositivo, mas que obtiver a maioria simples dos votos pela sua aprovação no primeiro turno de votação, em cada casa do Congresso Nacional, não estará rejeitado, mas sim aprovado, embora sem *status* de emenda constitucional.[69]

Diante dessa situação, coexistem dois níveis hierárquicos distintos para os tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil: (1) os instrumentos que foram incorporados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 (aí incluídos aqueles internalizados antes da promulgação da Constituição de 1988, mas por ela recepcionados) ou que, incorporados após a referida emenda, não tenham alcançado o quórum qualificado de três quintos dos votos dos membros de ambas as casas do Congresso Nacional, em dois turnos, mas que tenham alcançado pelo menos a maioria simples dos votos no primeiro turno de votação, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal (com *status* infraconstitucional em ambos os casos) e (2) os diplomas que foram incorporados posteriormente àquela emenda constitucional, e que foram aprovados na forma e com o quórum previstos no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (com *status* constitucional).

A existência de normas da mesma origem (tratados internacionais sobre direitos humanos), mas que possuem hierarquia diversa dentro do sistema jurídico, ao contrário do que pode parecer num primeiro momento, não é uma situação estranha ou incoerente. Assim como no direito internacional têm origem diplomas sobre o mesmo tema, mas que são incorporados no ordenamento jurídico nacional com

hierarquias distintas, também a ordem interna pode dar origem a normas jurídicas que tratam do mesmo assunto, mas que estão incluídas em espécies normativas diversas (entre aquelas constantes do art. 59 da Constituição Federal), e até mesmo com *status* jurídicos diferentes.

Alguns diriam que um tratado sobre direitos humanos (como o Pacto de São José da Costa Rica) tem uma importância muito maior do que um simples acordo cultural (como o recente Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa).[70] É verdade. Mas uma lei ordinária como o Código de Defesa do Consumidor também é muito mais importante do que outra lei ordinária que dá nome a uma rodovia. E nem por isso elas possuem *status* jurídicos diferentes. São normas aprovadas pelo Congresso Nacional por meio do mesmo procedimento, e com o mesmo quórum de aprovação, e por isso devem possuir o mesmo *status* hierárquico dentro do sistema jurídico. Isso também acontece com os tratados internacionais.

É, portanto, a forma de aprovação pelo legislativo (aí incluídos o procedimento e o quórum), e não a opinião pessoal do intérprete, que define o *status* hierárquico de cada norma dentro do sistema jurídico. Basta aplicar o mesmo raciocínio aos tratados internacionais.

Justamente por isso, deve competir sempre ao Congresso Nacional decidir sobre a forma de incorporação dos tratados internacionais (e, portanto, sobre o respectivo *status* no sistema normativo). Por isso, não parece recomendável diferenciar, na Constituição, quanto ao *status* normativo, os tratados em geral dos tratados sobre direitos humanos. Aí está a inteligência do art. 5º, § 2º, da Lei Maior, que infelizmente não foi repetida no art. 5º, § 3º.

O efeito da reforma, na verdade, foi apenas o de vedar a possibilidade da existência de tratados que não versam sobre direitos humanos com hierarquia constitucional.[71]

7 REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Reforma define status jurídico de tratados sobre direitos humanos*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2005-jan-26/reforma_define_status_juridico_tratados_internacionais>. Acesso em: 15 ago. 2009.

_____. *Reforma sepulta chance de status constitucional automático a tratados*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2005-fev-01/reforma_nega_status_constitucional_automatico_tratados>. Acesso em: 15 ago. 2009.

_____. Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 57, p. 100-108, out./dez., 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Decreto nº 591, de 6 jul. 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, n. 128, 7 jul. 1992, p. 8.713-8.716.

_____. Decreto nº 592, de 6 jul. 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, n. 128, 7 jul. 1992, p. 8.716-8.720.

_____. Decreto nº 678, de 6 nov. 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, n. 214, 9 nov. 1992, p. 15.562-15.567.

_____. Decreto nº 6.583, de 29 set. 2008. Promulga o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, em 16 de dezembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, n. 189, 30 set. 2008, p. 1-9.

_____. Decreto Legislativo nº 226, de 12 dez. 1991. Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Seção (1966) da Assembléia-Geral das Nações Unidas. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, n. 242, 13 dez. 1991, p. 28.838.

_____. Decreto Legislativo nº 27, de 26 mai. 1992. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, n. 101, 28 mai. 1992, p. 6.586.

_____. Decreto Legislativo nº 54, de 18 abr. 1995. Aprova o texto do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, em 16 de dezembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, n. 76, 20 abr. 1995, p. 5.585.

_____. Decreto Legislativo nº 186, de 9 jul. 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, n. 131, 10 jul. 2008, p. 1.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 80.004/SE. Redator: Min. Cunha Peixoto. Acórdão de 1º jun. 1977. *Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, v. 1.083, t. 2, p. 915-1.024, 29 dez. 1977.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus nº 72.131/RJ. Redator: Min. Moreira Alves. Acórdão de 23 nov. 1995. *Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, v. 2.117, t. 40, p. 8.650-8.750, 1º ago. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 4 nov. 1997. *Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, v. 2.031, t. 2, p. 213-365, 18 mai. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus nº 76.561/SP. Redator: Min. Nelson Jobim. Acórdão de 27 mai. 1998. *Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, v. 2.017, t. 2, p. 294-327, 2 fev. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 206.482/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Acórdão de 27 mai. 1998. *Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, v. 2.122, t. 4, p. 661-733, 5 set. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão de 29 mar. 2000. *Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, v. 2.092, t. 2, p. 280-324, 22 nov. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus nº 81.319/GO. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 24 abr. 2002. *Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, v. 2.201, t. 2, p. 186-245, 19 ago. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus nº 87.585/TO. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 3 dez. 2008. *Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, v. 2.366, t. 2, p. 237-365, 26 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus nº 92.566/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 3 dez. 2008. *Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, v. 2.363, t. 3, p. 451-471, 5 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Acórdão de 3 dez. 2008. *Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, v. 2.363, t. 4, p. 675-876, 5 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Acórdão de 3 dez. 2008. *Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, v. 2.363, t. 6, p. 1.106-1.330, 5 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 601.832/SP. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Acórdão de 17 mar. 2009. *Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, v. 2.355, t. 6, p. 1.129-1.146, 3 abr. 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. Vol. I.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Celso de Albuquerque. *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *A abertura material do catálogo constitucional dos direitos fundamentais e os tratados internacionais em matéria de direitos humanos: conteúdo e significado os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988*. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira (coord.) e MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Notas

1 *As quatro correntes doutrinárias serão explicadas no capítulo 2.*

2 *Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.*

3 *Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.*

4 *Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.*

5 *GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira, p. 251-284.*

6 *BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 2.363, t. 6, p. 1.135-1.161, 5 jun. 2009.*

7 *GALINDO denomina essa posição de "caráter meramente legal dos tratados de Direitos Humanos" (Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira, p. 256). O Ministro Gilmar Mendes a denomina de "tendência que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 2.363, t. 6, p. 1.137, 5 jun. 2009).*

8 *Nesse sentido: "Assim, por exemplo, as normas do Pacto de São José da Costa Rica, a que adere o Brasil, não prevaleceriam sobre o direito constitucional positivo brasileiro. Teriam apenas a força de legislação ordinária" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais, p. 102). Com a mesma opinião: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Reforma define status jurídico de tratados sobre direitos humanos, p. 1.*

9 *Na forma do art. 2º e seu § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).*

10 *Trataremos dessa guinada jurisprudencial no capítulo 5.*

11 *REZEK, numa clara análise da matéria, afirmou: "Recorde-se, de início, que o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é ainda hoje uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. Resulta que para o Estado soberano a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico,*

é a sede de determinação da estatura da norma expressa em tratado. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado... Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente" (Direito internacional público: curso elementar, p. 96-97). Ressalte-se, todavia, que embora o autor sempre tenha defendido a estatura infraconstitucional dos tratados em geral, inclusive dos tratados sobre direitos humanos, conforme voto por ele proferido na qualidade de Ministro do Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.131/RJ. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 2.117, t. 40, p. 8.695, 1º ago. 2003), na última edição de sua obra passou a defender a hierarquia constitucional desses tratados (vide nota nº 28).

12 *AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Reforma define status jurídico de tratados sobre direitos humanos, p. 1.*

13 *FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais, p. 101.*

14 *MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, p. 691-692.*

15 *RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos direitos fundamentais, p. 188.*

16 *BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785/RJ. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 2.092, t. 2, p. 300-301, 22 nov. 2002.*

17 *GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira, p. 268.*

18 *CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. I, p. 513.*

19 *GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira, p. 410.*

20 *MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público, p. 750.*

21 *PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p. 52.*

22 *Ibidem, p. 54-55.*

23 *SARLET, Ingo Wolfgang. A abertura material do catálogo constitucional dos direitos fundamentais e os tratados internacionais em matéria de direitos humanos: conteúdo e significado os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira (coord.) e MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). Lições de direito constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda, p. 100.*

24 *Idem. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 124.*

25 *Conforme os seguintes votos por ele proferidos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.131/RJ. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.117, t. 40, p. 8.719-8.720, 1º ago. 2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.031, t. 2, p. 316-319, 324-326 e 332, 18 mai.*

2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 206.482/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.122, t. 4, p. 699-700, 5 set. 2003; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785/RJ. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.092, t. 2, p. 319-320, 22 nov. 2002.

[26] *MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos direitos fundamentais, p. 25.*

[27] *Não é esse o entendimento de REZEK, que, na última edição de sua obra, modificando seu entendimento anterior (vide nota nº 12), esclarece que "é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processos simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional" (Direito internacional público: curso elementar, p. 103).*

[28] *Esse é o entendimento de AMARAL JÚNIOR: "Portanto, os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos que sejam – ou melhor, desde que sejam – recepcionados nos termos do processo de aprovação das emendas constitucionais (art. 60 da Constituição de 1988) terão o status das normas constitucionais. Por outro lado, os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos recepcionados segundo o mecanismo usual de recepção – aquele por meio de decreto legislativo – terão, ou melhor, continuarão a ter, induvidosamente, força de lei ordinária" (Reforma define status jurídico de tratados sobre direitos humanos, p. 2).*

[29] *Segundo AMARAL JÚNIOR, "a Reforma do Poder Judiciário sepultou a possibilidade de ser reconhecido status constitucional aos tratados – passados e futuros – que não sejam internalizados por meio de processo análogo àquele das emendas constitucionais (ou que venham a ser submetidos a esse processo)" (Reforma sepulta chance de status constitucional automático a tratados, p. 2).*

[30] *Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.*

[31] *Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.*

[32] *Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.*

[33] *Aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008.*

[34] *Para PIOVESAN, "há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quorum qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo... Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a 'constitucionalização formal' dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno" (Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p. 72).*

[35] *Vide o item 4.3.*

[36] *Esse é o entendimento de AMARAL JÚNIOR: "Por outro lado, nada impede que um tratado já internalizado seja novamente deliberado, agora na forma do parágrafo 3º do art. 5º combinado com o parágrafo 2º do art. 60,*

ambos da Constituição" (Reforma sepulta chance de status constitucional automático a tratados, p. 2).

[37] *Nesse sentido: "As duas vias convivem. O parágrafo 3º do art. 5º da Constituição de 1988 faculta a recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos por intermédio de uma emenda constitucional e não exclui a recepção pelo mecanismo tradicional, por meio de um decreto legislativo" (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Reforma define status jurídico de tratados sobre direitos humanos, p. 2); "Outro aspecto digno de nota... diz respeito ao caráter compulsório ou facultativo da adoção do procedimento mais rigoroso das emendas constitucionais, especialmente em face da redação do dispositivo ('os tratados que forem incorporados...'), que, no mínimo, dá ensejo a tal dúvida e sustenta a adoção do entendimento que a incorporação mediante o procedimento das emendas poderia ser opcional" (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 130).*

[38] *"Tal argumento assume ainda maior relevo em se considerando que – sob o ponto de vista da forma – a incorporação dos tratados em matéria de direitos humanos... se tornou mais dificultada, o que, em princípio, poderia ser considerado como contraditório, considerando a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, e o princípio (fundamental) da prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais do Brasil estabelecida no artigo 4º da nossa Lei Fundamental" (Ibidem, p. 130).*

[39] *REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar, p. 50.*

[40] *"A adesão é uma forma de expressão definitiva do consentimento do Estado em relação ao tratado internacional. Sua natureza jurídica não difere daquela da ratificação: também aqui o que temos é manifestação firme da vontade de ingressar no domínio jurídico do tratado. O aderente é, em princípio, um Estado que não negociou nem assinou o pacto – e que assim não pode ratificá-lo –, mas que, tomado de interesse por ele, decide tornar-se parte, havendo-se antes certificado da possibilidade do ingresso por adesão" (Ibidem, p. 85).*

[41] *Foi o que aconteceu com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008.*

[42] *REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar, p. 107.*

[43] *"Enfatize-se que os tratados são, por excelência, expressão de consenso. Apenas pela via do consenso podem os tratados criar obrigações legais, uma vez que Estados soberanos, ao aceitá-los, comprometem-se a respeitá-los" (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p. 46).*

[44] *REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar, p. 107-108.*

[45] *Em sentido contrário, entendendo que os tratados sobre direitos humanos material e formalmente constitucionais (ou seja, incorporados na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal) são insuscetíveis de denúncia: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p. 80-81.*

[46] *Esclareça-se que a divergência aqui abordada não é quanto ao resultado do julgamento de cada um desses acórdãos (dois deles, o Habeas Corpus nº 87.585/TO e o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, inclusive são unânimes), mas sim quanto à fundamentação utilizada nos votos individuais acerca do status dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004. Segundo a contagem do Ministro Celso de Mello, na atual composição do Supremo Tribunal Federal, os Ministros Gilmar Mendes, Carlos Britto, Menezes Direito, Ricardo Lewandowsky e Cármen Lúcia consideram que esses tratados possuem status supralegal, enquanto os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie atribuem status constitucional a esses tratados, sendo que os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa não se manifestaram sobre a questão durante o julgamento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº*

92.566/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 3, p. 466-467, 5 jun. 2009). Note-se que o Ministro Cezar Peluso, embora tenha afirmado, durante o julgamento, que ainda não havia se definido entre o status supralegal ou constitucional desses tratados, e que essa definição era irrelevante para o deslinde da questão (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 6, p. 1.271-1.272, 1.277 e 1.282, 5 jun. 2009), em sua última manifestação assumiu a posição que defende a hierarquia constitucional (Ibidem, p. 1.305-1.306).

[47] *A respeito do tema, os mais importantes julgamentos do plenário do Supremo Tribunal Federal na vigência da Constituição de 1988 foram: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.131/RJ. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.117, t. 40, p. 8.650-8.750, 1º ago. 2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.031, t. 2, p. 213-365, 18 mai. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 76.561/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.017, t. 2, p. 294-327, 2 fev. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 206.482/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.122, t. 4, p. 661-733, 5 set. 2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785/RJ. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.092, t. 2, p. 280-324, 22 nov. 2002; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 81.319/GO. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.201, t. 2, p. 186-245, 19 ago. 2005.*

[48] *Conforme os seguintes votos por ele proferidos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 4, p. 714, 5 jun. 2009; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 6, p. 1.141, 5 jun. 2009.*

[49] *Conforme os seguintes votos por ele proferidos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 4, p. 717-720, 725-728, 733-734 e 764, 5 jun. 2009; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 6, p. 1.144-1.147, 1.152-1.155, 1.160-1.161 e 1.191, 5 jun. 2009.*

[50] *Conforme os seguintes votos por ele proferidos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 4, p. 734, 5 jun. 2009; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 6, p. 1.161, 5 jun. 2009.*

[51] *Conforme os seguintes votos por ele proferidos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87.585/TO. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.366, t. 2, p. 286, 26 jun. 2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 4, p. 805, 5 jun. 2009; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 6, p. 1.247, 5 jun. 2009.*

[52] *Tudo vai depender de como vão se posicionar, a partir de agora, os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. A possibilidade existe porque este último, em julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal posterior aos acórdãos ora analisados, passou a sustentar o status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004. No caso, o Ministro, referindo-se à*

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), afirmou: "Com efeito, após o advento da Emenda Constitucional 45/04, consoante redação dada ao § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, passou-se a atribuir às convenções internacionais sobre direitos humanos **hierarquia constitucional**... *Desse modo, a Corte deve* **evoluir** *do entendimento então prevalecente à época do julgado aludido,* **para reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção**" *(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 601.832/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.355, t. 6, p. 1.140, 3 abr. 2009). Dessa forma, muito provavelmente, se a questão for novamente levada ao plenário, teremos cinco votos defendendo essa posição (Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa) e cinco votos sustentando a tese do status supralegal dos tratados incorporados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 (Ministros Gilmar Mendes, Carlos Britto, Menezes Direito, Ricardo Lewandowsky e Cármen Lúcia). Já o Ministro Marco Aurélio, nas oportunidades em que se manifestou expressamente sobre o tema, sempre considerou que os tratados em questão possuem hierarquia infraconstitucional: "O preceito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, limitador de prisão por dívida passou a viger com estatura de legislação ordinária..." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.131/RJ. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.117, t. 40, p. 8.664, 1 ago. 2003). Todavia, frente às novas linhas de raciocínio manifestadas pela atual composição da corte, e diante do empate iminente entre elas numa eventual votação do plenário, o Ministro Marco Aurélio poderá realinhar a sua posição para aderir a uma das duas correntes atualmente majoritárias.*

[53] *Do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus nº 72.131/RJ, constam as seguintes passagens: "Na realidade,* **inexiste**, *na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil,* **qualquer** *precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno,* **sobretudo** *em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa* **não se superpõe**, *em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.131/RJ. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.117, t. 40, p. 8.726, 1 ago. 2003); "Os tratados internacionais* **não podem** *transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois,* **além de não disporem** *de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais,* **não possuem** *força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental" (Ibidem, p. 8.728); "Parece-se irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro,* **que não cabe atribuir**, *por efeito do que prescreve o art. 5º, § 2º, da Carta Política, um* **inexistente** *grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil,* **especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional**, *sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição* **– que expressamente autoriza a instituição da prisão civil do depositário infiel** *(CF, art. 5º, LXVII) –, o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua* **típica** *atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar" (Ibidem, p. 8.729); "A indiscutível* **supremacia** *da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, b), reflete o sistema, que, com algumas* **poucas** *exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado, que considera inválida a convenção internacional que se oponha, que restrinja o conteúdo eficacial ou que importe em alteração da Lei Fundamental..." (Ibidem, p. 8.731). No mesmo sentido, os votos proferidos pelo Ministro*

Celso de Mello nos seguintes julgados: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.031, t. 2, p. 232-240 e 281-283, 18 mai. 2001; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 206.482/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.122, t. 4, p. 722-727, 5 set. 2003.

54 *A justificativa do Ministro Celso de Mello para a sua mudança de entendimento consta dos seguintes acórdãos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87.585/TO. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.366, t. 2, p. 268-289, 26 jun. 2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 4, p. 787-808, 5 jun. 2009; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 6, p. 1.229-1250, 5 jun. 2009.*

55 *Com a aposentadoria do Ministro Sepúlveda Pertence, agora são sete. Da atual composição do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello foi indicado no governo do Presidente José Sarney; o Ministro Marco Aurélio foi indicado no governo do Presidente Fernando Collor; os Ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes foram indicados no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso; e os Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowsky, Cármen Lúcia e Menezes Direito foram indicados no governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (conforme tabela disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_ministros_tabela.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2009).*

56 *AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 14, n. 57, p. 103, out./dez., 2006. O autor ainda conclui o seu trabalho afirmando que "um mesmo texto legal não pode e não deve ser interpretado pelo Poder Judiciário de diferentes maneiras, mormente pelo seu órgão de cúpula. O STF deve contrabalançar os abusos da maioria, não lhes tomar o lugar" (Ibidem, p. 107-108).*

57 *Ou, no dizer de PIOVESAN, com a singela função de "reforçar" a natureza constitucional que esses tratados já possuíam: "Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado (do art. 5º, § 3º, CF) está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a 'constitucionalização formal' dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno" (Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p. 72).*

58 *Conforme os seguintes votos por ele proferidos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 4, p. 717, 5 jun. 2009; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 6, p. 1.144, 5 jun. 2009.*

59 *HÄBERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo.*

60 *Conforme os seguintes votos por ele proferidos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 4, p. 721-722, 5 jun. 2009; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 6, p. 1.148-1.149, 5 jun. 2009.*

61 *Conforme os seguintes votos por ele proferidos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 4, p. 722-725, 5 jun. 2009;*

e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 6, p. 1.149-1.152, 5 jun. 2009.

[62] *O Ministro Gilmar Mendes referiu-se às Constituições italiana, portuguesa, espanhola, paraguaia e argentina, transcrevendo, de todas elas, dispositivos que claramente atribuem aos tratados internacionais sobre direitos humanos status constitucional ou supralegal. Vide os seguintes votos por ele proferidos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 4, p. 722-725, 5 jun. 2009; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 6, p. 1.149-1.152, 5 jun. 2009.*

[63] *A respeito, vide os arts. 59 a 69 da Constituição Federal.*

[64] *Conforme os seguintes votos por ele proferidos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 4, p. 725-726 e 733, 5 jun. 2009; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 2.363, t. 6, p. 1.152-1.153 e 1.160, 5 jun. 2009.*

[65] *CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. I, p. 513.*

[66] *Essas posições foram examinadas no capítulo 2.*

[67] *A hipótese foi tratada nos capítulos 3 e 4.*

[68] *Vide o item 4.2.*

[69] *Vide o item 4.3.*

[70] *Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 54, de 18 de abril de 1995, e promulgado pelo Decreto nº 6.583, de 29 de setembro de 2008.*

[71] *Vide o item 4.1.*

PRISÃO CAUTELAR EM ÉPOCA DE ELEIÇÕES

Marcio Evangelista Ferreira da Silva(*)

Introdução

Nos meses de outubro e novembro do corrente ano a imprensa[1] do Distrito Federal divulgou o acontecimento de crimes bárbaros e que os autores não foram presos em flagrante, mas foram identificados posteriormente.

Narrou a imprensa que os autores de tais afrontas à sociedade estariam em liberdade devido a proibição da prisão por força do Código Eleitoral, pois os crimes ocorreram em período de eleições.

Há certa repulsa da sociedade em ver bens de grande valor - como a vida - atingidos violentamente e os autores de tais ofensas ficarem em liberdade como se nada tivesse ocorrido.

Assim, é necessário analisar se persiste a proibição do Código Eleitoral em consonância aos preceitos dispostos na Constituição Federal da República de 1988, para que seja apresentada uma resposta para a aflição apresentada pela sociedade.

O Código Eleitoral[2]

Realmente a imprensa está correta em afirmar que é proibida a prisão em época de eleições. Estamos falando da proibição inserta no artigo 236 do citado código.

Vejamos o teor de tal dispositivo:

> "Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto."

(*) Juiz de Direito do TJDFT, Mestrando em Direito pelo UniCEUB-DF, Especialista em Direito pela UCAM-RJ, Professor de Execuções Penais da Escola da Magistratura do DF, Coordenador da Revista da Escola da Magistratura do DF, Professor de Direito Penal e Execuções Penais da Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal do IDP-DF, Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito do IESB-DF.

E mais, o descumprimento de tal dispositivo faz incidir outra regra, qual seja, o artigo 298 do mesmo código, confira:

> *"Art. 298. Prender ou deter eleitor, membro de mesa receptora, fiscal, delegado de partido ou candidato, com violação do disposto no Art. 236:*
> *Pena - Reclusão até quatro anos."*

O Código Eleitoral tem finalidade de - conforme o artigo 1º - estabelecer diretrizes para:

> *"assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado".*

Com base em tal assertiva, pode-se dizer que a proibição do artigo 236 do Código Eleitoral tem fundamento claro, qual seja, que a prisão não seja utilizada para deter eleitores quando os mesmos vão exercer um dos maiores direitos da democracia - o voto.

Assim, a prisão não pode ser utilizada como ferramenta de manobra eleitoral, c.p.e., que fossem decretadas inúmeras prisões com o fito de impedir eleitores que votariam em candidatos da oposição ao governo.

Entretanto, como visto, a proibição não é absoluta, eis que o Código Eleitoral já traz exceções: prisão em decorrência de flagrante ou prisão decorrente condenação transitada em julgado.

A exceção da prisão em decorrência da prisão em flagrante tem sua fundamentação na afronta à normalidade do período eleitoral - explico:

No período eleitoral, para fazer valer o direito democrático de voto, todos os direitos e garantias ao voto livre devem ser respeitados, a intervenção estatal deve ser mínima - dando ao cidadão a plena liberdade de escolher seus representantes e governantes.

Assim, se o eleitor - em época de eleição - pratica crime e é preso em flagrante delito, o mesmo não tem a garantia de liberdade em época de eleição[3], pois sua conduta anterior afrontou a normalidade das condições do período eleitoral.

Já a exceção da prisão em decorrência da condenação penal transitada em julgado tem sua fundamentação no fato de que, uma vez condenado, o sentenciado perde os direitos políticos conforme a Constituição Federal e o Código Penal.

Assim, não há razão para que o mesmo não seja preso em período de eleição, pois não pode ser eleitor tampouco candidato.

Destinatário do artigo 236 do Código Eleitoral

O destinatário da norma em comento é o eleitor, ou seja, só se aplica o artigo 236 do Código Eleitoral - não podendo ser preso por força de prisão temporária ou preventiva - o cidadão devidamente em dia com suas obrigações eleitorais.

Assim, o cidadão que não for regularmente inscrito como eleitor não estará acobertado pela proibição de prisão prevista pelo Código Eleitoral.

E mais, também não estará acobertado pela proibição o cidadão eleitor que não estiver em condições de exercer o voto, ou seja, é eleitor, mas por não cumprir com suas obrigações eleitorais está impedido de votar.

Neste sentido confira:

> *"TJDFT - Ementa - Habeas corpus. Prisão preventiva. Período eleitoral. ... Para o gozo da prerrogativa de somente ser preso em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, conforme está assegurado pelo art. 236 do Código Eleitoral, é necessária a prova da condição de eleitor. ... (20020020082260HBC, Relator GETULIO PINHEIRO, 2ª Turma Criminal, julgado em 21/11/2002, DJ 12/03/2003 p. 100)"*

Portanto, a autoridade policial/judiciária que se encontrar no impasse - prisão x proibição da prisão em período eleitoral - deve, no primeiro passo, investigar se o autor do crime é ou não eleitor regularmente inscrito e se está apto a exercer o direito de voto.

O Código Eleitoral e a Constituição Federal da República de 1988

É sabido e consabido que o Código Eleitoral foi promulgado em 1965, ou seja, na época da ditadura. Também é pacífico que o mesmo deveria passar por uma intensa reforma para se adequar aos princípios previstos na Magna Carta de 1988, mormente os aplicáveis a toda a administração pública.[4]

Como ultimamente as reformas são pontuais e nada foi alterado quanto ao dispositivo em análise, o referido código - devido ao fenômeno da recepção - deve ser interpretado à luz da Constituição Federal da República de 1988.

Assim, o Código Eleitoral para ser aplicado deve estar em consonância aos princípios previstos na Magna Carta, pois do contrário não deve ser aplicado, eis que não recepcionado.

Pois bem, não se discute que o Código Eleitoral foi recepcionado e que está em plena vigência, entretanto, alguns dispositivos devem ser interpretados, ou seja, recepcionados em conformidade com a Constituição da República Federal de 1988, conforme dito alhures, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

É, no meu sentir, o que deve ocorrer com o dispositivo em comento, qual seja, o artigo 236 do Código Eleitoral.

Não há dúvida que o mesmo foi recepcionado, entretanto, interpretando a norma à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, constatamos que outras exceções existem, afastando a proibição da prisão[5] em período eleitoral.

Ora, o preceito em comento visa a proteção do direito ao voto, um dos pilares da democracia, entretanto, como todos os direitos previstos na carta cidadã - nenhum é absoluto.

Com efeito, o direito ao exercício do voto deve ceder quando outro bem maior está sendo ofendido. É o caso da garantia da ordem pública [6], ou seja, o direito da segurança de todos os demais cidadãos eleitores.

Não é crível que um eleitor pratique uma conduta extremamente ofensiva à garantia da ordem pública, fuja e, quando acobertado pela norma eleitoral transite livremente entre os demais cidadãos eleitores.

Note-se que há um conflito entre direitos - conforme visto acima - o do autor do crime em exercer o direito ao voto e o da garantia dos demais eleitores da sociedade. Um impasse!

PERELMAN[7] apresenta a seguinte solução:

> *"O direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência, uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que lhe parece justo e razoável."*

Ora, a sociedade é violada pela atitude do autor do crime e havendo a certeza - de que se solto for - voltará a violar a segurança da sociedade, bem como havendo a certeza da possibilidade de fuga do mesmo, não há razão em manter a proibição inserta no Código Eleitoral, eis que não razoável e proporcional.

Há sim razoabilidade e proporcionalidade suficiente para relativizar a regra de proibição à prisão no prazo previsto no artigo 236 do Código Eleitoral, sendo certo que o direito fundamental à segurança prevalece sobre o direito individual do autor do crime (garantia ao direito ao voto).

Conclusão

Portanto, a prisão cautelar em decorrência de decreto temporário ou preventivo no período eleitoral é possível, não sendo absoluta a proibição do artigo 236 do Código Eleitoral, devendo a autoridade judiciária analisar o caso concreto à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e decidir - ou não - pelo imediato cumprimento do mandado de prisão.

Notas

1 *pela televisão e jornal de circulação no DF.*

2 *Lei n.º 4.737/1965.*

3 *salvo de for concedida liberdade provisória ao mesmo.*

4 *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.*

5 *temporária ou preventiva.*

6 *sobre o conceito de ordem pública confira: "No conceito de ordem pública não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão." (MARREY. Adriano, Teoria e Prática do Júri, RT, 7ª Ed., p. 1193/1194) - "Garantia da ordem pública: a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ..." (CAPEZ. Fernando, Curso de Processo Penal, Saraiva, 9ª Ed., p. 239).*

7 *PERELMAN, CHAÏM. Lógica Jurídica, Martins Fontes, 1998, p. 238.*

Jurisprudência

Tribunal de Justiça do Distrito Federal

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2008002013383-1
ADI - 0013383-98.2008.807.0000 (Res. 65 - CNJ)

Requerente - Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios
Requeridos - Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal e outros
Relator - Des. Romeu Gonzaga Neiva
Conselho Especial

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI DISTRITAL 4.160/2008 EM FACE DA LODF - REA/ICMS - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - LIMINAR - PRESENÇA DOS REQUISITOS.
01. A Lei Distrital 4.160 de 13 de junho de 2008, ao estabelecer o REA - Regime Especial de Apuração do ICMS, desrespeitou a forma pela qual são estabelecidas as alíquotas pelo Senado Federal, nas operações interestaduais, não observando, pois, as regras estabelecidas pela Lei Complementar 24/75 e 87/96, violando, ademais, o princípio constitucional da não cumulatividade.
02. É o quanto basta para deferir o pedido de liminar e determinar a suspensão da eficácia da Lei Distrital 4.160/2008.
03. Rejeitadas as preliminares, deferiu-se a medida cautelar. Maioria.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Romeu Gonzaga Neiva - Relator, Sérgio Bittencourt - Vogal, Carmelita Brasil - Vogal, J. J. Costa Carvalho - Vogal, Vera Andrighi - Vogal, George Lopes Leite - Vogal, Angelo Passareli - Vogal, Natanael Caetano - Vogal, Lécio Resende - Vogal, Nívio Gonçalves - Vogal, Romão C. Oliveira - Vogal, Dácio Vieira - Vogal, Mário Machado - Vogal, Lecir Manoel Da Luz - Vogal, Cruz Macedo - Vogal, Otávio Augusto - Vogal, sob a presidência do Des. Otávio Augusto, em proferir a seguinte decisão: rejeitadas as preliminares,

deferiu-se a medida cautelar. Maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 15 de junho de 2010.

RELATÓRIO

Peço vênia para transcrever excerto do relatório produzido pelo Relator originário, o então Des. Edson Alfredo Smaniotto, fls. 195/208, *verbis*:

> *"Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios frente aos artigos 19,* caput, *126, incisos II e III, 129, caput, 131, inciso I, 134, inciso I e IV e 135, Inciso I, e §5°, incisos I, III e VII todos da Lei Orgânica do Distrito Federal, tendo por objeto a Lei Distrital n° 4.160, de 13 de junho de 2008, que dispõe sobre regime de apuração do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS; o Decreto n° 29.179, de 19 de junho de 2008, que dispõe sobre Regime Especial de Apuração do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - REA/ICMS e, ainda, o Decreto Legislativo n° 1.527, de 2008, que homologa o Regime Especial de Apuração do Imposto sobe Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobe Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação -REA/ICMS, de que tratam a Lei n° 4.160, de 13 de junho de 2008 e o Decreto n°. 29.179, de 19 de junho de 2008.*
>
> *As normas a que se argúem vício de inconstitucionalidade apresentam os seguintes teores,* in verbis*:*
>
> *LEI N° 4.160, DE 13 DE JUNHO DE 2008*
>
> *(Autoria do Projeto: Poder Executivo) Dispõe sobre regime de apuração do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS e dá outras providências.*

0 GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL,
Faço saber que a Câmara Legislativa do Distrito Federal decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
Art. 1º Os contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS poderão optar por apurar o montante do imposto devido por mercadoria ou serviços à vista de cada operação ou prestação, em substituição ao regime de apuração normal, na forma desta Lei. § 1º Para o regime de apuração de que trata o caput, *ato do Poder Executivo, que entrará em vigor na data de sua publicação e após homologado pelo Poder Legislativo, estabelecerá:*
I - As atividades económicas, operações ou prestações, mercadorias e serviços passíveis de inclusão no regime;
II - a sistemática de cálculo e o período de apuração do ICMS devido;
III - a forma e os critérios de opção e permanência no regime.
§ 2º Na sistemática referida no § 1º, II, poderão ser estabelecidos percentuais fixos sobre o montante das operações ou prestações, de entrada ou de saída.
§ 3º A opção pelo regime de apuração de que trata este artigo implicará renúncia:
I - dos créditos referentes a mercadorias ou serviços objetos do regime, incluindo os referentes ao estoque existente no dia imediatamente anterior à data de opção;
II - de outros créditos, na proporção do valor das operações ou prestações efetuadas neste regime, sem prejuízo das disposições específicas constantes da legislação tributária.
Art. 2° A opção de que trata o art. 1º não será permitida ao contribuinte que se encontre em qualquer uma das seguintes situações: (Artigo com a redação da Lei n° 4.362, de 15/7/2009.)[1]
[1] ***Texto original: Art. 2º*** *A opção de que trata o art. Iº não será permitida ao contribuinte que se encontre em qualquer uma das seguintes situações:*
I - inscrito ou que tenha titular, responsável ou sócio inscrito na Dívida Ativa do Distrito Federal;

II - participe ou tenha titular, responsável ou sócio que participe de empresa inscrita na Dívida Ativa do Distrito Federal ou que tenha ou venha a ter a inscrição cadastral suspensa ou cancelada;
III - esteja ou tenha titular, responsável ou sócio inadimplente com parcelamentos de débitos fiscais junto ao Distrito Federal;
IV - inadimplente com obrigação tributária principal;
V - optante pelo regime de que trata a Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006 (Simples Nacional);
VI - inadimplente com as suas obrigações e encargos referentes ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.
I- inadimplente com obrigação tributária principal de competência do Distrito Federal;
II - inscrito ou que tenha titular, responsável ou sócio inscrito na dívida ativa do Distrito Federal;
III - optante pelo regime de que trata a Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006 - Simples Nacional;
IV - inadimplente com as suas obrigações e encargos referentes ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.
Parágrafo único. O contribuinte terá vinte dias, a partir da ciência do despacho de indeferimento da opção de que trata o art. 1º, para apresentar recurso, com efeito suspensivo, ao Secretário de Estado de Fazenda do Distrito Federal.
Art. 3º O regime a que se refere o art. 1º não se aplica às operações ou prestações:
I - com petróleo, combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e serviços de comunicação;
II - com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária por convénio ou protocolo, exceto nas operações interestaduais; (Inciso com a redação da Lei n° 4.233, de 28/10/2008.) 2
III - provenientes de outra Unidade Federada, sujeitas ao pagamento do imposto correspondente ao diferencial de alíquota;
IV - realizadas com mercadorias no Distrito Federal entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular ou para estabelecimento de empresa que com aquele mantenha relação de interdependência;

V - efetuadas com suspensão do imposto.
Parágrafo único. Equiparam-se à relação de interdependência, para efeitos desta Lei, as operações ou prestações realizadas com a mesma pessoa jurídica empresarial privada, no Distrito Federal, em percentual superior ao limite definido em ato do Poder Executivo.
Art. 4º O contribuinte excluído, a pedido ou de ofício, ou suspenso do regime de apuração de que trata esta Lei ficará sujeito ao regime normal de apuração, ***sem*** *prejuízo da aplicação das penalidades previstas na legislação tributária.*
§ 1º Perderá o direito ao regime de que trata esta Lei o contribuinte que:
I - incidir nas hipóteses relacionadas no art. 2º;
II - incorrer em qualquer das situações previstas no art. 62, § 2°, da Lei Complementar n° 4, de 30 de dezembro de 1994, observado o resultado do julgamento em definitivo do respectivo processo na instância administrativa;
III - descumprir obrigações acessórias ou condições de permanência, especificadas em regulamento, sem prejuízo do disposto no § 6º.

[2] **Texto original:** *77 - com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, exceto nas operações interestaduais;*
§ 2° Os efeitos da exclusão de oficio, a que se refere o caput, *retroagirão à data do fato que ensejou a exclusão, nos termos do regulamento.*
§ 3º O contribuinte excluído do regime de que trata esta Lei:
I - fica impedido de retornar ao regime pelo período de cinco anos, quando a exclusão for determinada pela hipótese prevista no inciso II do § 1º deste artigo;
II - tem permissão para retornar ao regime após transcorrido o prazo de seis meses, contado da publicação da decisão irreformável que determinou sua exclusão, nas demais hipóteses de que trata o § 1º deste artigo;
III - tem permissão para retornar ao regime a qualquer tempo, desde que a exclusão tenha sido a pedido do contribuinte.
§ 4º A cassação do regime, em decorrência das hipóteses previstas no § 1º, dar-se-á em duas instâncias administrativas, com observância

do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.
§ 5º Ao recurso referente à cassação, apresentado no prazo de até vinte dias da data da publicação do ato de cassação, atribuir-se-á efeito suspensivo.
§ 6º O descumprimento de obrigações acessórias poderá, alternativamente à cassação do regime, ensejar sua suspensão, nos termos do regulamento.
§ 7º Na hipótese de descumprimento de obrigações acessórias que resulte na falta ou redução do recolhimento do imposto devido por mais de duas vezes, o contribuinte será excluído do regime de que trata esta Lei, nos termos em que dispuser o regulamento.
Art. 5º Aplica-se o disposto nesta Lei ao regime previsto na Lei n°3.168, de 11 de julho de 2003.
Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de março de 2008.
Art. 7° Revogam-se as disposições em contrário.
Brasília, 13 de junho de 2008
120° da República e 49° de Brasília
JOSÉ ROBERTO ARRUDA
DECRETO N° 29.179, DE 19/06/2008
***(DO-DF,** DE 24/06/2008)*
- C/ Republicação no DO-DF, de 26/06/2008.
Dispõe sobre Regime Especial de Apuração do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - REA/ICMS e dá outras providências.
O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 100, inciso VII, da Lei Orgânica do Distrito Federal e tendo em vista o disposto na Lei n° 4.160 de 16 de junho de 2008, DECRETA:
Art. 1º - Os contribuintes inscritos no Cadastro Fiscal do Distrito Federal - CF/DF, com atividade principal classificada como industrial, comércio atacadista ou distribuidor, poderão optar pela sistemática de apuração mensal do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de

Comunicação - ICMS, com aplicação dos percentuais fixos sobre as saídas de mercadorias, relacionados no Anexo Único a este decreto, em substituição ao regime normal de apuração. § 1º O disposto no caput*:*

I - aplica-se às operações realizadas por contribuintes optantes pelo regime;

II - não se aplica às operações:

a) com mercadorias submetidas ao regime de substituição, exceto nas operações interestaduais;

b) com mercadorias provenientes de outra Unidade Federada, sujeitas ao pagamento do imposto correspondente ao diferencial de aliquota;

c) realizadas com mercadorias no Distrito Federal, entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular ou para estabelecimento de empresa que com aquele mantenha relação de interdependência;

d) efetuadas com suspensão do imposto; e

e) com produtos resultantes de abate de animais relacionados na Seção I do Anexo VIII ao Decreto n° 18.955, de 22 de dezembro de 1997-RICMS;

III - impede a realização de operação com mercadoria destinada à:

a) pessoa física;

b) não-contribuinte do ICMS, excetuados hospitais, empresas de construção civil e entidades públicas; e

c) uso ou consumo de contribuinte do ICMS;

IV - veda o contribuinte a apurar o imposto, de forma diversa da prevista neste REA/ ICMS, relativamente às operações com mercadorias insertas nesta sistemática de apuração, observado o disposto no § 5º; e

V - veda a utilização de Financiamento Especial para o Desenvolvimento - FIDE/DF, previsto no Decreto n° 28.852, de 12 de março de 2008.

§ 2° Para os efeitos da alínea "c", inciso II do § 1º, consideram-se interdependentes duas empresas quando:

I - uma delas, por si, seus sócios ou acionistas, e respectivos cônjuges e filhos menores, for titular de mais de 50% (cinquenta por cento) do capital da outra; ou

II - a mesma pessoa fizer parte de ambas, na qualidade de diretor, ou sócio com funções de gerência, ainda que exercidas sob outra denominação.
§ 3º Equiparam-se à relação de interdependência, para fins deste decreto, as operações mensais realizadas:
I - com a mesma pessoa jurídica empresarial privada, no Distrito Federal, em percentual superior a 40% (quarenta por cento); e
II - com pessoas jurídicas empresariais privadas, no Distrito Federal, em percentual superior a 50% (cinquenta por cento), que possuam interdependência na forma especificada no § 2°.
§ 4º O percentual a que se refere o inciso II do § 3º será obtido do somatório das operações mensais realizadas com as empresas interdependentes.
§ 5º Em caso de operações para as quais é vedada a aplicação do regime de que trata este decreto, a apuração do imposto dar-se-á pelo regime normal.
§ 6º Para os efeitos do § 5º, na impossibilidade de identificar a alíquota real aplicada na aquisição da mercadoria, atribuir-se-á o crédito de 7% (sete por cento), sobre o valor de entrada da respectiva mercadoria.§ 7º A antecipação prevista no art. 320, inciso III do Decreto n° 18.955 de 22 de dezembro de 1997 não se aplica aos optantes por este REA/ICMS.
Art. 2° - A opção pelo regime de apuração de que trata este Decreto dar-se-á mediante requerimento na forma estabelecida em ato da Secretaria de Estado de Fazenda - SEF/DF.
Parágrafo único. O regime não será deferido ao contribuinte que se encontre em qualquer uma das seguintes situações:
I - irregular perante o Cadastro Fiscal do Distrito Federal - CF/DF;
II - inscrito ou que tenha titular, responsável ou sócio, inscrito na Dívida Ativa do Distrito Federal;
III - participe ou tenha titular, responsável ou sócio, que participe de empresa inscrita na Dívida Ativa do Distrito Federal ou que tenha a inscrição cadastral suspensa ou cancelada;
IV - esteja ou tenha titular, responsável ou sócio, inadimplente com parcelamentos de débitos fiscais junto ao Distrito Federal;

V - inadimplente com obrigação tributária principal;
VI - seja optante pelo regime de que trata a Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006 (Simples Nacional); e
VII - inadimplente com as suas obrigações e encargos referentes ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.
VIII
Art. 3º - O contribuinte deverá proceder à apuração pelo REA-ICMS a partir do mês que protocolizar o requerimento de opção pelo regime, sob condição resolutória de comprovação dos requisitos necessários ao ingresso.
§ 1º Na hipótese da não comprovação a que se refere o caput, *o contribuinte será notificado para saneamento de pendência, no prazo de 30 (trinta) dias.*
§ 2º O não atendimento dos requisitos necessários ao ingresso no regime implicará:
I - indeferimento do requerimento com data retroativa a da protocolização;
- apuração do imposto pela sistemática no prazo de 30 (trinta) dias contado da ciência do indeferimento da opção.
Art. 4º - A opção pelo REA/ICMS:
I - implicará renúncia:
a) dos créditos referentes a mercadorias objeto do regime, incluindo os referentes ao estoque existente no dia imediatamente anterior à data de opção; e
b) de outros créditos, na proporção do valor das operações efetuadas neste regime, sem prejuízo das disposições específicas constantes da legislação tributária;
II - implicará obrigatoriedade de recolher contribuição mensal em favor do Fundo de Modernização e Reaparelhamento da Administração Fazendária - FUNDAF e do Fundo para a Geração de Emprego e Renda do Distrito Federal - FUNGER/DF, no percentual de 0,05% (cinco centésimos por cento) para cada fundo, sobre o faturamento mensal, no seguinte prazo e forma:

a) a contribuição para o FUNDAF será recolhida por meio de Documento de Arrecadação - DAR, em código de receita específico, até o vigésimo dia do mês subsequente ao de referência; e
b) a contribuição para o FUNGER/DF será recolhida por meio de DAR, no código de receita 7845, no prazo referido na alínea "a" deste inciso;
III- obrigará o contribuinte a:
a) manter quantidade mínima de 15 (quinze) empregados; e
b) comprovar a integralização de capital social em valor mínimo de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).
c) § 1º Para fins do disposto no inciso II, considera-se faturamento mensal o total das saídas de mercadorias sob o amparo do REA/ICMS, com inclusão das vendas e transferências e exclusão dos cancelamentos, desfazimentos ou devoluções de venda.
§ 2º A alteração no quadro societário da empresa optante se sujeita à nova análise das condições de ingresso e permanência neste REA/ICMS.
§ 3º A alteração a que se refere o parágrafo anterior deverá ser informada no prazo de 30 (trinta) dias contados da alteração no órgão competente.
Art. 5º - Sem prejuízo das demais obrigações acessórias constantes na legislação do imposto, o contribuinte optante pelo REA/ICMS deverá escriturar o Livro Fiscal Eletrônico - LFE na forma e nos prazos previstos em legislação específica:
I - os créditos e débitos relativos às entradas e saídas de mercadorias pelo regime de apuração normal, procedendo ao estorno dos referidos registros, com a informação: "Estorno -REA/ICMS"; e;
II - os débitos relativos a apuração pelo REAICMS previsto neste decreto, com a informação: "Débitos relativos a apuração pelo REA/ICMS".
Art. 6º - Será suspenso do regime, com a consequente restauração da sistemática normal de apuração do imposto, o contribuinte que:
I - descumprir obrigações acessórias ou condições de permanência, especificadas neste decreto, que não implique falta ou redução de pagamento do imposto;

II - omitir ou apresentar indicação incorreta de dados ou informações econômico-fiscais no LFE, que não implique falta ou recolhimento a menor do imposto a pagar;
III - não atender ao disposto nas alíneas "a" e "b" do inciso III do art. 4º; ou
IV - tiver sua inscrição no CF/DF suspensa.
§ 1º Ao contribuinte que incorrer nas situações previstas nos incisos I a IV, deste artigo, será enviada notificação com prazo, improrrogável, de 30 (trinta) dias, para saneamento da irregularidade.
§ 2° No caso da suspensão, o contribuinte será intimado para conhecimento, podendo retornar à sistemática pelo REA/ICMS a partir do mês subsequente ao atendimento.
§ 3º A suspensão terá prazo máximo de três meses, contado a partir do primeiro dia do mês da constatação do fato que a motivou.
§ 4° Na apuração pelo regime normal, no período de suspensão, o contribuinte utilizar-se-á dos créditos proporcionais às saídas realizadas no período.
Art. 7º - Será excluído de ofício do REA/ICMS de que trata este decreto, por meio de Termo de Exclusão - TEX/REA/ICMS, com a consequente restauração da sistemática normal de apuração do imposto, o contribuinte que:
I - reincidir em hipótese que enseje suspensão do regime;
II - deixar de atender ao disposto nas alíneas "a" a "e" do inciso II do § 1º do art. 1°, observado o disposto no art. 6º;
III - deixar de atender ao disposto no inciso III, após a data da opção, ou no inciso IV, ambos do § 1º do art. 1º;
IV - que não proceder, no caso em que a operação no REA/ICMS seja vedada, conforme o disposto no § 5º do art. 1º;
V - incidir nas hipóteses previstas nos incisos I a VII do parágrafo único do art. 2º, observado o disposto no art. 6º;
VI - deixar de recolher as contribuições a que se refere o inciso II do art. 4º;
VII - esteja irregular com sua obrigação tributária principal concernente aos valores lançados, não lançados ou lançados a menor, no Livro Fiscal Eletrônico - LFE ou em livros e documentos fiscais,

ainda que referente a períodos anteriores ao da eficácia da opção de que trata este decreto;
VIII - incorrer em qualquer das situações previstas no § 2° do art. 62 da Lei Complementar n° 4, de 30 de dezembro de 1994. observado o resultado do julgamento em definitivo do respectivo processo na instância administrativa;
IX - omitir ou apresentar indicação incorreta de dados ou informações econômico-fiscais no LFE que implique falta ou recolhimento a menor do imposto a pagar, observado o disposto no inciso X;
X - descumprir obrigações acessórias que resulte na falta ou redução do recolhimento do imposto devido por mais de duas vezes, ou condições de permanência, especificadas neste decreto, que implique falta ou redução do imposto a pagar, sem prejuízo do disposto no § 1º.
§ 1º Ao contribuinte que incorrer em qualquer das situações previstas nos incisos II, IV, V, VII, IX e X deste artigo, será enviada notificação com prazo, improrrogável, de 30 (trinta) dias, para saneamento da irregularidade, sob pena de exclusão.
§ 2° No caso de atendimento integral, após o prazo, da notificação prevista no § 1º deste artigo e antes da publicação do Termo de Exclusão - TEX/REA/ICMS não será aplicada a pena prevista no caput deste artigo, desde que o contribuinte não seja reincidente no descumprimento dos prazos das notificações previstas neste decreto.
§ 3º Nos casos dos incisos II, III, IV, VII, VIII, IX e X do caput *deste artigo, o contribuinte excluído do tratamento tributário ficará obrigado a recolher o imposto próprio devido pela sistemática normal de apuração, a contar do mês em que ocorreu o fato que motivou a exclusão.*
§ 4º No caso dos incisos I e V, do caput *deste artigo, o contribuinte excluído do tratamento tributário ficará obrigado a recolher o imposto próprio devido pela sistemática normal de apuração, a contar do mês subsequente ao da exclusão.*
§ 5º O contribuinte será excluído, ainda, do regime previsto neste decreto:

I - caso a contraprova prevista no § 2° não seja apresentada no prazo da notificação ou seja considerada insuficiente pelo Fisco, observado o disposto no § 7° deste artigo;
II - quando for notificado pessoalmente ou por meio de seu preposto, nos termos do § 1º deste artigo, não cumprir integralmente a notificação dentro do prazo;
III - se ultrapassar o prazo previsto no § 3º do art. 6º
§ 6º A exclusão do regime, em decorrência das hipóteses previstas neste artigo, dar-se-á em duas instâncias administrativas, com observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.
§ 7º O contribuinte terá vinte dias, a partir da data da publicação no Diário Oficial do Distrito Federal, do Termo de Exclusão - TEX/REA/ICMS do regime especial, para apresentar recurso, com efeito suspensivo, ao Secretário de Estado de Fazenda do Distrito Federal.
§ 8º O contribuinte excluído do regime de que trata este decreto somente poderá retornar mediante novo requerimento, observado:
I - as condições de ingresso e de permanência no regime;
II - o interstício mínimo de seis meses, contados da data da publicação do ato que determinou sua exclusão em definitivo, observado o disposto no § 9º deste artigo;
III - o cumprimento da obrigação que ensejou a exclusão de ofício.
§ 9º O contribuinte excluído do regime de que trata este decreto ficará impedido de retornar ao regime pelo período de cinco anos, quando a exclusão for determinada pela hipótese prevista no inciso VIII do caput *deste artigo.*
§ 10. Ao contribuinte excluído do regime, a pedido, fica facultado o seu retorno a qualquer tempo, observadas as condições de ingresso e de permanência no regime.
Art. 8º - O contribuinte suspenso ou excluído, a pedido ou de ofício, do regime de apuração de que trata este decreto, ficará sujeito ao regime normal de apuração, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação tributária.

§ 1º Os créditos regularmente destacados nos documentos fiscais de entrada, referentes às mercadorias, que se encontrem no estoque na data da exclusão ou suspensão da empresa do regime de apuração previsto neste decreto, serão contabilizados e apropriados pelo contribuinte observando-se o seguinte:
I - as notas fiscais de entrada serão consideradas sempre a partir da última entrada, acrescentando-se as notas fiscais imediatamente anteriores até que se encontre a origem de todas as mercadorias constantes do estoque;
II - os créditos serão escriturados no Livro fiscal eletrônico - ***LFE*** *no bloco específico de apuração do ICMS - campo Outros Créditos, no período seguinte ao da exclusão ou suspensão do regime tributário de que trata este decreto, com a seguinte observação: "Crédito referente a exclusão do REA/ICMS";*
III - o estoque de mercadorias inventariadas deverá ser escriturado no LFE em bloco próprio, identificando-se o lançamento com a expressão "exclusão ou suspensão do REA/ICMS"; e
IV - o valor do estoque apurado na forma deste parágrafo deverá ser registrado no ***LFE*** *em bloco próprio no mês subsequente ao da exclusão ou da suspensão.*
§ 2º a exclusão a pedido do contribuinte terá eficácia a partir do mês subsequente ao do equerimento.
§ 3º Após a solicitação de exclusão do regime especial pelo contribuinte, será verificado o cumprimento de todas as obrigações, observando-se os prazos estabelecidos neste decreto.
Art. 9º - A partir de 30 dias da eficácia da opção, a comercialização de mercadorias para adquirentes do Distrito Federal, por empresa estabelecida em outra unidade da federação pertencente a titular da optante, ou que com ela mantenha relações de interdependência, deverá ser feita por conta e ordem da optante.
§ 1º O não cumprimento das disposições deste artigo, obrigará a optante a recolher, com os acréscimos legais: - o imposto correspondente à aplicação da diferença entre a alíquota interna do Distrito Federal e a interestadual da unidade federada do remetente, sobre o valor da operação realizada pelo remetente, se o valor da venda

no período de apuração não ultrapassar a 5% (cinco por cento) do valor da optante;
- as diferenças havidas entre as sistemáticas de apuração normal do imposto e a da opção, a partir do período de apuração da ocorrência do fato até a data da efetiva regularização, se o valor da venda no período de apuração ultrapassar a 5% (cinco por cento) do valor da optante.§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se tão somente às operações ealizadas com mercadorias submetidas ao regimeespecial de que trata este decreto, destinadas a terceiros.
Art. 10 - A emissão dos documentos fiscais será efetuada na formada legislação do imposto.

Art. 11 - Os regimes especiais previstos nos arts. 320-B e 320-D doDecreto n° 18.955, de 22 de dezembro de 1997, ficam mantidos com as suas respectivas sistemáticas de apuração do imposto, forma e critérios de ingresso e permanência.
Art. 12 - 0 Secretário de Estado de Fazenda do Distrito Federal poderá editar normas complementares para garantir a fiel observância ao disposto neste decreto, em especial as relativas a medidas de monitoramento dos contribuintes optantes pelo REA/ICMS previsto neste decreto.
Art. 13 - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação,produzindo efeitos:- relativamente ao art. 11, a partir de 1º de março de 2008;- para os demais dispositivos, a partir de 1º de junho de 2008. Brasília, 19 de junho de 2008.120° da República e 49° de Brasília JOSÉ ROBERTO ARRUDA
DECRETO LEGISLATIVO N° 1.527, DE 2008
(Autoria do Projeto: Comissão de Economia, Orçamento e Finanças)
Homologa o Regime Especial de Apuração do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - REA/ICMS, de que tratam a Lei n° 4.160, de 13 de junho de 2008, e o Decreto n° 29.179, de 19 de junho de 2008.
Faço saber que a Câmara Legislativa do Distrito Federal aprovou e eu promulgo o seguinte Decreto Legislativo:

Art. 1º Fica homologado o Decreto n° 29.179, de 19 de junho de 2008, que "Dispõe sobre o Regime Especial de Apuração do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - REA/ICMS e dá outras providências", consoante estabelece o art. 1º, § 1º, da Lei n° 4.160, de 13 de junho de 2008.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de julho de 2008

DEPUTADO ALÍRIO NETO

Presidente

Em síntese, destaca o Requerente que o artigo 1º da Lei Distrital n. 4.160/08 autoriza o contribuinte a "apurar o montante do imposto devido por mercadorias ou serviços à vista de cada operação ou prestação, em substituição ao regime de apuração normal", além de delegar, de forma inconstitucional, ao Poder Executivo competência para estabelecer, por mero ato administrativo, "as atividades económicas, operações ou prestações, mercadorias e serviços passíveis de inclusão no regime" (inc. I), a "sistemática de cálculo e o período de apuração " (inc. II) e a "forma e os critérios de opção e permanência no regime" (inc. III).

Ressalta que tal norma permitiu a apuração do ICMS desconsiderando o princípio constitucional da não-cumulatividade (art. 131, inciso I, da LODF), concedeu desoneração fiscal à discricionariedade do Executivo local, baseada em sistemática de cálculo não admitida pela Lei Orgânica do Distrito Federal (arts. 126, 134, incisos I e IV e 135), ou seja, sobre o montante de entradas ou saídas.

Aponta, ainda, que em função desta inconstitucional delegação legislativa, que viola o próprio princípio constitucional da legalidade (arts. 129 e 131, Ida LODF), o Poder Executivo editou o Decreto n. 29.179/08, instituindo nova sistemática de apuração do ICMS e impingindo a contribuintes do setor "industrial, comércio atacadista ou distribuidor" a "renúncia dos crédito" do imposto a partir da opção pelo REA/ICMS, com apuração do imposto baseada

única e exclusivamente em percentual estabelecido para saídas de determinadas mercadorias.

Destacou estar demonstrada o periculum in mora, tendo em vista o evidente prejuízo financeiro de grande repercussão social para o Distrito Federal e o relevante interesse de ordem pública.

Propugna, ao final, pela declaração da inconstitucionalidade material, em sua totalidade, com efeitos ex tunc e erga omnes, da Lei Distrital 4.160, de 13.06.2008, do Decreto 29.179, de 19.06.2008, e do Decreto Legislativo 1.527, de 10.07.2008, porque contrários aos artigos 19, caput, 126, incisos II e III, 129, caput,131, inciso I, 134, inciso I e IV, e 135, inciso 1, e §5°, incisos I, III e VII, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Por entender que se trata de matéria relevante, determinei a necessária oitiva dos órgãos ou autoridades das quais emanaram as normas, bem como do curador dos mesmos, precedente ao pronunciamento judicial, conforme dispõe o art. 116, hoje artigo 113, do Regimento Interno deste E. Tribunal.

As informações solicitadas ao Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal foram prestadas às fls. 82/86, no sentido da improcedência da presente ação, aduzindo, preliminarmente, pelo não conhecimento da ADI, pois a seu ver não foi demonstrada a violação específica aos dispositivos da Lei Orgânica. No mérito, aduz que a lei impugnada visa estabelecer regimes especiais de apuração do ICMS aprimorando a legislação tributária, sem qualquer concessão de benefício fiscal como entende o Requerente, ausente assim qualquer inconstitucionalidade.

Por sua vez, o Governador do Distrito Federal, às fls. 93/121, prestou suas informações, arguindo preliminar de ausência de indicação dos dispositivos da lei ou do ato administrativo impugnados juntamente com os fundamentos jurídicos do pedido. Ainda em preliminar, sustenta a inadequação da via processual, por entender que a pretensão deduzida é própria de ação civil pública, eis que visa tutela do patrimônio público, no termos do art. 129, III, da Constituição Federal, o que acarreta a carência da ação por falta de interesse de agir. Também defende a incompetência deste E. Tribunal para processar e julgar o presente feito, sob o argumento

de que o confronto das normas legais citadas foi feito com base nos dispositivos constitucionais e somente de forma reflexa com dispositivos da Lei Orgânica do Distrito Federal, sendo, desta feita, competência do Supremo Tribunal Federal. No mérito, asseverou inexistência de inconstitucionalidade, haja vista que o Distrito Federal, atento a sua competência legislativa para disciplinar as formas de apuração do ICMS, estabeleceu uma nova forma de apuração (regime especial), distinta da normal e das especais previstas na Lei Complementar n. 87/96.

Salienta ainda que o REA/ICMS não se trata de benefício fiscal mascarado, mas sim, de um sistema diferenciado e simplificado para apuração do imposto, devidamente instituído por lei formal e homologado pelo Decreto 1.527/08, conforme preconiza o princípio da legalidade. Quanto à alegação de prejuízo ao patrimônio público, sustenta que tal matéria é inviável de ser aferida em via de ação direta e que este não existe nem para os cofres públicos, muito menos para os contribuintes, pois para estes o regime é opcional, e o que se pretende é propiciar o incremento da arrecadação em benefício da coletividade.

A Exma. Sra. Procuradora-Geral Adjunta do Distrito Federal, às fls. 124/152, prestou informações se manifestando nos exatos termos em que se pronunciou o Governador do Distrito Federal, destacando as ponderações sobre o tema feitas pela Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, às fls. 156/159. Pugna, assim, pelo acolhimento das preliminares aventadas, julgando-se extinta a presente ação direta de inconstitucionalidade sem julgamento de mérito, ou, se ultrapassada, seja no mérito, julgado improcedente o pedido.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, na condição de custos legis, em manifestação de fls. 161/191, opina pelo conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade e pela procedência do pedido.

É o que consta."

Requerida a emenda à inicial (fl. 209), o ilustre Relator, à época, a admitiu, determinando a manifestação sucessiva do Governador do Distrito Federal,

do Presidente da Câmara Legislativa, Procurador-Geral do Distrito Federal e Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Pelo Relator foi admitida a intervenção do *amicus curiae* (fls. 245/247), representado pelo SINDI ATACADISTA.

Manifestaram-se sucessivamente, o Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Distrito Federal e o Procurador-Geral do Distrito Federal, no sentido de reiterar as informações prestadas.

Manifestação do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, reiterando os termos do parecer de fls. 161/192.

Houve novo pedido de emenda à inicial, às fls. 255/256, reiterando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 4.160/2008, com as alterações feitas pelas Leis nº 4.233/09 e Lei nº 4.442/2009, e em sua redação original, do Decreto nº 29.179/08 e Decreto Legislativo nº 1.527/08 (fls. 255/260).

Em seguida, vieram-me conclusos os autos, oportunidade em que aceitei a emenda pleiteada, determinando a manifestação, sucessiva do Governador do Distrito Federal, Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do Procurador-Geral do Distrito Federal e Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Em resposta, o Governador do Distrito Federal e o Procurador-Geral do Distrito Federal reiteraram os termos das informações prestadas, ao passo em que o Presidente da Câmara Legislativa ratificou as informações.

O Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, pugnando pelo conhecimento e procedência da ação, nos termos do parecer supracitado

É o que cumpre relatar.

VOTOS

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Relator) -

PRELIMINAR

Preliminar de Suspensão do Processo sem Julgamento do Mérito

Senhor Presidente, apenas quero ressaltar que, como sempre faço, ouvi com a atenção merecida o pronunciamento dos doutores advogados.

Também quero esclarecer que trouxe a julgamento apenas a questão da liminar, da sua concessão ou não.

Inicio examinando a preliminar levantada da tribuna, pelo seu representante do *amicus curiae,* quanto à suspensão do processo em face da existência de DPE no Supremo Tribunal Federal, que, segundo o entendimento do nobre causídico, poderia ter influência no julgamento, daí que se pede a sua suspensão.

Vou divergir, nesse ponto, por entender que não há a necessidade da suspensão do julgamento, primeiro, porque estamos tratando apenas da questão da concessão ou não da liminar; segundo, porque a proposição junto ao Supremo Tribunal Federal se dirige a possível controvérsia quanto a preceitos constitucionais, quando aqui nesta ação, por óbvio, a discussão é quanto a ferimento de dispositivos da Lei Orgânica do Distrito Federal, naquela Corte especificamente quanto ao *quorum* exigido para as deliberações do CONFAZ.

Todavia, por não entender da necessidade da suspensão, rejeito a preliminar e peço o seu destaque para que a Corte se pronuncie quanto a esse aspecto.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Acompanho o Relator, Senhor Presidente.

Des. Carmelita Brasil (Vogal) - Com o eminente Relator.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, entendo que o tema se mostra relevante, mas acompanho o eminente Relator porque me veio apenas uma folha; se houvesse o texto inteiro da arguição de descumprimento, aí, sim, eu poderia fazer juízo de valor. Melhor dizendo, não conheço desta preliminar porque não tenho elementos para tanto, a menos que o eminente Relator tenha um texto inteiro nos autos.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Relator) - Não tenho, excelência.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Então, peço vênia ao eminente Relator para não conhecer da preliminar por falta do instrumento necessário.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Rejeito, Senhor Presidente, porque, na verdade, essa DPF cuida do *quorum* no Conselho Especial para deliberação, que é matéria distinta do objeto da presente ação, que é o regime especial de cobrança do ICMS.

Embora conheça, por estar sendo suscitada, que a DPF no Supremo Tribunal Federal implicaria a suspensão deste processo, penso que a matéria é distinta e não tem esse alcance pretendido pelo ilustre advogado.

Acompanho o eminente Relator.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Senhor Presidente, rejeito a preliminar.

Desa. Carmelita Brasil (Vogal) - Acompanho o eminente Relator, também rejeitando.

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) - Acompanho o eminente Relator, também rejeito a preliminar, Senhor Presidente.

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

Des. George Lopes Leite (Vogal) - Com o Relator.

Des. Angelo Passareli (Vogal) - Com o Relator.

Des. Natanael Caetano (Vogal) - Com o Relator, quanto à questão preliminar.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Eminente Presidente, Eminentes Pares, a preliminar suscitada o foi com fundamento no art. 265, IV, alínea "a", do Código de Processo Civil, que diz:

> "Art. 265. Suspende-se o processo:
> (...)
> IV - quando a sentença de mérito:
> depender do julgamento de outra causa, ou da declaração de existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;"

Ora, o Eminente Relator já esclareceu que nesta Sessão o egrégio Conselho Especial vai limitar-se a apreciar a liminar pedida nesta Ação Direta de In-

constitucionalidade, logo, não estamos falando de decisão de mérito. Portanto, este dispositivo é inaplicável à espécie, e por isso impõe-se a rejeição desta preliminar como o fez o eminente Relator.

Acompanho S. Ex.ª.

Des. Nívio Gonçalves (Vogal) - Acompanho o eminente Relator, rejeitando a preliminar.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Apesar de que chegou para mim uma cópia, mas não veio em tempo e modo. O nobre advogado passou-me às mãos, mas, evidente, não iria interromper o julgamento para ler o conteúdo de um texto que deveria ter chegado ontem.

Peço vênia ao nobre advogado, agradeço a gentileza de me trazer o tema, que estudarei para uma outra etapa. Mas, não me convenceu, com a devida vênia, de que não houvesse de ser estudado a fundo para se dizer se há ou não conexão. Pode ser que o tema que esteja sendo tratado no Supremo Tribunal Federal seja de tal forma abrangente que atinja o julgamento desta ADI, mas o material, repita-se, não chegou às minhas mãos a tempo e modo e, por certo, não estaria em mãos do Relator.

Continuo não conhecendo da questão.

No mérito, salvo engano, estou vencido e acompanho o eminente Relator.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Com o eminente Relator, também rejeitando**.**

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

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

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Acompanho o eminente Relator, conforme adiantado.

Des. Otávio Augusto (Presidente e Vogal) - Com o eminente Relator.

Preliminares de competência, de inépcia da inicial e de inadequação da via eleita

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Relator) - Sustenta o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios a inconstitucionalidade da Lei nº 4.160/2008, com a redação dada pelas Leis nº 4.233/09 e nº 4.442/2009, e, por arrastamento, em sua redação original, do Decreto nº 29.179/08 e Decreto Legislativo nº 1.527/08, argumentando que tais normas legais teriam, em tese, violado vários dispositivos da Lei Orgânica do Distrito Federal, dentre eles os arts. 19, *caput*, 126, inc. II e II, 129, *caput*, 131, inc. I, 134, inc. I e IV e 135, inc. I e §5º, inc. I, III e VII.

Em face de a Procuradoria-Geral Adjunta do Distrito Federal haver suscitado a incompetência desta Egrégia Corte de Justiça para o julgamento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, que, se sabe, é matéria de ordem pública, cumpre-me analisar a questão preliminar.

Aduz a indigitada autoridade que falece competência ao TJDFT para análise da matéria, uma vez que o autor fundamentou a presente ação direta de inconstitucionalidade dos atos normativos acima destacados, confrontando-os com dispositivos da Constituição Federal.

Assim, assevera, caso se entenda a existência de vício de constitucionalidade da legislação impugnada, tal ofensa atinge diretamente a Lei Maior e, apenas reflexamente, a Lei Orgânica do Distrito Federal.

No entanto, a meu juízo, dita preliminar não merece acolhimento e por várias razões que passo a discorrer.

Primeiramente, destaco que é induvidosa a competência deste Tribunal de Justiça para o conhecimento e processamento da presente ação, haja vista que se trata de pleito declaratório de inconstitucionalidade de Lei distrital por violação direta, em tese, a diversos preceitos da Lei Orgânica do Distrito Federal. É certo, também, que a competência desta Corte de Justiça exsurge da interpretação extensiva e teleológica do art. 125, §2º, da Constituição Federal, questão, aliás, que já se encontra apaziguada, tanto no âmbito desta Casa, quanto no e. STF.

Fixada esta premissa, tem-se que a Lei nº 11.697/08, definiu no seu art. 8º, inciso I, alínea "n", o e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios como competente para julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, e, no seu âmbito, ao Conselho Especial cabe as atribuições inerentes a tal mister, a teor do que dispõe e art. 8º, I, alínea "L" do RITJDFT.

Resta agora saber se o fundamento invocado pelo autor cinge-se à violação frontal a preceito da Lei Fundamental do Distrito Federal, ou, se de outro modo trata-se de uma violação apenas indireta.

Verifica-se da petição, lançada na inicial, que o autor funda sua pretensão nos arts. 19, *caput*, 126, inc. II e II, 129, *caput*, 131, inc. I, 134, inc. I e IV e 135, inc. I e §5º, inc. I, III e VII, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal, não em dispositivo da Constituição Federal, como quer fazer crer o informante. A única referência feita pelo autor à Carta Política foi seguida da observação de que a norma foi reproduzida pela Lei Orgânica do DF (fl. 23). Como se nota, em nenhum momento a Constituição Federal foi tomada como parâmetro de aferimento de constitucionalidade das normas distritais, objeto da presente ação de controle de constitucionalidade.

No meu entender, pouco importa se as ditas normas são meras repetições de preceitos obrigatórios da Constituição Federal ou, se de outra forma, são dispositivos específicos afetos à competência material do ente, porquanto o que importa, para se determinar a competência é a causa de pedir constante da petição inicial. Assim não fosse, restaria esvaziada a norma constitucional que prevê o controle concentrado de constitucionalidade no âmbito estadual, superafetando, por outro lado, o e. STF, que passaria a deter a competência para julgar a maioria das ações versando tal matéria, embora veiculassem preceitos insertos nas constituições dos estados.

Nesse sentido o seguinte do Pretório Excelso:

> "COMPETÊNCIA - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CARTA DO ESTADO, NO QUE REPETE PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **O § 2º do artigo 125 do Diploma Maior não contempla exceção. A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade é definida pela causa de pedir lançada na inicial. Em relação ao conflito da norma atacada com a Lei Máxima do Estado, impõe-se concluir pela competência do Tribunal de Justiça, pouco importando que o preceito questionado mostre-se como mera repetição de dispositivo, de adoção obrigatória, inserto na Carta da República.** Precedentes: Reclamação nº 383/SP e Agravo Regimental na Reclamação

> nº 425, relatados pelos ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, com acórdãos publicados nos Diários de Justiça de 21 de maio de 1993 e 22 de outubro de 1993, respectivamente. SERVIDOR PÚBLICO - ESTABILIDADE *VERSUS* EFETIVAÇÃO. A regra do artigo 19 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, a revelar direito dos servidores que, à época da promulgação da Carta**, vinham** prestando serviços há mais de cinco anos, diz respeito à estabilidade. A efetivação em cargo público não prescinde da aprovação em concurso. INCONSTITUCIONALIDADE DE ATO NORMATIVO - CONTROLES DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - COMUNICAÇÃO À CASA LEGISLATIVA - DISTINÇÃO. A comunicação da pecha de inconstitucionalidade proclamada por Tribunal de Justiça pressupõe decisão definitiva preclusa na via recursal e julgamento considerado o controle de constitucionalidade difuso. Insubsistência constitucional de norma sobre a obrigatoriedade da notícia, em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade. (STF, Tribunal Pleno, RE 199239/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 06/08/2004, p. 21) (sem grifo no original)

Da mesma forma decidiu esta Corte de Justiça, nos seguintes precedentes, que colaciono:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E INÉPCIA DA INICIAL - LEIS COMPLEMENTARES Nº 428/2001, 462/2002, 466/2002 - LEIS QUE ESTABELECEM ÍNDICES DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO PARA FINS DE APROVAÇÃO DE PARCELAMENTO DO SOLO - ALTERAÇÃO DO PLANO DIRETOR DE CEILÂNDIA APROVADO PELA LEI COMPLEMENTAR 314 DE 01/09/2001 - OFENSA AOS ARTS. 316, 317, 318 E 319 DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. (...)**Não há que se falar em inadequação da via eleita, pois, no presente**

> **caso, está se analisando suposta violação de leis distritais em face da Lei Orgânica do Distrito Federal"(Conselho Especial, ADI 20060020029687, DJ 13/03/2007, Reg. Ac. 264519)**
>
> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 616/02. DESAFETAÇÃO DE ÁREA NA REGIÃO ADMINISTRATIVA DO GUARÁ. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. MÉRITO: LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. AÇÃO DIRETA CONHECIDA E PROVIDA.1. **Se o requerente na inicial impugna a norma frente aos artigos da Lei Orgânica do Distrito Federal, afasta-se a preliminar de inadequação da via eleita.** (...)"**(Conselho Especial, ADI 20040020090821, Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto, DJ 27/03/2007, Reg. Ac. 265304).**

Assim, **rejeito a questão preliminar, atinente à competência.**

No tocante às demais preliminares, peço vênia ao digno Procurador de Justiça para transcrever excerto de seu conspícuo parecer, *in verbis*:

> *"Demonstra-se na inicial, de forma exaustiva e detalhada, a nítida* ***interdependência*** *entre os dispositivos impugnados, bem como a inconstitucionalidade das normas que instituíram e detalharam o Regime Especial de Apuração do ICMS - REA frente à Lei Orgânica do Distrito Federal, a justificar a impugnação de todo o bloco normativo.*
>
> *Isso porque, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Distrital 4.160, que efetivamente instituiu o REA - ICMS, importa na declaração de* ***inconstitucionalidade por arrastamento ou conseqüente*** *do Decreto 29.179 que a regulamentou, e do Decreto Legislativo 1.527, que homologou o referido regime especial de apuração.*

Como resulta da lição de J. J. GOMES CANOTILHO (Direito Constitucional, p. 1046/01047, item 3, 5ª Ed. 1991, Almedina), "(...) nos processos de fiscalização abstracta (...) podem existir 'inconstitucionalidades conseqüenciais ou por arrastamento', justificadas pela conexão ou interdependência de certos preceitos com os preceitos especificamente impugnados."

No mesmo sentido é o magistério de JORGE MIRANDA (Manual de Direito Constitucional, tomo II/297, item n. 73/VI, 2ª ed., 1988, Coimbra), verbis*:*

A inconstitucionalidade consequente vem a ser a que decorre como corolário desse juízo ou a que inquina certo acto por inquinar outro acto de que ele depende. A inconstitucionalidade consequente pode ser de um mesmo acto ou de diploma relativamente a uma norma que dele conste ou de um acto relativamente a outro que tenha o seu fundamento de validade ('v.g', a inconstitucionalidade de um regulamento ou acto administrativo conseqüente de inconstitucionalidade da respectiva lei).

Igual percepção do tema é revelada por OSWALDO LUIZ PALU (Controle de Constitucionalidade, p. 73, item 4.5.5, 1999, RT), que faz as seguintes considerações sobre o tema:

(...) a inconstitucionalidade consequente (...) vem a ser a extravasão de um juízo de inconstitucionalidade de uma norma a atingir outra, que dele depende. Assim, se uma lei é inconstitucional, o decreto que introduziu a regulamentação deste também o será; ou o dispositivo de um ato normativo vinculado logicamente a outro, declarado inconstitucional, também será atingido.

Esse entendimento reflete, também, na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 189/469-470, Rel. Min. MAURCÍO CORRÊA - ADI 2.728/AM, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - ADI 2.982 - QO/CE, Rel. Min. GILMAR MENDES v.g).

Assim, o argumento acerca da impugnação genérica a ensejar a declaração de inépcia da inicial, não merece prosperar. A petição inicial demonstra, em detalhe, a inconstitucionalidade do referido Regime Especial de Apuração do ICMS e a nítida conexão entre os dispositivos legais que o instituíram, regulamentam e o homologaram.

De igual modo, o autor deixou claro que a expedição do Decreto 29.1479/08 derivou do exercício da inconstitucional delegação legislativa determinada pelo parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 4.160/08, Ou seja, sustenta que a matéria por ele tratada possui cláusula de reserva legal, ou seja, só poderia ser normatizada por lei formal e específica, discutida e aprovada pelo Poder Legislativo distrital, e não por mero decreto.

Dessas forma, não faria qualquer sentido impugnar-se tão-somente alguns artigos e permitir que permanecessem em vigor normas secundárias, ou seja, regras que traduzem a forma com que se efetivará o conteúdo normativo da disposição primeira da lei impugnada. Tal conclusão resta ainda mais evidente quando os fundamentos que demonstram a inconstitucionalidade são únicos, ou melhor, atingem igualmente todas as disposições dos atos normativos questionados.

O Supremo Tribunal Federal, aliás, tem entendido, reiteradamente, a necessidade de se avaliar a independência dos dispositivos, visando evitar que permaneçam em vigor disposições legais acéfalas, ou seja, sem qualquer lógica normativa. Veja-se:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.932/99. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR (CF ARTIGO 192, II) INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INICIAL DEFICIENTE QUANTO À ANÁLISE DOS TEXTOS IMPUGNADOS. NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO. PRECEDENTES.

1.Impugnação isolada apenas de partes de um sistema legal, interligadas ao seu conjunto, torna inviável o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, dado que, reconhecida a inconstitucionalidade parcial de alguns preceitos, os outros perdem o seu sentido.

2.Não se conhece de ação direta de inconstitucionalidade, se a inicial deixa de proceder ao cotejo analítico de todas as disposições, tendo em vista os dispositivos constitucionais apontados como violados. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece. (STF, - ADI 2174-5 - Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA - Data de julgamento: 14/4/2000 - DJ de 7/3/2003 - Grifos acrescentados.)

Assim, mostra-se inequívoca a necessidade de delegação da inconstitucionalidade de todo o bloco normativo impugnado, tornando insubsistente a primeira preliminar arguida.

No que ser refere à alegada ***inadequação da via eleita****, melhor sorte não assiste ao arguente.*

Isso porque, o argumento de não ser cabível ação direta de inconstitucionalidade no caso dos autos, e sim ação civil pública, por se ter como um dos fundamentos da ação a defesa do patrimônio público, mostra-se absolutamente inaceitável.

O fato de a aplicação das normas impugnadas gerarem prejuízo ao erário distrital, passível de questionamento via ação civil pública, não afasta a possibilidade de se instalar o controle abstrato da constitucionalidade de tais normativos em face dos preceitos da Lei Orgânica do Distrito Federal.

O que não se admite é o contrário: a propositura de ação civil pública tendo como principal objeto a declaração de inconstitucionalidade de norma legal.

Assim, a simples referência à defesa do patrimônio público na presente ação, atribuição própria do Ministério Público, jamais terá o condão de obstar o pleno exercício do controle abstrato de constitucionalidade das normas, em que se busca a declaração de sua invalidez. Do contrário, tal raciocínio levaria ao absurdo de se impedir o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade contra leis inconstitucionais que gerassem prejuízos ao patrimônio público.

Neste particular, impõe-se a rejeição da referida preliminar, sendo desnecessárias outras considerações."

Destaco, ainda, que o artigo 3º, da Lei nº 9.868/99, dispõe o seguinte:

"Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações".

Com efeito, foram indicados, com precisão, os dispositivos legais que teriam sido violados, ou seja, a suposta inconstitucionalidade material, de acordo com a inicial, decorrente de violação ao princípio da não cumulatividade e da legalidade.

Verifica-se, assim, que a petição inicial se reveste dos requisitos intrínsecos e extrínsecos exigidos na Lei nº 9.868/99

Nessa linha de consideração rejeito as preliminares de inépcia da inicial e da inadequação da via eleita e admito a ação direta de inconstitucionalidades, eis que presentes as condições da ação e dos pressupostos processuais.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - De acordo.

Des. Carmelita Brasil (Vogal) - De acordo.

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) - De acordo.

Desa. Vera Andrighi (Vogal) - De acordo.

Des. George Lopes Leite (Vogal) - De acordo.

Des. Angelo Passareli (Vogal) - De acordo.

Des. Natanael Caetano (Vogal) - De acordo.

Des. Lécio Resende (Vogal) - De acordo.

Des. Nívio Gonçalves (Vogal) - De acordo.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - De acordo.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - De acordo.

Des. Mario Machado (Vogal) - De acordo.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - De acordo.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - De acordo.

Des. Otávio Augusto (Presidente e Vogal) - De acordo.

MÉRITO

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Relator) - Passo ao exame do mérito da medida cautelar.

O Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade objetivando a declaração de inconstitucionalidade formal da Lei 4.160/2008, que criou o regime de arrecadação especial de ICMS, no âmbito do Distrito Federal, sob o fundamento principal de violação aos artigos 19, *caput*, 126, inc. II e III, 129, *caput*, 131, inc. I, 134, inc. I e IV e 135, inc. I e §5º, inc. I, III e VII, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal.

O art. 134, inciso I e IV da Lei Orgânica do DF, dispõe:

> "Art. 134 - O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação atenderá o seguinte:
> I - será não cumulativo, compensado-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo Distrito Federal ou outro Estado;
> II - *omissis*
> III - *omissis*
> IV - terá as alíquotas aplicáveis a operações e prestações interestaduais e de exportação fixadas por Resolução do Senado Federal."

O art. 135, inc. I e §5º, inc. I, III e VII, à sua vez dispõe o seguinte:

> "Art. 135. O Distrito Federal fixará as alíquotas do imposto de que trata o artigo anterior para as operações internas, observado o seguinte:
> I - limite mínimo não inferior ao estabelecido pelo Senado Federal para as operações interestaduais, salvo:
> ...
> §5º - Observar-se-á a lei complementar federal para:
> I - definir seus contribuintes
> II - *omissis*

> III - disciplinar o regime de compensação do imposto
> IV - *omissis*
> V - *omissis*
> VI - *omissis*
> VII - regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

No caso ora analisado, conforme bem observado pelo Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o Senado Federal estabeleceu que, na hipótese de uma mercadoria sair de qualquer Estado ou do Distrito Federal com destino a outro Estado a alíquota é de 12% (doze por cento), excetuando-se as saídas dos Estados da Região Sul e Sudeste com destino às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, que terá alíquota de 7% (sete por cento).

Em razão da procedência das mercadorias, os comerciantes que lançarem em seus livros fiscais os produtos que comercializarem, que vieram das Regiões Sul e Sudeste, propiciarão ao Distrito Federal a arrecadação de 10% (dez por cento), correspondente à diferença entre a compensação da alíquota interna 17% (dezessete por cento) e a alíquota interestadual 7% (sete por cento).

Da mesma forma, se os produtos comercializados provierem das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste com destino às Regiões Sul e Sudeste, nestes estados o ICMS arrecadado o será em alíquota menor, pois o comerciante arrecadará 5% (cinco por cento, correspondente á diferença entre o que paga no estado de destino (débito pelas entradas que é de 17%) e o que foi pago na origem 12% (doze por cento).

Em outras palavras, o Senado cuidou de criar espécie de incentivo fiscal, em sede constitucional, com o fim de fomentar o desenvolvimento socioeconômico dos estados que compõem as regiões Centro-Oeste, Norte e Nordeste que, se sabe, são historicamente menos desenvolvidas, em relação às demais.

Nessa perspectiva, a sistemática inaugurada com o REA/ICMS impõe prejuízo ao Distrito Federal, deixando de gerar qualquer incremento no âmbito econômico ou social, ou mesmo patrimonial.

Notadamente, conforme bem destacado pelo digno Procurador-Geral de Justiça "*Como os benefícios do REA/ICMS, o contribuinte recolhe ao Distrito Federal, ao invés de 5% (cinco por cento), apenas a percentagem estabelecida no quadro anexo ao Decreto 29.179/08, que varia entre 1,1% (um inteiro e um décimo por cento) e 3,85%*

(três inteiros e oitenta e cinco centésimos por cento), deixando, em conseqüência, de pagar a diferença variável entre 3,9% (três inteiros e nove décimos por cento) e 1,25 (um inteiro e vinte e cinco centésimos por cento). Isso em operações interestaduais, já que nas saídas internas (dentro do Distrito Federal), como a diferença entre os créditos (pelas entradas) e débitos (pelas saídas) é maior, o beneficiado recolherá aos cofres públicos percentual muitas vezes inferior, já que a diferença entre as entradas e saídas superam o percentual de 5% (cinco por cento) das operações interestaduais."

Não bastasse isso, deve ser ressaltado que a Lei nº 4.160/2008, ao criar um regime especial de arrecadação, analogamente ao que previsto pela Lei nº 2.381/99, que concebeu o TARE - Termo de Acordo de Regime Especial -, com a diferença que, ao invés do crédito presumido pelas entradas, estabeleceu-se alíquota fixa para saídas com renúncia de créditos, desrespeitou o art. 26, §1º da Lei Complementar nº 87/96, de âmbito nacional, uma vez que, em se tratando de regime de apuração especial, a sua observância é obrigatória, pois, do contrário, haveria autêntica concessão de isenção de ICMS, o que é vedado pela legislação.

Ressalte-se que, quanto ao TARE, esta e. Corte de Justiça, instada a analisar a questão da legalidade do ato administrativo levado a efeito pelo regime de apuração concebido pela Lei nº 2.381/99, emitiu o seguinte juízo:

> *"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. SUSPENSÃO. INTERESSE PROCESSUAL. TARE. ILEGALIDADE.*
> *I - O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública que objetive obstar e ressarcir dano ao patrimônio público.*
> *II - A ação civil pública é útil, necessária e adequada quando a alegação de inconstitucionalidade de normas distritais é apenas causa de pedir da nulidade do ato administrativo.*
> *III - O Termo de Acordo de Regime Especial padece de ilegalidade em razão da lesão ao erário, causada pela inexistência de disposição sobre o ajuste final com base na escrituração regular do contribuinte (art. 37, § 1º, da Lei Distrital 1.254/96 e a LC 87/96)."*
> *(20040111172692APC, Relator VERA ANDRIGHI, 1ª Turma Cível, julgado em 09/12/2009, DJ 25/01/2010 p. 36)*

Convém, ainda, destacar que a Lei 4.160/2008, ao estabelecer o REA/ICMS, malferiu a regra que estabelece a forma pela qual os Estados e o Distrito

Federal, através de lei complementar, poderão estipular benefícios fiscais. É o que dispõe o art. 135, §5º, inc. VII da LODF, reprodução do art. 155, §2º, inc. XII, letra "g" da Constituição Federal.

Caracterizado, portanto, o *fumus boni iuris*, na medida em que a "*arrecadação do ICMS definida na esfera local pelas normas impugnadas afronta a forma pela qual são estabelecidas as alíquotas do ICMS pelo Senado Federal - em exercício de sua competência inscrita na Constituição Federal - nas operações interestaduais, não observa as regras estabelecidas pela Lei Complementar 24/75 e 87/96, além de violar inequivocamente o princípio constitucional da não cumulatividade*" [1]

Também presente o *periculum in mora*, pois, os "*danos causados extrapolam em muito o simples descumprimento da norma jurídica, atingindo o sistema econômico nacional e o nível de bem estar da comunidade, como bem concluiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE*[2]*, órgão do Ministério da Justiça*, justificando, portanto, a suspensão liminar da eficácia dos atos normativos impugnados.

É o quanto basta para deferir o pedido de liminar e determinar a suspensão da eficácia da Lei 4.160 de 12 de março de 2008 e, por arrastamento, o Decreto nº 29.179/08 e o Decreto Legislativo nº 1527/08, com efeitos "*ex nunc*" até julgamento definitivo do pedido.

Após a publicação do acórdão, retornem os autos conclusos.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Senhor Presidente, também ouvi, com muito interesse, o eminente Procurador do Distrito Federal e o ilustre Advogado constituído pela entidade sindical que se apresenta como *amicus curiae*.

Quero ratificar, Senhor Presidente, que afasto todas as preliminares, como o fez o eminente Relator.

Quanto ao mérito, nessa fase em que se examinam apenas os pressupostos para concessão de liminar, verifico, *data venia*, que a lei impugnada estabeleceu, realmente, tratamento especial referente ao ICMS, sem, contudo, observar normas constitucionais de regência, tratamento que constitui verdadeiro benefício tributário na medida em que importa renúncia de receita por parte do Distrito Federal.

Ao delegar ao Poder Executivo a competência para estabelecer, por mero ato administrativo, as atividades econômicas, operações ou prestações, mercadorias e serviços passíveis de inclusão, como dispõe o art. 1.º, § 1.º, inciso I, a sistemática de cálculo e o período de apuração (art. 1.º, § 1.º, inciso II), bem como a forma e os critérios de opção e permanência no regime (art. 1.º, § 1.º, inciso III), a lei atacada

violou o princípio da legalidade, pois tais determinações só podem ser realizadas por meio de lei formal e específica.

Trago, a propósito, Senhor Presidente, precedente do Supremo Tribunal Federal na Adin n.º 1.296-PE, onde disse o Ministro Celso de Mello:

> "O legislador não pode abdicar de sua competência institucional para permitir que outros órgãos do Estado - como o Poder Executivo - produzam a norma que, por efeito de expressa reserva constitucional, só pode derivar de fonte parlamentar. O legislador, em consequência, não pode deslocar para a esfera institucional de atuação do Poder Executivo - que constitui instância juridicamente inadequada - o exercício do poder de regulação estatal incidente sobre determinadas categorias temáticas: a) a outorga de isenção fiscal, b) a redução da base de calculo tributaria, c) a concessão de crédito presumido, e d) a prorrogação dos prazos de recolhimento dos tributos, as quais se acham necessariamente submetidas, em razão de sua própria natureza, ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei em sentido formal."

Ao prever percentual fixo sobre o montante das operações ou prestações (art. 1.º. § 2.º), e ao determinar a apuração do cálculo do imposto baseado na saída da mercadoria, sem nenhuma correlação com as diretrizes lançadas no art. 26 da Lei Complementar n.º 87/96, a lei impugnada ofendeu o art. 134, incisos I e IV, e art. 135, incisos I, II e III, e o § 5.º da Lei Orgânica do Distrito Federal, que dispõe acerca da não cumulatividade do ICMS e da necessidade de resolução do Senado Federal ou de edição de lei complementar federal para dispor sobre o imposto.

Com essas breves considerações, Senhor Presidente, entendo que devo aderir ao voto do eminente Relator para suspender a eficácia das normas ora impugnadas em sede liminar.

Desa. Carmelita Brasil (Vogal) - Acompanho o eminente Relator, Excelência.

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) - Senhor Presidente, neste momento procedimental, é mister que se verifique a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* está presente, como evidenciado nos doutos votos precedentes, na medida em que os atos normativos impugnados afrontam claramente o princípio da legalidade. E a permanência desses atos normativos no mundo jurídico só virá a agravar a situação hoje reinante, justamente pelos vícios que em si carregam, restando evidenciado, assim, o *periculum in mora.*

Acompanho o eminente Relator, também deferindo a liminar.

Desa. Vera Andrighi (Vogal) - Com o eminente Relator, Senhor Presidente.

Des. George Lopes Leite (Vogal) - Com o eminente Relator.

Des. Angelo Passareli (Vogal) - Com o eminente Relator, Excelência.

Des. Natanael Caetano (Vogal) - Senhor Presidente, acompanho o Relator no que se refere às preliminares.

Quanto à concessão da liminar, porém, vou divergir de S. Ex.ª, pedindo a mais respeitosa vênia a todos os que o acompanharam, porque entendo que sua concessão terá repercussões muito grandes em todos os entes interessados na presente ação direta de inconstitucionalidade.

Penso que os riscos são grandes, por isso que, em termos de liminar, entendo que é preferível manter os diplomas legais como estão (são dois, um por arrastamento), para evitar as consequências da liminar, que poderão repercutir nos interesses do próprio Distrito Federal no que se refere a sua arrecadação, assim como nos interesses das empresas, que, estimuladas pela vigência dessa lei, somaram investimentos expressivos, criando milhares e milhares de empregos. Penso que a repercussão pode ter efeitos negativos nessa miríade de interesses que aqui se discutem.

Peço vênia ao eminente Relator, para acompanhá-lo quanto às preliminares, mas indefiro a liminar pleiteada.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Eminente Presidente, eminentes Pares, acompanhei o eminente Relator nas preliminares, e ratifico o meu voto neste ponto.

Contudo, tendo recebido alentado memorial e tendo ouvido, com toda a atenção, as sustentações orais produzidas pelos ilustres Patronos representantes do Distrito Federal e do *amicus curiae*, Sindicato do Comércio Atacadista do Distrito Federal, neste momento, adoto a posição sufragada pelo eminente Desembargador Natanael Caetano, diante da possibilidade de causar seriíssimos gravames a todas as entidades filiadas a esse sindicato, com reflexos deletérios na ordem econômica, prejudicando emprego, renda e o próprio exercício da atividade comercial.

Por isso, Senhor Presidente, peço licença ao eminente Desembargador Natanael Caetano para adotar as brilhantes razões trazidas, pedindo vênia ao eminente Relator para dissentir de S. Ex.ª, indeferindo a liminar requerida.

Des. Nívio Gonçalves (Vogal) - Eminente Presidente, com a devida vênia, acompanho o eminente Relator porque a liminar é concedida com efeito *ex nunc*.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Eminente Presidente, não se ignora que a liminar é deferida com efeito *ex nunc*, mas isso quer dizer que apenas não pode ser ampliado esse sistema adotado pela legislação, não pode haver dois sistemas. Logo, as empresas terão de se desinstalarem, não há outro remédio. E parece-me que, embora legal — o voto do eminente Relator tem foro de legalidade —, existe um risco razoável no deferimento da liminar, e isso está bem demonstrado.

De mais a mais, Senhor Presidente, continuo desejoso de examinar o texto da arguição que tramita no Supremo Tribunal Federal.

Animado pelo voto do eminente Desembargador Natanael Caetano, acompanho o eminente Relator quanto às questões preliminares, e peço vênia ao eminente Relator para indeferir a liminar pleiteada.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Também peço a máxima vênia ao eminente Relator, com a devida cautela, e acompanho a douta divergência.

Des. Mario Machado (Vogal) - Senhor Presidente, em sede de liminar e considerando o peso decorrente de um deferimento, é sempre aconselhável que essa liminar somente seja deferida diante de uma acentuada plausibilidade da afirmada inconstitucionalidade. E, embora divise razoabilidade nos fundamentos conducentes à concessão da liminar, o fato é que isso é contrabalançado, exatamente, pelos riscos advindos da concessão dessa liminar, ferindo interesses diversos.

Nesse cotejo, não sendo muito acentuada nessa visão a inconstitucionalidade, prefiro acompanhar, também, a divergência, pedindo vênia ao eminente Relator.

Assim, acompanho o Relator no que se refere à rejeição das matérias preliminares, mas nego a liminar, acompanhando a divergência.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Senhor Presidente, com relação às preliminares, já me posicionei no mesmo caminho do eminente Relator, rejeitando-as.

Quanto à concessão da liminar, vou pedir as mais respeitosas vênias ao eminente Relator para acompanhar o posicionamento adotado pelo eminente Desembargador Natanael Caetano.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Senhor Presidente, considero razoável e relevante a argumentação da inicial, e, portanto, acompanho o eminente Relator, porquanto o vício da inconstitucionalidade é o maior gravame que pode existir numa norma jurídica, e precisa ser afastada a sua vigência.

Diante de precedentes muito assemelhados, em que este Tribunal já reconheceu a inconstitucionalidade dessa modificação do regime de apuração do ICMS, no caso, um regime especial, penso que é conveniente a concessão da liminar.

Quanto ao funcionamento das empresas, anoto que as empresas passam a adotar o regime normal da operação do ICMS. Portanto, não vejo esse risco de inviabilizar a atividade empresarial.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - V. Ex.ª me permitiria um aparte, Desembargador Cruz Macedo?

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Com satisfação.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Senhor Presidente, também me preocupa a situação dessas empresas, aliás, foi um apelo feito pelo eminente advogado da tribuna, que parece ter sensibilizado a todos.

Contudo, o que temos que verificar, no caso, é a federação, que nada ganharia com uma guerra fiscal. Há uma situação anômala, inconstitucional mesmo, e é por isso que o Distrito Federal não pode se arvorar em manter privilégios.

Sensibilizo-me, como, aliás, todos se sensibilizaram com a situação dessas empresas. Contudo é preciso que tenhamos consciência de que isso pode gerar verdadeira guerra fiscal. Por isso, ratifico o meu posicionamento, acompanhando o eminente Relator.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Desembargador Sérgio Bittencourt, se V. Ex.ª me permite, diria que a guerra fiscal, se porventura houver de ser travada, terá remédio perante o Supremo Tribunal Federal. É uma arguição de inconstitucionalidade perante o Supremo, porque esse é que resolve o problema da federação.

Agradeço a V. Ex.ª e também, mais uma vez, peço vênia ao eminente Relator.

Des. Angelo Passareli (Vogal) - Senhor Presidente, no momento em que a liminar é *ex nunc*, o que está sendo colocado pelos eminentes Pares, de que os regimes já assinados perderam valor, no meu entender, não procede, isso não está correto; se é *ex nunc*, eles continuam valendo até o julgamento da presente ADIn.

Gostaria de deixar expresso o meu entendimento. Ouvi alguns Colegas notáveis dizendo que estão desfeitos todos os regimes dessa lei pela liminar, o que, no meu entender, não é verdade, porque, se é *ex nunc*, está proibido o governo de celebrar novos acordos com redução de alíquota. Então, Senhor Presidente, preciso colocar o meu ponto de vista porque ouvi neste Plenário que estão desfeitos; se é *ex nunc* não estão desfeitos, eles estão em vigor até o julgamento da ADIn.

Era isso que queria dizer, Senhor Presidente.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Concluindo o meu voto, Senhor Presidente, é, de fato, preocupante essa questão da retirada do regime especial, que pode, segundo alguns, inviabilizar a atividade de diversas empresas no Distrito Federal.

Ocorre que se está interrompendo uma sistemática. Persiste, agora, a aplicação do regime normal de apuração do ICMS. Não vejo esse risco. Não se está afastando, realmente, os programas que já foram realizados, mas apenas interrompendo essa forma de arrecadação.

Peço vênia à ilustre divergência para acompanhar o eminente Relator.

Des. Otávio Augusto (Presidente) - Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal que, com base nos artigos 19, *caput;*

126, incisos II e III; 129, *caput*; 131, inciso I; 134, incisos I e IV, e 135, inciso I e § 5º, incisos I, III e VII, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal, questiona a constitucionalidade da **Lei nº 4.160, de 13/06/2008**, com a redação dada pelas **Leis nº 4.233/2008** e **4.442/2009**, que dispõe sobre regime de apuração do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, e, por arrastamento, do **Decreto nº 29.179, de 19/06/2008**, que institui o Regime Especial de Apuração do ICMS e **Decreto Legislativo nº 1.527/2008**, que o homologa.

De início, cumpre analisar as preliminares suscitadas nas informações apresentadas pelos Excelentíssimos Senhores Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador do Distrito Federal e Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral Adjunta do Distrito Federal (fls. 83/84, 97/103 e 124/152).

Quanto ao exame da alegada incompetência deste egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal para proceder à análise da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade de normas distritais que instituíram regime especial de apuração do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS (REA/ICMS), é certo que a reprodução obrigatória de princípios constitucionais na Lei Orgânica do Distrito Federal não desloca a competência para a Suprema Corte de Justiça, o que resultaria na inviabilização de qualquer ação de controle abstrato nesta sede distrital, haja vista que, *in casu*, o regramento das matérias de natureza tributária se encontra, em sua maioria, disposto na própria Constituição Federal.

Ademais, este egrégio Conselho Especial já decidiu que "*o fato dos dispositivos violados guardarem identidade com outros insertos na Constituição Federal (Princípio da Simetria) não retira dos Tribunais Estaduais e do Distrito Federal a competência para processar e julgar a constitucionalidade da norma local, em sede de controle abstrato*" (ADI 2008.00.2.016881-0, reg. ac. nº 375547, Rel. SÉRGIO BITTENCOURT, DJ-e 23/09/2009).

Acresça-se que a causa de pedir inserta na inicial é clara ao apontar suposta violação de normas distritais em face da Lei Orgânica do Distrito Federal (artigos 19, *caput*; 126, incisos II e III; 129, *caput*; 131, inciso I; 134, incisos I e IV; e 135, inciso I, e § 5º, incisos I, III e VII), porquanto o Excelso Supremo Tribunal Federal já assentou que "*a competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade é definida pela causa de pedir lançada na inicial. Em relação ao conflito da norma atacada com a Lei Máxima do Estado, impõe-se concluir pela competência do Tribunal*

de Justiça, pouco importando que o preceito questionado mostre-se como mera repetição de dispositivo, de adoção obrigatória, inserto na Carta da República" (RE 199239/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ 06/08/2004, p. 21).

Assim, entendendo-se ser este eg. Tribunal de Justiça competente para o exame da presente ação direta de inconstitucionalidade, rejeita-se a preliminar aventada.

De igual forma, não logra êxito a preliminar de inépcia da inicial se esta procede à indicação clara e precisa dos fundamentos jurídicos acerca da alegada inconstitucionalidade dos atos normativos em cotejo com os dispositivos elencados na Lei Orgânica do Distrito Federal, devendo-se registrar que o realce conferido à fl. 12, no sentido de que "*a inconstitucionalidade, na espécie, contamina todos os dispositivos das normas impugnadas, e não apenas algum artigo ou dispositivo isolado, tendo em vista a nítida interdependência existente entre eles. Impõe-se, portanto, a declaração de todo o bloco normativo ora impugnado*", encontra ressonância na doutrina e na jurisprudência, como bem ressaltou o órgão ministerial às fls. 165/168, quanto à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento ou consequência.

Também não subsiste a preliminar de inadequação da via eleita ante a alegada utilização da presente ação como sucedânea de Ação Civil Pública, porquanto, conforme já decidiu este eg. Conselho Especial, "*eventual prejuízo ao patrimônio público é efeito secundário e reflexo do vício de inconstitucionalidade, que ainda assim não se confunde com o objeto da ADI, consistente em expurgar do sistema legal norma que esteja em contrariedade aos preceitos constitucionais*" (ADI 2008.00.2.017599-2, reg. ac. nº 403624, Rel. LECIR MANOEL DA LUZ, DJ-e 03/03/2010, pág. 61).

Rejeitadas as preliminares, procede-se ao exame da liminar vindicada nos presentes autos, cuja concessão pressupõe a concomitância dos pressupostos consubstanciados no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, haja vista a presunção de legitimidade e constitucionalidade dos atos normativos.

No caso, o requerente aduz que "*o artigo 1º da Lei Distrital nº 4.160 autoriza o contribuinte a "apurar o montante do imposto devido por mercadorias ou serviços à vista de cada operação ou prestação, em substituição ao regime de apuração normal" (caput), além de delegar ao Poder Executivo competência para estabelecer, por mero ato administrativo, "as atividades econômicas, operações ou prestações, mercadorias e serviços passíveis de inclusão no regime" (inciso I), a "sistemática de cálculo e o período de apuração" (inciso II) e a "forma e os critérios de opção e permanência no regime" (inciso III)*". Fls. 12/13.

À fl. 13, esclarece que o Poder Executivo local, com esteio na delegação legislativa conferida pela Lei Distrital nº 4.160/2008, editou o Decreto nº 29.179/2008, que, homologado pelo Decreto Legislativo nº 1.527/2008, passou a instituir "*nova sistemática de apuração do ICMS e impingindo a contribuintes do setor "industrial, comércio atacadista ou distribuidor" a "renúncia dos créditos" do imposto a partir da opção pelo REA/ICMS, com apuração do imposto baseada única e exclusivamente em percentual estabelecido para saídas de determinadas mercadorias*".

Do cotejo da legislação distrital ora objurgada com as normas constantes na Lei Orgânica do Distrito Federal (artigos 19, *caput*; 126, incisos II e III; 129, *caput*; 131, inciso I; 134, incisos I e IV, e 135, inciso I e § 5º, incisos I, III e VII), verifica-se a plausibilidade da tese de inconstitucionalidade sustentada na inicial.

Com efeito, não houve observância ao disposto no artigo 134, inciso I, da Lei Orgânica do Distrito Federal, que dispõe que o ICMS "*será não cumulativo, compensando-o o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo Distrito Federal ou outro Estado*", haja vista a instituição de sua apuração de modo diverso conferida pelos artigos 1º, §2º, da Lei nº 4.160/2008 e artigo 1º do Decreto nº 29.179/2008, que dispõem sobre a aplicação de percentuais fixos sobre as saídas de mercadorias. Fls. 36 e 257/258.

A nova forma de apuração do ICMS instituída pelo bloco normativo distrital, ao estabelecer alíquota fixa para saídas de mercadorias com renúncia de créditos, também deixou de observar ao disposto na Lei Complementar Federal 87/96, que aduz ao "*ajuste com base na escrituração regular do contribuinte, que pagará a diferença apurada, se positiva; caso contrário, a diferença será compensada com o pagamento referente ao período ou períodos imediatamente seguintes*" (art. 26, §1º), cuja observância é obrigatória pelo ente distrital, nos termos do artigo 135, §5º, incisos I e III da LODF.

Além disso, verifica-se que a forma de apuração do ICMS e respectivas alíquotas fixadas, conforme consta no Anexo Único ao Decreto nº 29.179/2008 (fls. 44/46), não atendem ao estabelecido pelo Senado Federal, o que resulta na inobservância ao disposto nos artigos 134, inciso IV, e 135, inciso I, da Lei Orgânica do Distrito Federal, que dispõem, respectivamente, que o ICMS "*terá as alíquotas aplicáveis a operações e prestações interestaduais e de exportação fixadas por Resolução do Senado Federal*", e que "*o Distrito Federal fixará as alíquotas do imposto de que trata o artigo anterior para as operações internas, observado o seguinte: I - limite mínimo não inferior ao estabelecido pelo Senado Federal para as operações interestaduais*

salvo", conforme profícua explanação acerca dos percentuais fixados em confronto com as alíquotas estabelecidas na resolução do Senado Federal, às fls. 19/21 dos presentes autos.

Acresça-se que a instituição da nova apuração do ICMS também não atendeu ao disposto no inciso VII do §5º do artigo 135 da LODF, que exige a observância à lei complementar federal para "*regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados*", porquanto estabelece o artigo 1º, inciso IV, da Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, que se dará, quanto ao ICMS, nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, sendo que, *in casu*, restou ausente a comprovação de celebração de qualquer convênio.

Por fim, resulta evidente a configuração do *periculum in mora* ante a continuidade da eficácia de diplomas legais que desatendem às normas que regem o sistema econômico nacional e ensejam, por via de consequência, danos à sociedade e ao erário distrital.

Dessa forma, CONCEDE-SE A LIMINAR para suspender a eficácia da Lei nº 4.160, de 12/03/2008, bem como do artigo 2º da Lei nº 4.233, de 28/10/2008, e Lei nº 4.442, de 21/12/2009, ante as alterações conferidas àquele diploma legal, e, por arrastamento, do Decreto nº 29.179/2008 e do Decreto Legislativo nº 1.527/2008, com efeitos *ex nunc* e *erga omnes*, até o julgamento definitivo da presente ação.

Rejeito as preliminares e, no mérito, concedo a liminar para suspender a eficácia da Lei nº 4.160/2008.

DECISÃO

Rejeitadas as preliminares, deferiu-se a medida cautelar, maioria.

Notas

[1] *Parecer Ministerial suso mencionado.*
[2] *Idem.*

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2008002018825-4

Requerente - Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios
Requerido - Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal
Relator - Des. Dácio Vieira
Conselho Especial

EMENTA

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS COMPLEMENTARES DISTRITAIS Nº 746/2007 E 758/2008, ESTA ÚLTIMA ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 771/2008, EM FACE DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 19, *CAPUT*, 51, *CAPUT* E § 2º, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL, BEM COMO NO ARTIGO 56 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS. DESAFETAÇÃO E ALTERAÇÃO DE USO DE ÁREAS PÚBLICAS. CONSULTA PRÉVIA À POPULAÇÃO INTERESSADA. EXIGÊNCIA MITIGADA EM FACE DAS PECULIARIDADES DA HIPÓTESE. ÁREAS ISOLADAS, EQUIDISTANTES DE SETORES HABITACIONAIS, DESTINADAS À EDIFICAÇÃO DE EQUIPAMENTOS E PRÉDIOS PÚBLICOS, NO INTERESSE DE TODA A POPULAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL E ENTORNO. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS APÓS A INICIATIVA DAS RESPECTIVAS LEIS COMPLEMENTARES PELO PODER EXECUTIVO, CONQUANTO ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DOS DECRETOS QUE EFETIVARAM A DESAFETAÇÃO DAS ÁREAS EM QUESTÃO. INTERESSE SOCIAL DEMONSTRADO. INDUVIDOSA EXISTÊNCIA DE ESTUDOS TÉCNICOS QUANTO AOS IMPACTOS RESULTANTES DAS ALTERAÇÕES DE USO. CONSTITUCIONALIDADE DOS NORMATIVOS IMPUGNADOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Dácio Vieira - Relator, Cruz Macedo, Romeu Gonzaga Neiva, J. J. Costa Carvalho, Sandra De Santis, José Divino, Natanael Caetano, Lécio Resende, João Mariosi, Mario Machado e Sérgio Bittencourt, sob a presidência do Desembargador Otávio Augusto em afastar a preliminar por unanimidade. Julgar-se improcedente a ação, decisão por maioria, de acordo com a ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2010.

RELATÓRIO

Integro como parte desta exposição, o anterior relatório, constante do Parecer ministerial, de folhas 173/182, que ora leio:

> *"O Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios ajuizou ação direta de inconstitucionalidade visando a declaração, em tese e com efeitos* erga omnes *e* ex tunc, *da inconstitucionalidade das Leis Complementares distritais 746/2007 e 758/2008, esta última com a alteração dada pela Lei Complementar 771/2008, e em sua redação original, que promoveram a desafetação e alteração de destinação de extensas áreas públicas, ao argumento de que ocorrem vícios materiais de inconstitucionalidade.*
>
> *Sustenta o autor, em breve síntese, que as leis impugnadas deixam de observar a sistemática estabelecida pela Lei Orgânica do Distrito Federal para desafetação e alteração de destinação de áreas públicas, que exige a audiência prévia da população interessada, a comprovação de situação de relevante interesse público e a realização de estudos técnicos que avaliem o impacto da alteração, a serem realizados antes do encaminhamento do respectivo projeto de lei à Casa Legislação. Aponta, ainda, a ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, da publicidade, da motivação e do interesse público, e a violação aos artigos 19,* caput, *51,* caput *e § 2º, e 50 (ADT), da Lei Orgânica distrital.*

> *(...)*
> *O Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal prestou informações defendendo a constitucionalidade material das leis impugnadas. Ao final, requer seja julgado improcedente o pedido (fls. 52/56).*
> *O Governador do Distrito Federal e Procurador-Geral do Distrito Federal, este último na qualidade de curador dos atos normativos impugnados, sustentaram a constitucionalidade das leis impugnadas, tendo arguido, em preliminar, a inépcia da inicial. Informam, ainda, que a audiência da população interessada ocorreu um dia antes da aprovação da Lei Complementar 746/2007, o que afastaria um dos vícios de inconstitucionalidade material apontados. Por fim, requerem a improcedência do pedido da presente ação direta (fls. 58/66 e 163/171)."*

Acrescento que o i. representante do *Parquet* oficiou pelo conhecimento da ação direta e pela procedência do pedido.

É o relatório.

VOTOS
PRELIMINAR

Des. Dácio Vieira (Relator) - Como visto da exposição, a presente ação direta visa a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 746, de 18 de dezembro de 2007 que ***"dispõe sobre o local para a instalação do Complexo Administrativo do Governo do Distrito Federal, autoriza a elaboração de projeto de reparcelamento urbano na área correspondente ao lote do Terminal Rodoviário de Integração e aos Lotes 1 a 8 dos Conjuntos A e B da Quadra 3 do Centro Metropolitano de Taguatinga, desafeta bem público de uso comum do povo na área que especifica, na Região Administrativa de Taguatinga - RAIII e dá outras providências"*** e, ainda, da Lei Complementar nº 758, de 24 de março de 2008, que ***"desafeta bem público de uso comum do povo no Trecho 4 do Setor de Múltiplas Atividades Sul - SMAS, na Região Administrativa Plano Piloto - RA I, e dá outras providências"***, esta última alterada pela Lei Complementar nº 771, de 16 de julho de 2008.

Aponta o autor, como paradigmas de controle abstrato dessas normas ora impugnadas, os artigos 19, *caput*, 51, *caput* e §2º, da Lei Orgânica do Distrito Federal, bem como o artigo 56 do Ato das Disposições Transitórias, com a seguinte redação:

> *Art. 19. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Distrito Federal, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, motivação e interesse público, e também ao seguinte:*
> *Art. 51. Os bens do Distrito Federal destinar-se-ão prioritariamente ao uso público, respeitadas as normas de proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, cultural, arquitetônico e paisagístico, e garantido o interesse social.*
> *(...)*
> *§ 2º A desafetação, por lei específica, só será admitida em caso de comprovado interesse público, após ampla audiência à população interessada.*
> *Art. 56. Até a aprovação da Lei de Uso e Ocupação do Solo, o Governador do Distrito Federal poderá enviar, precedido de participação popular, projeto de lei complementar específica que estabeleça o uso e a ocupação de solo ainda não fixados para determinada área, com os respectivos índices urbanísticos. (Artigo e parágrafo único acrescidos pela Emenda à Lei Orgânica n° 40, de 2002, e alterados pela Emenda à Lei Orgânica nº 49, de 2007.)*
> *Parágrafo único. A alteração dos índices urbanísticos, bem como a alteração de uso e desafetação de área, até a aprovação da Lei de Uso e Ocupação do Solo, poderão ser efetivadas por leis complementares específicas de iniciativa do Governador, motivadas por situação de relevante interesse público e precedidas da participação popular e de estudos técnicos que avaliem o impacto da alteração, aprovados pelo órgão competente do Distrito Federal.*

Cumpre, desde logo, o exame da questão **preliminar de inépcia da petição inicial**, suscitada nas manifestações do Governador e do Procurador-Geral do Distrito Federal, ao argumento de que "*embora pretenda a declaração de inconstitucionalidade de todos os dispositivos das leis impugnadas, o requerente aponta*

desconformidades com a LODF apenas para os arts. 3º, 5º e 6º, da LC 746/07, e para os arts. 1º, caput *e §§ 2º, 3º e 4º, da LC 758/08, não traçando considerações tendentes a demonstrar quais preceitos da LODF teriam sido transgredidos pelos demais ditames dos diplomas legais tidos por inconstitucionais."* E que *"não prevalece a assertiva de que a inconstitucionalidade dos demais dispositivos não impugnados especificamente ocorreria por arrastamento"* (fls. 59/61).

Com efeito, incontroversa a orientação pretoriana no sentido de que *"não se conhece da ação direta de inconstitucionalidade, se a inicial deixa de proceder ao cotejo analítico de todas as suas disposições, tendo em vista os dispositivos constitucionais apontados como violados." (STF, Pleno, ADI 2174/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 07.03.2003).*

Com esse mesmo norte, confira-se:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO ABSTRATA E GENÉRICA DE LEI COMPLEMENTAR. IMPOSSIBILIDADE DE COMPREENSÃO EXATA DO PEDIDO. NÃO CONHECIMENTO. 1. Arguição de inconstitucionalidade de lei complementar estadual. Impugnação genérica e abstrata de suas normas. Conhecimento. Impossibilidade. 2. Ausência de indicação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido com suas especificações. Não observância à norma processual. Consequência: inépcia da inicial. Ação direta não conhecida. Prejudicado o pedido de concessão de liminar." (STF, Pleno, ADI 1775/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 18.05.2001).*

Noutra perspectiva, contudo, não se pode olvidar que *"ao autor do pedido de declaração de invalidade de norma federal ou estadual, em controle abstrato de constitucionalidade, impõe-se o ônus do cotejo do texto dos dispositivos impugnados com o paradigma constitucional, de modo a resultar clara demonstração da alegada incompatibilidade." (STF, ADI 827, Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão monocrática da Presidência, DJ de 18.05.2001).*

Na presente hipótese, há que considerar, desde logo, que, a inicial reveste-se de plena cognoscibilidade. Opera-se com suficiente indicação dos dispositivos atacados, dos fundamentos jurídicos e do pedido, restando atendidas, assim, as exigências dos artigos 3º e 4º, da Lei 9.868/99, em que pese constatar-se evidente erro material, ao fazer menção equivocada ao artigo "50 (ADT)",

quando visou, *in thesis*, apontar o artigo 56 do Ato das Disposições Transitórias, transcrito e referenciado claramente pelo autor (fls. 08/09).

Dessarte, *in casu*, em sua argumentação, pugnou expressamente o autor pela inconstitucionalidade "dos principais dispositivos das leis impugnadas, que promovam a desafetação e a alteração de destinação de extensas áreas públicas **e, por arrastamento, das suas demais disposições, que trazem normas secundárias**" (fl. 08, g.n.).

Assim, não se revela inepta a petição inicial, porquanto "***(a)*** *indica, de forma adequada, as normas de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada,* ***(b)*** *estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre esse ato estatal de menor positividade jurídica e o texto da Constituição (...),* ***(c)*** *fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e* ***(d)*** *postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a consequente declaração de ilegitimidade constitucional (...), delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido" (STF, Pleno, ADI 2321 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 10.06.2005)*.

De mais disso, tal discussão não guarda qualquer relevância quanto ao cerne das questões postas em foco, à parte dos fundamentos expendidos na inicial relativos a vício de natureza formal, a incidir, naturalmente, sobre a totalidade das normas impugnadas.

Rejeito, por essas razões, a preliminar suscitada.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - De acordo.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) - De acordo.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Prefacialmente, insta asseverar que a preliminar de inépcia da inicial, suscitada pelo Governador do Distrito Federal e pela Procuradora-Geral Adjunta do Distrito Federal, não merece prosperar.

A argumentação utilizada para embasar o pedido foi no sentido de que o requerente aponta desconformidades com a Lei Orgânica do Distrito Federal apenas para os artigos 3º, 5º e 6º da Lei Complementar nº 746/2007 e para os artigos 1º, *caput* e § 2º, 3º e 4º da Lei Complementar nº 758/2008, não tendo demonstrado quais dispositivos da Lei Orgânica teriam sido violados pelas outras normas das citadas leis.

No entanto, como o próprio autor da ação em epígrafe deixou bem claro na peça vestibular, a declaração de inconstitucionalidade de todos os artigos das leis deve ocorrer por arrastamento em razão da relação de interdependência existente entre eles.

Por fim, a alegação de que a declaração dos dispositivos efetivamente impugnados poderia ocorrer sem redução de texto, com a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição é matéria afeta ao mérito.

Desta forma, como o pedido restou fundamentado, **rejeito a preliminar**.

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) - De acordo.

Desa. Sandra De Santis (Vogal) - De acordo.

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

Des. José Divino (Vogal) - De acordo.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) - De acordo.

Des. Arnoldo Camanho (Vogal) - De acordo.

Des. Natanael Caetano (Vogal) - De acordo.

Des. Lécio Resende (Vogal) - De acordo.

MÉRITO

Des. Dácio Vieira (Relator) - *De meritis*, em que pese cuidarem ambas as leis complementares impugnadas - 746/07 e 758/08 - alusivas à desafetação de bem público de uso comum do povo, infere-se da argumentação desenvolvida pelo autor e integrantes desta ação de controle concentrado de constitucionalidade, uma dualidade no tocante à fundamentação então expendida, a lastrear os posicionamentos de mérito de cada um desses normativos, tudo a convergir na aferição desta temática, trazida em mesma ação, adequando-se, para tanto, ao princípio da economia processual, a considerar, agora, de todo impertinente, a

meu sentir, a possibilidade de um desmembramento do processo, quando mais nesta fase já avançada do feito, que leva a considerar o próprio interesse público prevalente e o aspecto relevante de que as partes não destoam neste sentido.

Com essa moldura, cumpre iniciar pela análise da Lei Complementar nº 758, de 24 de março de 2008, que dispõe sobre a desafetação de área situada no Trecho 4, do Setor de Múltiplas Atividades Sul - SMAS, na Região Administrativa do Plano Piloto - RA I, alterada pela Lei Complementar nº 771, de 16 de julho de 2008, com a seguinte redação, *verbis*:

> *"LEI COMPLEMENTAR N° 758, DE 24 DE MARÇO DE 2008*
> *DODF DE 25.03.2008*
>
> *Desafeta bem público de uso comum do povo no Trecho 4 do Setor de Múltiplas Atividades Sul - SMAS, na Região Administrativa Plano Piloto - RA I, e dá outras providências.*
> *O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL, FAÇO SABER QUE A CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL DECRETA E EU SANCIONO A SEGUINTE LEI:*
> ***Art. 1º Fica desafetado o bem público de uso comum do povo correspondente a 86.233,47m2 (oitenta e seis mil, duzentos e trinta e três metros quadrados e quarenta e sete decímetros quadrados), situado ao longo da fachada lateral direita e, em parte, da fachada lateral esquerda do Lote 6/5 do Trecho 4 do Setor de Múltiplas Atividades Sul - SMAS, antigo Setor de Áreas Isoladas Sudoeste - SAI/SO, na Região Administrativa Plano Piloto - RA I, que passa à condição de bem dominial.***
> *§ 1º O bem público de uso comum do povo desafetado de que trata este artigo será incorporado aos imóveis criados em decorrência do reparcelamento do Lote 6/5 do Trecho 4 do Setor de Múltiplas Atividades Sul - SMAS, a ser promovido pelo Poder Executivo.*
> *§ 2º A desafetação prevista neste artigo será objeto de apreciação em audiência pública, nos termos do art. 51, § 2º, da Lei Orgânica do Distrito Federal.*
> *Art. 2º Fica afetado à categoria de bem de uso comum do povo o*

bem dominial de 45.762,67m2 (quarenta e cinco mil, setecentos e sessenta e dois metros quadrados e sessenta e sete decímetros quadrados) correspondente à área total do Lote 6/2 do Trecho 4 do Setor de Múltiplas Atividades Sul - SMAS e parte do Lote 6/5 mencionado no art. 1º desta Lei Complementar.

Parágrafo único. O bem dominical afetado de que trata este artigo será destinado à implantação da Via Interbairros e sua faixa de domínio.

Art. 3º Os parâmetros básicos de uso e ocupação do solo aplicáveis ao novo Lote 6/5, decorrente do reparcelamento do lote primitivo de mesmo número e de que trata o art. 1º, § 1º, desta Lei Complementar, serão os seguintes:

I - usos permitidos:

a) uso principal obrigatório: comercial de bens e de serviços com atividades do tipo serviços de transporte terrestre, exclusivamente do tipo transporte rodoviário de passageiros, regular, urbano; esse uso deverá preceder ou ser concomitante à implantação dos usos complementares estabelecidos neste artigo;

b) uso complementar: comercial de bens e de serviços, exclusivamente com atividades do tipo:

1) comércio varejista e reparação de objetos pessoais e domésticos;

2) serviços de alojamento, excluídos o grupo motéis e as atividades de motel, aparthotel, hotel-residência e flat service;

3) serviços de alojamento, excluídas as atividades pensões, pousadas, alojamentos turísticos, aluguel de imóveis por temporada, alojamentos coletivos não-turísticos do tipo casa de estudante, pensionato e exploração de vagões-leito;

4) serviços de alimentação;

5) serviços anexos e auxiliares do transporte;

6) serviços de agências de viagem;

7) serviços de correio;

8) intermediação financeira, exclusive seguros e previdência privada;

9) seguros e previdência privada;

10) serviços auxiliares da intermediação financeira;

11) serviços imobiliários;
12) aluguel de automóveis;
13) serviços de informática e conexos;
14) serviços prestados principalmente às empresas;
15) serviços pessoais;
II - taxa máxima de ocupação: 35% (trinta e cinco por cento) da área do lote, sendo que toda e qualquer cobertura será computada na taxa máxima de ocupação;
III - taxa máxima de construção: 140% (cento e quarenta por cento);
IV - altura máxima da edificação: 12m (doze metros).
Art. 4º Os parâmetros básicos de uso e ocupação do solo aplicáveis aos demais imóveis decorrentes do reparcelamento do Lote 6/5 de que trata o art. 1º, § 1º, desta Lei Complementar serão os seguintes:
I - usos permitidos:
a) comercial de bens e de serviços do tipo:
1) comércio varejista e reparação de objetos pessoais e domésticos;
2) serviços de alojamento, excluídos o grupo motéis e as atividades de motel, aparthotel, hotel-residência e flat service;
3) serviços de alojamento, excluídas as atividades pensões, pousadas, alojamentos turísticos, aluguel de imóveis por temporada, alojamentos coletivos não-turísticos do tipo casa de estudante, pensionato e exploração de vagões-leito;
4) serviços de alimentação;
5) serviços de agências de viagem;
6) serviços de correio;
7) intermediação financeira, exclusive seguros e previdência privada;
8) seguros e previdência privada;
9) serviços auxiliares da intermediação financeira;
10) serviços imobiliários;
11) aluguel de automóveis;
12) serviços de informática e conexos;
13) serviços prestados principalmente às empresas;

14) serviços pessoais;
b) coletivo do tipo:
1) educação complementar, à exceção de educação especial;
2) saúde;
3) entidades associativas, à exceção de serviços de organizações religiosas;
4) entidades recreativas culturais e desportivas;
5) administração pública, defesa e seguridade social;
II - taxa máxima de ocupação: 40% (quarenta por cento) da área do lote, sendo que toda e qualquer cobertura será computada na taxa máxima de ocupação;
III - taxa máxima de construção: 160% (cento e sessenta por cento) da área do lote;
(ALTERADO - LEI COMPLEMENTAR Nº 771, DE 16 DE JULHO DE 2008)
IV - altura máxima da edificação: 12m (doze metros).
Parágrafo único. Os usos definidos neste artigo estão de acordo com a legislação específica vigente para o Distrito Federal.
Art. 5º Os demais parâmetros urbanísticos de ocupação do solo aplicáveis aos imóveis de que tratam os arts. 3º e 4º desta Lei Complementar serão definidos pelo Poder Executivo.
Art. 6º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.
Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário." (G.n.)

Importa enfatizar, desde já, que os vícios elencados nesta sede, cingem-se, objetivamente, à alegada violação a dois requisitos formais eis que relativos ao "procedimento" de elaboração das normas ora impugnadas, quais sejam a ***ausência de prévia audiência da população interessada*** e a ***inexistência de estudos técnicos que avaliassem o impacto da alteração de uso da área em questão***, bem como a ***necessidade de demonstração quanto ao relevante interesse público***, conforme previsão expressa no artigo 56 do Ato das Disposições Transitórias da LODF.

Quanto à **prévia realização de audiência pública**, o próprio Governador do Distrito Federal, em suas informações - ao defender a possibilidade de cumprimento de tal exigência em momento anterior à eficácia da norma, ou seja, ainda que posterior à sua vigência - vem sublinhar que "*a desafetação determinada*

pela LC 758/08 teria, necessariamente, de passar pela aprovação popular, mediante audiência pública, somente o que seria eficaz, porquanto chancelado pela sociedade" (fl. 63).

Com efeito, este Tribunal, em diversos precedentes, inclusive desta Relatoria tem firmado o entendimento no sentido da imprescindibilidade quanto à realização da oitiva popular no procedimento legislativo que verse sobre a matéria em tela, como se infere dos seguintes julgados deste e. Conselho:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 347, DE 4 DE JANEIRO DE 2001. DESAFETAÇÃO DE BEM PÚBLICO. VÍCIO MATERIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE PRÉVIA COMPROVAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E DE PRÉVIA AUDIÊNCIA DA POPULAÇÃO INTERESSADA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL." (20050020049971ADI, Relator DÁCIO VIEIRA, Conselho Especial, julgado em 25/03/2008, DJ 08/08/2008 p. 12)*
>
> *"Revela-se materialmente inconstitucional a lei impugnada, em flagrante contraposição à Lei Orgânica do Distrito Federal, quando não condiciona a desafetação de área pública à prévia comprovação do interesse público e à prévia audiência da comunidade interessada. - Ação julgada procedente. Unânime." (20040020045249ADI, Relator OTÁVIO AUGUSTO, Conselho Especial, julgado em 24/10/2006, DJ 13/03/2007 p. 95)*
>
> *"Emerge inconteste o vício material contido na norma hostilizada, uma vez que essa inverteu a ordem dos acontecimentos, autorizando de imediato a desafetação da área, condicionando-a, no entanto, aos resultados da futura audiência pública, em flagrante desatendimento ao procedimento constitucionalmente prescrito, haja vista que a prévia consulta faz-se necessária justamente para comprovar o interesse social na disponibilização da área descrita, o que, a toda evidência, não restou demonstrado.*
>
> *III - Pedido julgado procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.517/1997." (20050020111666ADI, Relator NÍVIO GERALDO GONÇALVES, Conselho Especial, julgado*

em 09/05/2006, DJ 31/08/2006 p. 146)

Não obstante, neste presente proceder, importa por pertinência, de igual, considerar as peculiaridades singulares que trazem a hipótese posta em tela, notadamente o fato de tratar-se de área conhecidamente isolada - **situada em local não habitado** - desprovida, pois, de uma "*comunidade local*", a comprometer até mesmo a própria *ratio essendi* de delimitação da "*população interessada*" na discussão acerca da desafetação e alteração de uso do terreno em tela, eis que destinado à edificação de equipamentos e prédios públicos que servirão, induvidosamente, a toda população do Distrito Federal e entorno, vale dizer, de uso geral do povo, ou seja: **em seu nítido e exclusivo benefício**.

Sob este prisma, oportuno considerar que este e. Órgão Especial já teve oportunidade de pronunciar neste rumo, ao excepcionar, nitidamente, a exigência de prévia audiência pública no processo legislativo distrital, em recente precedente similar, da Relatoria do eminente Desembargador Romão Cícero Oliveira, ao tratar de tema sobre a desafetação de "área rural", quando restou definido que "***a audiência à população interessada diz respeito à convivência urbana. Se a área desafetada nos diplomas hostilizados situa-se em Núcleo Rural, a oitiva da população pode ser dispensada***" *(20050020095958ADI, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, Conselho Especial, julgado em 14/10/2008, DJ 11/03/2009 p. 120.* No mesmo sentido: *20050020095958ADI, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, Conselho Especial, julgado em 28/08/2007, DJ 14/01/2008 p. 1991)*.

No caso presente, sob esta ótica, a hipótese de "convivência" urbana não resta configurada em face da flagrante ausência de moradores na específica área em questão, cuidando-se, por conseguinte, de local já *a priori* isolado da convivência comunitária, sem, portanto, aquele aforismo de habitação, eis que equidistante das áreas residenciais de Brasília e no contexto peculiar do Distrito Federal, ainda que situada em perímetro urbano de expressiva significação.

Ainda sob esta perspectiva, bem singular, relevante considerar, outrossim, a realização efetiva da **audiência pública**, como demonstram os editais, publicações e respectiva ata de fls. 149/161, procedimentos levados a efeito, com rigor, na forma prevista no próprio normativo impugnado, sem que tenha havido registro de qualquer questionamento naquela oportunidade - em **17 de julho de 2008** - data, como se vê, bem anterior à efetiva implantação do projeto de desafetação constante do Processo Administrativo nº 260.049.946/2006 (Edital

de fl. 149). Oportuno ressaltar, enfatizar, a satisfação deste requisito antes da edição do **Decreto nº 29.316, de 1º de agosto de 2008** o qual só então veio aprovar, de forma inexorável, o virtual detalhamento da desafetação e demais alterações urbanísticas insertas, claramente, no respectivo projeto **submetido ao crivo popular** em 17.07.2008, conferindo, deste modo, os inarredáveis aspectos atinentes à efetividade e eficácia, quanto ao disposto na suso referida Lei Complementar 758/08.

No tocante aos estudos de avaliação dos impactos relativos à implantação desse grande projeto, há que se considerar, nesta direção, a inexistência de quaisquer questionamentos técnicos alentados ou sugeridos na presente ação em face da desafetação e respectivas alterações promovidas no uso e parcelamento da área posta em tela; mas o certo é que não logrou o autor apontar qualquer indício de eventual irregularidade técnica - tanto no aspecto urbanístico quanto no ambiental - que viesse a comprometer realmente a viabilidade do projeto, que contou, inclusive, com a aquiescência, a devida aprovação do próprio Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, em ofício datado de 07.03.2008, firmado por seu Superintendente Regional, Alfredo Gastal - tudo a demonstrar e evidenciar a realização prévia e necessária desses estudos - como se vê, *verbis*:

> *"Em resposta ao (...) Of. nº 0542/08-GAB/SEDUMA, informo que, tendo em vista que a proposta apresentada mantém os parâmetros anteriormente aprovados pelo IPHAN e que o novo parcelamento não interfere nas áreas não edificantes referentes à Escala Bucólica, estou de acordo com o referido projeto." (autos apensos).*

No que diz respeito ao tema da relevância do **interesse social**, este transparece, claramente, sob todos os prismas que enfoquem a hipótese vertente, com nuanças, pois, bem diversas dos precedentes oriundos deste Tribunal em que se pontua a tese da inconstitucionalidade de inúmeras leis relativas à desafetação e alteração do uso de áreas públicas, quando se verifica neles presente, predominante, o interesse particular e, nessa ordem, os possíveis destinatários dessas áreas, ou seja: relegando o interesse público a um plano secundário, o que, como definido, não se cuida na espécie.

A propósito, *in casu*, a desafetação levada a efeito por esta indigitada lei complementar (758/08), teve por viso a criação de 06 (seis) novos lotes localizados no Plano Piloto, ao final da Asa Sul, todos destinados a sediar diversos órgãos e equipamentos públicos, do maior significado, a saber: *lote 6/5 - **Nova Rodoviária de Brasília**; lote 6/6 - **Secretaria de Obras**; lote 6/7 - **TERRACAP**; lote 6/8 - **Ministério Público da União**; lote 6/9 - **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**; lote 6/10 - **TERRACAP***, conforme exauriente informação prestada pelo próprio órgão, em petição firmada por seu ilustre mandatário, Nader Franco de Franco, em apenso. Uma constatação que se verifica na órbita da publicidade e notoriedade, como uma realidade de fato, inconteste.

Não se pode descurar do que impõe a atualidade fática, quando é certo que, importa sublinhar, em alguns desses lotes os prédios públicos já se encontram totalmente edificados e em pleno funcionamento, a exemplo da nova Rodoviária Interestadual, do Ministério Público do Distrito Federal e do Fórum José Julio Leal Fagundes, pertencente a este Tribunal, todos recém-inaugurados.

Posta a questão em seus precisos termos, que estão, pois, em rumo diverso dos cogitados precedentes, impõe-se, a meu sentir, a superação dos vícios apontados na presente ação, nessa ordem, em face da Lei Complementar nº 758/08, com a redação dada pela Lei Complementar nº 771/08.

De sua vez, a **Lei Complementar nº 746, de 18 de dezembro de 2007**, dispõe sobre a desafetação da área onde atualmente está situado o Terminal Rodoviário de Integração de Taguatinga, ao viso de implantação do Complexo Administrativo do Governo do Distrito Federal, com a seguinte redação, *verbis*:

> *LEI COMPLEMENTAR Nº 746, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2007*
> *(Autoria do Projeto: Poder Executivo)*
> *Dispõe sobre o local para a instalação do Complexo Administrativo do Governo do Distrito Federal, autoriza a elaboração de projeto de reparcelamento urbano na área correspondente ao lote do Terminal Rodoviário de Integração e aos Lotes 1 a 8 dos Conjuntos A e B da Quadra 3 do Centro Metropolitano de Taguatinga, desafeta bem público de uso comum do povo na área que especifica, na Região Administrativa de Taguatinga - RA III, e dá outras providências.*

O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL, Faço saber que a Câmara Legislativa do Distrito Federal decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º Fica autorizada a elaboração de projeto de reparcelamento urbano na área correspondente ao lote do Terminal Rodoviário de Integração e aos Lotes 1 a 8 dos Conjuntos A e B da Quadra 3 do Centro Metropolitano de Taguatinga, na Região Administrativa de Taguatinga - RA III, em consonância com os dispositivos constantes nos arts. 4º, 9º, 10, 11, 62, 101 e 102 do Plano Diretor Local de Taguatinga, aprovado pela Lei Complementar nº 90, de 11 de março de 1998.

Art. 2º ***Fica indicado o Lote 1 do Conjunto A da Quadra 3 do Centro Metropolitano de Taguatinga, na Região Administrativa de Taguatinga - RA III, oriundo do projeto de reparcelamento urbano de que trata o art. 1º desta Lei Complementar, para o Complexo Administrativo do Governo do Distrito Federal, destinado a abrigar os órgãos centrais da administração direta, indireta, fundacional, de empresas públicas e sociedades de economia mista do Governo do Distrito Federal.***

Art. 3º Fica desafetado o bem público de uso comum do povo, de 21.344,23m2 (vinte e um mil, trezentos e quarenta e quatro metros quadrados e vinte e três decímetros quadrados), correspondente ao sistema viário a ser suprimido em função do projeto de reparcelamento urbano de que trata o art. 1º, tornando-se bem dominical.

Art. 4º O bem público de uso comum do povo desafetado de que trata o artigo anterior será incorporado ao Lote 1 do Conjunto A da Quadra 3, a ser criado mediante o projeto de reparcelamento urbano objeto do art. 1º desta Lei Complementar.

Art. 5º ***A desafetação da área de que trata o art. 3º desta Lei Complementar fica condicionada à realização, em, no máximo, 90 (noventa) dias, de audiência pública, nos termos do art. 51 da Lei Orgânica do Distrito Federal.***

Art. 6º Fica afetada à categoria de bem de uso comum do povo a área de 12.331,56m2 (doze mil, trezentos e trinta e um metros quadrados e cinquenta e seis decímetros quadrados), correspondente à parte dos Lotes 2, 4, 6 e 8 do Conjunto B e à parte dos Lotes 5,

> *6, 7 e 8 do Conjunto A da Quadra 3 do Centro Metropolitano de Taguatinga, na Região Administrativa de Taguatinga - RA III.*
> *Art. 7º O bem de uso comum do povo de que trata o art. 6º desta Lei Complementar será utilizado para a implantação de estacionamento e sistema viário complementar ao projeto de parcelamento urbano a ser elaborado.*
> *Art. 8º Caberá ao Poder Executivo indicar, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, o local do Terminal de Integração, próximo à Estação nº 22 do Metrô.*
> *Art. 9º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.*
> *Art. 10. Revogam-se as disposições em contrário. (G.n.)*

Quanto a esse normativo, cumpre registrar que, ao contrário da argumentação desenvolvida na exordial da ação, consta das informações de fls. 58/66 que, neste caso, "***tanto as respectivas convocações quanto a própria audiência pública foram realizadas antes da entrada em vigor daquele diploma legal****, consoante se infere da anexa documentação*" (fl. 62).

Com efeito, a farta documentação trazida às fls. 60/147, traz clara demonstração acerca da efetiva realização dos **estudos técnicos** que precederam o processo legislativo dessa lei complementar posta em exame, de **18.12.07**, com a efetiva participação de diversos órgãos especializados **(Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente - SEDUMA, Instituto Brasília Ambiental - IBRAM, TERRACAP, CEB, CAESB, NOVACAP** - em destaque), bem como da própria oitiva popular, **audiência pública** levada a efeito em data pretérita, **04.12.2007**, consoante ata de fl. 114, também **sem registro de qualquer manifestação em sentido contrário**.

Como se vê, de igual, estão a incidir os mesmos fundamentos já expendidos linhas volvidas, na hipótese anterior, porquanto presente o evidente interesse do Governo do Distrito Federal, ao destinar a área em questão ao seu reivindicado Complexo Administrativo, destinado à instalação de diversos órgãos públicos em um mesmo local, numa região em que atualmente reside "*cerca de 70% (setenta por cento) da população do Distrito Federal*", abrangendo "*a porção central de confluência entre Taguatinga, Ceilândia e Samambaia*" (petição em apenso e fl. 64), com nítido e inarredável alcance e relevância social, ao tempo em que

preserva os limites impostos pelo tombamento histórico de Brasília, como restou demonstrado.

Por derradeiro, a propósito da alegada ofensa ao teor do artigo 6º da LODF, ao dispor que "***Brasília**, Capital da República Federativa do Brasil, **é a sede do governo do Distrito Federal***", em argumentação desenvolvida conforme petição de fls. 187/195, cumpre considerar que a Lei Complementar 746/07, em seu texto, nenhum dos seus dispositivos cuidou, a rigor, de alterar, mudar a "sede" própria do Governo do Distrito Federal para a Região Administrativa de Taguatinga, sendo certo que a *ratio* que se infere do normativo impugnado reside, induvidosamente, na só possibilidade de descentralização ou regionalização de seus órgãos - ainda que centrais - da Administração Distrital, como já previsto, inclusive, desde a elaboração do PDL de Taguatinga (art. 4º, da Lei Complementar 90/1998), a exemplo do que vem ocorrendo em diversas unidades da federação.

Com esses fundamentos, julgo improcedentes os pedidos formulados na presente ação direta de inconstitucionalidade, em face da manifesta constitucionalidade dos normativos em tela - Leis Complementares nº 746/07 e 758/08 - na forma do artigo 24, da Lei Federal nº 9.868/99.

É como voto.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator, especialmente pelo fato de que se realizaram as audiências, porque o vício apontado pelo Ministério Público, com relação à Lei Complementar n.º 746/2007, seria o fato de que a audiência fora realizada antes da sua vigência. Com relação à outra lei impugnada, a de n.º 758/2008, é certo que a audiência fora realizada após a sua publicação, mas, tendo em vista a fundamentação do eminente Relator, do interesse público que orienta essa alteração de destinação, sendo os lotes destinados ao Poder Público, acompanho o eminente Relator.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) - Senhor Presidente, os fundamentos do eminente Relator dão conta de que, com relação a uma das normas, a audiência foi realizada e, com relação à outra, embora em outra oportunidade, mas, em face da peculiaridade, no caso de se contemplarem órgãos públicos, remanescendo, então, o interesse público, também peço vênia, mas acompanho o eminente Relator.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Senhor Presidente, nada obstante a concisão e a boa vontade, contidas no voto do eminente Relator e nos votos daqueles que o seguiram, tenho posicionamento contrário.

Penso que o só fato de haver interesse público envolvido na questão não justifica o injustificável. Tenho voto escrito, mas vou apenas expor rapidamente o meu pensamento.

Na esteira do voto do eminente Relator, estou também afastando a preliminar de inépcia da inicial. O fato de ter sido mencionada a inconstitucionalidade, por arrastamento, já seria suficiente para se ter como possível a admissão, na sua inteireza, da ação direta de inconstitucionalidade.

Cuida-se de *Ação Direta de Inconstitucionalidade* proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, objetivando a declaração de inconstitucionalidade das Leis Complementares Distritais 746, de 18 de dezembro de 2007, e 758, de 24 de março de 2008, com alteração dada pela Lei 771, de 16 de julho de 2008, e em sua redação original, ambas oriundas de projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo.

Aduz, o autor, que as referidas leis, que versam sobre desafetação e alteração de destinação de extensas áreas públicas, são materialmente inconstitucionais, eis que afrontam os artigos 19, *caput*, 51, *caput* e § 2º, e 56 (ADT), todos da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Sustenta a necessidade de declaração de inconstitucionalidade dos principais dispositivos das citadas leis e, por arrastamento, das demais disposições, que trazem normas secundárias.

Requer a declaração, em tese e com efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes,* de inconstitucionalidade das indigitadas leis complementares distritais.

O Presidente da Câmara Legislativa prestou as informações de fls. 52/56, pugnando pela improcedência da ação.

O Governador do Distrito Federal e a Procuradora-Geral Adjunta do Distrito Federal apresentaram informações às fls. 58/66 e 163/171, respectivamente, oportunidade em que requereram a extinção do feito sem resolução do mérito, em razão da inépcia da inicial. No mérito, pleitearam a improcedência do pedido ou, alternativamente, a declaração de inconstitucionalidade das Leis Complementares 746/2007 e 758/2008, sem redução desta, fixando-se interpretação conforme.

A douta Procuradoria de Justiça oficiou pelo conhecimento da ação e procedência do pedido (fls. 173/182) e, posteriormente, pugnou pela juntada

da manifestação elaborada pela Promotoria de Justiça de Defesa da Ordem Urbanística (fls. 187/195).

A Companhia Imobiliária de Brasília - TERRACAP apresentou manifestação às fls. 235/251 (autos em anexo), por meio da qual pugnou pela improcedência da ação.

De início, mister transcrever as Leis Complementares Distritais nº 746, de 18 de dezembro de 2007, e 758, de 24 de março de 2008, com alteração dada pela Lei nº 771, de 16 de julho de 2008, e em sua redação original, *in verbis*:

> ***"LEI COMPLEMENTAR Nº 746, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2007***
>
> *(Autoria do Projeto: Poder Executivo)*
>
> *Dispõe sobre o local para a instalação do Complexo Administrativo do Governo do Distrito Federal, autoriza a elaboração de projeto de reparcelamento urbano na área correspondente ao lote do Terminal Rodoviário de Integração e aos Lotes 1 a 8 dos Conjuntos A e B da Quadra 3 do Centro Metropolitano de Taguatinga, desafeta bem público de uso comum do povo na área que especifica, na Região Administrativa de Taguatinga - RA III, e dá outras providências.*
>
> *O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL,*
>
> *Faço saber que a Câmara Legislativa do Distrito Federal decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:*
>
> *Art. 1º* ***Fica autorizada a elaboração de projeto de reparcelamento urbano na área correspondente ao lote do Terminal Rodoviário de Integração e aos Lotes 1 a 8 dos Conjuntos A e B da Quadra 3 do Centro Metropolitano de Taguatinga, na Região Administrativa de Taguatinga - RA III, em consonância com os dispositivos constantes nos arts. 4º, 9º, 10, 11, 62, 101 e 102 do Plano Diretor Local de Taguatinga, aprovado pela Lei Complementar nº 90, de 11 de março de 1998.***
>
> *Art. 2º Fica indicado o Lote 1 do Conjunto A da Quadra 3 do Centro Metropolitano de Taguatinga, na Região Administrativa de Taguatinga - RA III, oriundo do projeto de reparcelamento urbano de que trata o art. 1º desta Lei Complementar, para o Complexo Administrativo do Governo do Distrito Federal, destinado a abrigar os órgãos centrais da administração direta, indireta, fundacional,*

de empresas públicas e sociedades de economia mista do Governo do Distrito Federal.
Art. 3º ***Fica desafetado o bem público de uso comum do povo****, de 21.344,23m² (vinte e um mil, trezentos e quarenta e quatro metros quadrados e vinte e três decímetros quadrados), correspondente ao sistema viário a ser suprimido em função do projeto de reparcelamento urbano de que trata o art. 1º, tornando-se bem dominical.*
Art. 4º O bem público de uso comum do povo desafetado de que trata o artigo anterior será incorporado ao Lote 1 do Conjunto A da Quadra 3, a ser criado mediante o projeto de reparcelamento urbano objeto do art. 1º desta Lei Complementar.
Art. 5º ***A desafetação da área de que trata o art. 3º desta Lei Complementar fica condicionada à realização, em, no máximo, 90 (noventa) dias, de audiência pública****, nos termos do art. 51 da Lei Orgânica do Distrito Federal.*
Art. 6º ***Fica afetada à categoria de bem de uso comum do povo*** *a área de 12.331,56m² (doze mil, trezentos e trinta e um metros quadrados e cinquenta e seis decímetros quadrados), correspondente à parte dos Lotes 2, 4, 6 e 8 do Conjunto B e à parte dos Lotes 5, 6, 7 e 8 do Conjunto A da Quadra 3 do Centro Metropolitano de Taguatinga, na Região Administrativa de Taguatinga - RA III.*
Art. 7º O bem de uso comum do povo de que trata o art. 6º desta Lei Complementar será utilizado para a implantação de estacionamento e sistema viário complementar ao projeto de parcelamento urbano a ser elaborado.
Art. 8º Caberá ao Poder Executivo indicar, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, o local do Terminal de Integração, próximo à Estação nº 22 do Metrô.
Art. 9º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.
Art. 10. Revogam-se as disposições em contrário." (grifo nosso).

"LEI COMPLEMENTAR Nº 758, DE 24 DE MARÇO DE 2008
(Autoria do Projeto: Poder Executivo)
Desafeta bem público de uso comum do povo no Trecho 4 do Setor

de Múltiplas Atividades Sul - SMAS, na Região Administrativa Plano Piloto - RA I, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL,

Faço saber que a Câmara Legislativa do Distrito Federal decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º ***Fica desafetado o bem público de uso comum do povo*** *correspondente a 86.233,47m2 (oitenta e seis mil, duzentos e trinta e três metros quadrados e quarenta e sete decímetros quadrados), situado ao longo da fachada lateral direita e, em parte, da fachada lateral esquerda do Lote 6/5 do Trecho 4 do Setor de Múltiplas Atividades Sul - SMAS, antigo Setor de Áreas Isoladas Sudoeste - SAI/SO, na Região Administrativa Plano Piloto - RA I, que passa à condição de bem dominial.*

§ 1º O bem público de uso comum do povo desafetado de que trata este artigo será incorporado aos imóveis criados em decorrência do reparcelamento do Lote 6/5 do Trecho 4 do Setor de Múltiplas Atividades Sul - SMAS, a ser promovido pelo Poder Executivo.

§ 2º ***A desafetação prevista neste artigo será objeto de apreciação em audiência pública****, nos termos do art. 51, § 2º, da Lei Orgânica do Distrito Federal.*

Art. 2º ***Fica afetado à categoria de bem de uso comum do povo o bem dominial*** *de 45.762,67m2 (quarenta e cinco mil, setecentos e sessenta e dois metros quadrados e sessenta e sete decímetros quadrados) correspondente à área total do Lote 6/2 do Trecho 4 do Setor de Múltiplas Atividades Sul - SMAS e parte do Lote 6/5 mencionado no art. 1º desta Lei Complementar.*

Parágrafo único. O bem dominical afetado de que trata este artigo será destinado à implantação da Via Interbairros e sua faixa de domínio.

Art. 3º ***Os parâmetros básicos de uso e ocupação do solo*** *aplicáveis ao novo Lote 6/5, decorrente do reparcelamento do lote primitivo de mesmo número e de que trata o art. 1º, § 1º, desta Lei Complementar, serão os seguintes:*

I - usos permitidos:

a) uso principal obrigatório: comercial de bens e de serviços com atividades do tipo serviços de transporte terrestre, exclusivamente

do tipo transporte rodoviário de passageiros, regular, urbano; esse uso deverá preceder ou ser concomitante à implantação dos usos complementares estabelecidos neste artigo;
b) uso complementar: comercial de bens e de serviços, exclusivamente com atividades do tipo:
1) comércio varejista e reparação de objetos pessoais e domésticos;
2) serviços de alojamento, excluídos o grupo motéis e as atividades de motel, apart-hotel, hotel-residência e flat service;
3) serviços de alojamento, excluídas as atividades pensões, pousadas, alojamentos turísticos, aluguel de imóveis por temporada, alojamentos coletivos não-turísticos do tipo casa de estudante, pensionato e exploração de vagões-leito;
4) serviços de alimentação;
5) serviços anexos e auxiliares do transporte;
6) serviços de agências de viagem;
7) serviços de correio;
8) intermediação financeira, exclusive seguros e previdência privada;
9) seguros e previdência privada;
10) serviços auxiliares da intermediação financeira;
11) serviços imobiliários;
12) aluguel de automóveis;
13) serviços de informática e conexos;
14) serviços prestados principalmente às empresas;
15) serviços pessoais;
II - taxa máxima de ocupação: 35% (trinta e cinco por cento) da área do lote, sendo que toda e qualquer cobertura será computada na taxa máxima de ocupação;
III - taxa máxima de construção: 140% (cento e quarenta por cento);
IV - altura máxima da edificação: 12m (doze metros).
Art. 4º ***Os parâmetros básicos de uso e ocupação do solo*** *aplicáveis aos demais imóveis decorrentes do reparcelamento do Lote 6/5 de que trata o art. 1º, § 1º, desta Lei Complementar serão os seguintes:*

I - usos permitidos:
a) comercial de bens e de serviços do tipo:
1) comércio varejista e reparação de objetos pessoais e domésticos;
2) serviços de alojamento, excluídos o grupo motéis e as atividades de motel, apart-hotel, hotel-residência e flat service;
3) serviços de alojamento, excluídas as atividades pensões, pousadas, alojamentos turísticos, aluguel de imóveis por temporada, alojamentos coletivos não-turísticos do tipo casa de estudante, pensionato e exploração de vagões-leito;
4) serviços de alimentação;
5) serviços de agências de viagem;
6) serviços de correio;
7) intermediação financeira, exclusive seguros e previdência privada;
8) seguros e previdência privada;
9) serviços auxiliares da intermediação financeira;
10) serviços imobiliários;
11) aluguel de automóveis;
12) serviços de informática e conexos;
13) serviços prestados principalmente às empresas;
14) serviços pessoais;
b) coletivo do tipo:
1) educação complementar, à exceção de educação especial;
2) saúde;
3) entidades associativas, à exceção de serviços de organizações religiosas;
4) entidades recreativas culturais e desportivas;
5) administração pública, defesa e seguridade social;
II - taxa máxima de ocupação: 40% (quarenta por cento) da área do lote, sendo que toda e qualquer cobertura será computada na taxa máxima de ocupação;
III - taxa máxima de construção: 160% (cento e sessenta por cento) da área do lote. (Inciso com a redação da Lei Complementar nº 771, de 2008.)1

> *IV - altura máxima da edificação: 12m (doze metros).*
> *Parágrafo único. Os usos definidos neste artigo estão de acordo com a legislação específica vigente para o Distrito Federal.*
> *Art. 5º Os demais parâmetros urbanísticos de ocupação do solo aplicáveis aos imóveis de que tratam os arts. 3º e 4º desta Lei Complementar serão definidos pelo Poder Executivo.*
> *Art. 6º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.*
> *Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário." (grifo nosso).*

Admito, pois, o processamento da presente ação, eis que presentes todos os pressupostos de admissibilidade.

Quanto ao mérito, o requerente sustenta o pedido de declaração de inconstitucionalidade das normas com base na **ausência de audiência prévia** da população interessada e na **inexistência comprovação de interesse público**, necessários para a promoção de desafetação de áreas públicas, além do **não preenchimento dos demais requisitos estabelecidos pelo parágrafo único do artigo 56-ADT** da Lei Orgânica.

Sobre a desafetação dos bens do Distrito Federal, a Lei Orgânica estabelece que:

> *"Art. 51. Os bens do Distrito Federal destinar-se-ão prioritariamente ao uso público, respeitadas as normas de proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, cultural, arquitetônico e paisagístico, e garantido o interesse social.*
> *§ 1º Os bens públicos tornar-se-ão indisponíveis ou disponíveis por meio de afetação ou desafetação, respectivamente, nos termos da lei.*
> *§ 2º* ***A desafetação, por lei específica, só será admitida em caso de comprovado interesse público, após ampla audiência à população interessada.***
> *§ 3º O Distrito Federal utilizará seus bens dominiais como instrumento para a realização de políticas de ocupação ordenada do território." (grifei).*
> *"Art. 56. Até a aprovação da Lei de Uso e Ocupação do Solo, o Governador do Distrito Federal poderá enviar,* ***precedido de***

> ***participação popular, projeto de lei complementar*** *específica que estabeleça o uso e a ocupação de solo ainda não fixados para determinada área, com os respectivos índices urbanísticos.*
> *Parágrafo único. A alteração dos índices urbanísticos, bem como a alteração de uso e desafetação de área, até a aprovação da Lei de Uso e Ocupação do Solo, poderão ser efetivadas por leis complementares específicas de iniciativa do Governador, motivadas por situação de relevante interesse público e precedidas da participação popular e de estudos técnicos que avaliem o impacto da alteração, aprovados pelo órgão competente do Distrito Federal." (grifei).*

Da leitura dos dispositivos supracitados, verifica-se que, ante a inexistência de Lei de Uso e Ocupação do Solo, para que ocorra a desafetação de área pública, devem ser preenchidos os seguintes requisitos, cumulativamente:

> - edição de lei complementar específica de iniciativa do Governador;
> - prévia participação popular;
> - relevante interesse público;
> - prévio estudo técnico para avaliar o impacto da alteração, aprovado pelo órgão competente do Distrito Federal.

O primeiro quesito foi preenchido por ambas as leis. No entanto, o mesmo não ocorre quanto ao segundo pressuposto.

A "*prévia participação popular*" deve ocorrer mediante audiência pública, por meio da qual a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer os reflexos de determinada decisão tenham oportunidade de se manifestar.

No que pertine à desafetação prevista na Lei Complementar nº 746, a audiência da população ocorreu no dia 04.12.2007, conforme comprova a Ata publicada no DODF de 11.12.2007 (fls. 114/115), enquanto a aludida Lei fora votada, em primeiro e segundo turnos na Câmara Legislativa do Distrito Federal, em 05.12.2007. A publicação no DODF foi feita em 19.12.2007.

Entretanto, o supracitado artigo 56, *caput*, do Ato das Disposições Transitórias da Lei Orgânica prevê que a consulta à população deverá preceder à elaboração do projeto de lei.

No mesmo sentido, confiram-se os seguintes trechos do "Procedimento para realização de Audiência Pública", documento elaborado pela Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente do Distrito Federal e colacionado aos autos pelo próprio Governador, *verbis*:

> *"7- Após a publicação da Ata, deverá se aguardar 5 dias para a entrada de recurso pela população. (...)*
> *8- Não havendo óbice ao proposto na Audiência Pública, deverá ser elaborado o Projeto de Lei pela Administração Regional responsável, ou pela Secretaria responsável pelo projeto (anexo IV).*
> *9- O processo será instruído pela AR com os seguintes documentos, no mínimo:*
> *- o Edital;*
> *- cópias de todas as publicações do edital;*
> *- a Ata lavrada da Audiência;*
> *- cópia da publicação da Ata e a lista de presença;*
> *- o Projeto de Lei, se for o caso.*
> *10- Após instrução, o processo será encaminhado à Secretaria responsável para análise, o qual encaminhará à Câmara Legislativa do DF". (fls. 103/104).*

Desta feita, como a audiência pública foi realizada dois meses depois do envio do Projeto de Lei 37/2007 à Câmara Legislativa, fato ocorrido no dia 04.10.2007, resta evidente a violação aos preceitos fixados pela Lei Orgânica, para fins de desafetação de área pública.

Além disso, a própria norma atacada, em seu artigo 5º, inverteu a ordem do procedimento prescrito, pois autorizou a desafetação da área, condicionando-a aos resultados de futura audiência pública a ser realizada em, no máximo, 90 dias.[2]

Em relação à Lei Complementar 758, publicada no DODF dia 25.03.2008, a desobediência à sistemática adotada pela Lei Orgânica é ainda mais patente, pois a audiência da população foi realizada no dia 16.07.2008, mais de três meses, portanto, da publicação da referida norma (fl. 159).

Ora, mesmo que ninguém tenha se manifestado na audiência, conforme ficou consignado na Ata (fl. 159), a consulta prévia à população interessada

constitui condição *sine qua non* de validade dos Projetos de Lei que versem sobre o uso e a ocupação de solo no Distrito Federal enviados à Câmara Legislativa.

Assim, como a legalidade da desafetação está condicionada ao preenchimento de todos os requisitos supracitados, o não atendimento a deles já é suficiente para a declaração de inconstitucionalidade das leis vergastadas, ante a violação aos preceitos estabelecidos nos artigos 19, *caput*, 51, *caput* e § 2º, e 56 (ADT), todos da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Esta Eg. Corte já se manifestou no mesmo sentido, conforme se pode verificar nas seguintes ementas de julgados:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL nº 1.258/96. disposição de área pública. desafetação. vício formal. administração do Distrito Federal e de seus bens. iniciativa legislativa. competência privativa do GOVERNADOR. LODF, art. 100, incs. IV, VI e XXI. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL E DE AUDIÊNCIA PRÉVIA. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, LEGALIDADE E IMPESSOALIDADE. vedação à subvenção de igrejas ou cultos religiosos. LODF, arts. 18, i; 19; 51, §§1º, 2º E 3º.*
>
> *I - Padece de vício formal insanável a norma de iniciativa do Poder Legislativo que versa sobre administração do Distrito Federal e de seus bens, inclusive abrangendo planejamento urbano, matéria essa cuja iniciativa de lei é afeta à competência privativa do Chefe do Poder Executivo, a teor do art. 100, incisos IV, VI e XXI, da Lei Orgânica do Distrito Federal.*
>
> *II -* ***Verifica-se ainda a ocorrência de inconstitucionalidade material, consubstanciada na ausência de comprovação do interesse social na disponibilização da área em questão, e da realização de consulta prévia à população interessada.***
>
> *III -* ***A alteração da destinação original da área, realizada sem qualquer análise acerca do impacto ambiental ou mesmo da dinâmica socioeconômica da região acaba por incentivar ocupação desordenada do território.***
>
> *IV - A lei hostilizada acaba por vulnerar também o art. 18, I, da LODF, pois destina área pública à entidade religiosa.*

> *V - Ação acolhida para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.258/96, em sua integralidade, com efeitos* erga omnes *e* ex tunc*." (ADI 2005.00.2.001183-9, Rel. Des. Nívio Gonçalves, Conselho Especial, julgado em 30.08.2005, DJU de 07.03.2006, p. 80) (grifei).*
>
> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 347, DE 4 DE JANEIRO DE 2001.* ***DESAFETAÇÃO DE BEM PÚBLICO****. VÍCIO MATERIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE PRÉVIA COMPROVAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E DE* ***PRÉVIA AUDIÊNCIA DA POPULAÇÃO INTERESSADA****. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL." (ADI 2005.00.2.004997-1, Rel. Des. Dácio Vieira, Conselho Especial, julgado em 25.03.2008, DJ-e de 08.08.2008, p. 12) (grifei).*

Por fim, entendo que a alegação de ofensa ao artigo 6º da Lei Orgânica, manifestada pela Promotoria de Justiça da Ordem Urbanística do Ministério Público do Distrito Federal, não pode prosperar.

Para fundamentar a tese, a ilustre Promotora de Justiça argumentou que o artigo 2º da Lei nº 746/2007, especialmente a expressão "*destinado a abrigar os órgãos centrais da administração direta, indireta, fundacional, de empresas públicas e sociedades de economia mista do Governo do Distrito Federal*", padece de inconstitucionalidade, na medida em que, "*a pretexto de estabelecer a localização do Complexo Administrativo, transfere os órgãos centrais da Administração Direta, em outras palavras, a sede do Governo do Distrito Federal, para a cidade de Taguatinga (...)*".

Contudo, a simples transferência de órgãos da Administração não importa em transferência da sede do Governo Distrital, motivo pelo qual não há falar em ofensa ao artigo 6º da Constituição Local, que dispõe que "*Brasília, Capital da República Federativa do Brasil, é a sede do governo do Distrito Federal*".

No tocante ao pleito deduzido pelo Governador do Distrito Federal e pela Procuradora-Geral Adjunta do Distrito Federal, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 758/2008 ocorra sem redução de texto, utilizando-se da técnica de interpretação conforme a Constituição, para

"*fixar que a efetiva desafetação do imóvel nela indicado somente poderá ser feita após ampla oitiva da população diretamente interessada*", tenho que não merece guarida.

De acordo com o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, o método de interpretação conforme "*só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco*".[3]

In casu, o § 2º do artigo 1º da citada lei prevê que "a *desafetação prevista neste artigo será objeto de apreciação em audiência pública, nos termos do art. 51, § 2º, da Lei Orgânica do Distrito Federal*".

O artigo 51, § 2º, da Lei Orgânica dispõe que "a *desafetação, por lei específica, só será admitida em caso de comprovado interesse público, após ampla audiência à população interessada.*".

Desta forma, o atendimento do pleito não trará nenhum efeito prático, pois a Lei Complementar nº 758/2008 já traz, de forma expressa, a necessidade de observância dos preceitos da Constituição local. Além disso, o dispositivo não comporta mais de uma interpretação.

Quanto ao pedido de declaração de "*inconstitucionalidade material dos principais dispositivos das leis impugnadas, que promoveram a desafetação e a alteração de destinação de extensas áreas públicas e, por arrastamento, das suas demais disposições, que trazem normas secundárias (...)*", formulado pelo autor, tenho que merece prosperar.

Isso porque expurgar somente os artigos que determinaram a desafetação das áreas mencionadas do mundo jurídico implicaria esvaziar completamente o conteúdo das Leis, tornando-as completamente inócuas, eis que seus dispositivos se encontram umbilicalmente ligados.

Por essas razões, para que se evite a permanência de ato normativo acéfalo, apenas formalmente existente, impõe-se a declaração de sua inconstitucionalidade por arrastamento.

Esta técnica de declaração de inconstitucionalidade, também chamada de consequencial ou por atração, já é utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade das normas. Sobre o assunto, vale conferir a fundamentação exposta pela Ministra Ellen Gracie, em seu voto proferido na ADI 3645, *verbis*:

> "*Constatada a ocorrência de vício formal suficiente a fulminar a Lei estadual ora contestada, reconheço a necessidade da declaração*

> *de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento de sua respectiva regulamentação, materializada no Decreto 6.253, de 22.03.06. Esta decorrência, citada por CANOTILHO e minudenciada pelo eminente Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 437-QO, DJ 19.02.93,* ***ocorre quando há uma relação de dependência de certos preceitos com os que foram especificamente impugnados, de maneira que as normas declaradas inconstitucionais sirvam de fundamento de validade para aquelas que não pertenciam ao objeto da ação.*** *Trata-se exatamente do caso em discussão, no qual "a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei a que refere o decreto executivo (...) implicará o reconhecimento, por derivação necessária e causal, de sua ilegitimidade constitucional" (voto do Min. Celso de Mello na referida ADI 437-QO). No mesmo sentido, quanto à suspensão cautelar da eficácia do ato regulamentador, a ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90." (Grifei)*

Patente, pois, a inconstitucionalidade apontada.

Tenho, contudo, Sr. Presidente, que não há como desprezar os relevantes argumentos de caráter político e social trazidos à baila.

Com efeito, conforme destacou o então Governador do Distrito Federal, por meio da Mensagem nº 216/2007-Gab, a desafetação das áreas especificadas na Lei Complementar nº 746/2007 possibilitaram a implantação do Centro Administrativo do Governo do Distrito Federal para abrigar as Secretarias de Governo e demais órgãos do Governo, a fim de promover a melhoria do atendimento à população, a potencialização dos ganhos de eficiência para a Administração Pública local, a proteção da área tombada do Plano Piloto de Brasília e o fomento do desenvolvimento urbano, além do crescimento econômico e social da região localizada na confluência das cidades de Taguatinga, Ceilândia e Samambaia, bem como suas áreas de influência, onde vivem cerca de 70% da população do Distrito Federal (fls. 18/19).

No tocante à Lei Complementar nº 758/2008, a desafetação de áreas do Setor de Múltiplas Atividades Sul - SMAS permitirá a implantação de edifícios de escritórios e de comércio, do trecho inicial da Via Interbairros, bem como da nova Rodoviária Interestadual, pois o primeiro Terminal instalado funciona em condições precárias (fl. 156).

Considero, assim, inafastável a modulação dos efeitos da decisão que ora sustento, conforme, aliás, permitem o artigo 128 do Regimento Interno desta Corte e o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999[4].

Ressalte-se que, mesmo fora do prazo preestabelecido pela Constituição local, as audiências públicas foram realizadas, sendo que, em nenhuma delas, houve manifestação contrária à desafetação das áreas (fls. 114/115 e 159).

Destarte, a atribuição de efeitos *ex tunc* ao presente julgado, com a consequente desativação das construções já finalizadas ou impedimento da implementação de obras que visam à melhoria da vida da população do Distrito Federal, instituídas pelas Leis atacadas, não atenderia ao interesse social. Entendo, pois, que a presente decisão deverá ser dotada de efeitos *ex nunc*.

Neste sentido foi recente decisão deste eg. Conselho Especial, senão vejamos:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N.º 4.257, DE 2.12.2008. ART. 28 E PARÁGRAFO ÚNICO. OCUPAÇÃO DE ESPAÇOS PÚBLICOS. QUIOSQUES E TRAILERS. DISPENSA DE LICITAÇÃO AOS QUE JÁ OCUPAVAM E FORAM REMOVIDOS. VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PROCEDÊNCIA. RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS.*
>
> *1. O parágrafo único do artigo 28 da Lei Distrital n.º 4.257, de 2 de dezembro de 2008, viola a Lei Orgânica do Distrito Federal e os princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da razoabilidade, da motivação e do interesse público.*
>
> *2. O dispositivo apontado ao assegurar, sem licitação, aos antigos ocupantes de espaços públicos que já exerciam as atividades e foram removidos, o direito a novas áreas em condições semelhantes àquelas objeto da remoção encerra vício de inconstitucionalidade material.*
>
> *3. Deve ser considerado o relevante interesse social que a questão encerra, uma vez que o dispositivo legal em comento assegura àqueles que já ocupam as áreas por longos anos, a permanecer no*

> *exercício da atividade econômica da qual retiram o seu lucro e, quiçá, sua própria subsistência.*
> *4.* ***Hipótese que enseja a aplicação da técnica da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a fim de preservar situações consolidadas, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e em homenagem ao postulado da segurança jurídica.***
> *5. Ação direta de inconstitucionalidade com pedido julgado procedente, com modulação dos efeitos, em relação ao art. 28 e seu parágrafo único da Lei nº 4.257/2008, com eficácia* erga omnes *e efeitos* ex nunc.*" (ADI 2009.00.2.011901-8, Rel. Des. Mário-Zam Belmiro, Conselho Especial, julgado em 13.04.2010, DJ-e de 16.06.2010, p. 63) (grifei).*

Ante o exposto, julgo **procedente o pedido** para declarar a inconstitucionalidade material das Leis Complementares Distritais nº 746/2007 e 758/2008, com **efeitos *ex nunc*** e eficácia *erga omnes*, em razão da violação aos artigos 19, *caput*, 51, *caput* e § 2º, e 56 (Ato das Disposições Transitórias), todos da Lei Orgânica do Distrito Federal.

É como voto.

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) - Senhor Presidente, peço vista.

Desa. Sandra De Santis (Vogal) - Aguardo.

Desa. Ana Maria Duarte Amarante (Vogal) - Aguardo.

Des. José Divino (Vogal) - Aguardo.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) - Aguardo.

Des. Arnoldo Camanho (Vogal) - Aguardo.

Des. Natanael Caetano (Vogal) - Senhor Presidente, vou pedir vênia a quem pediu vista e aos que aguardam, para antecipar o meu voto.

Recebi memoriais, examinei, estudei-os e cheguei à conclusão de que se julgasse procedente esta ação de inconstitucionalidade, traria consequências que contrariavam enormemente o interesse público.

Por isso é que estou, com a devida vênia, acompanhando o voto do eminente Relator, julgando improcedente a ação, pelas características da ação e da situação de fato que se instalou.

Acompanho o voto do eminente Relator.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Eminente Presidente, eminentes Pares, ouvi com a merecida atenção a ilustre sustentação oral produzida da tribuna pelo digno Procurador do Distrito Federal, e apenas divirjo de S. Ex.ª quando cita Miguel Reale, atribuindo ao Direito um aspecto tridimensional. A meu ver, o Direito é no mínimo pentadimensional, uma vez que fato, valor e norma de nada valem, pois se deve acrescentar para sua eficácia como norma social - que no dizer de Tobias Barreto, se impõe coativamente até onde não seja possível pelo amor - os fins sociais a que a lei se destina e as exigências do bem comum.

Senhor Presidente, é estranhável que depois de vinte anos da instalação da augusta Câmara Legislativa do Distrito Federal, ainda ouçamos a invocação para a aplicação de dispositivo constante da Lei Orgânica sob o título de Disposições Constitucionais Transitórias. Tanto tempo decorrido, a ideia que me ocorre é que essas Disposições Constitucionais Transitórias se tornaram permanentes. Invoca-se aqui a necessidade de audiência pública na elaboração de uma lei.

Ora, elaborar uma lei é função específica dos parlamentos, onde se sentam os representantes do povo. Convocar audiência pública é uma demasia, porque desnatura, por completo, o mandato recebido do povo para ser representado pelos eleitos por esse mesmo povo. Não vejo sentido algum nessa questão de se realizar audiência pública, assim como não veria sentido, se determinada matéria submetida à apreciação deste egrégio Conselho, tivesse que ser submetida à audiência pública. Estamos aqui para julgar e somos investidos do poder de julgar, independente daquilo que o povo possa pensar sobre a decisão a ser proferida.

É preciso lembrar que essas leis produziram efeitos concretos, como ressaltou o eminente Desembargador Natanael Caetano, e as áreas questionadas são áreas públicas. Elas não deixaram de ser públicas pelo fato de terem sido utilizadas.

Este egrégio Tribunal, sob a minha presidência, utilizou-se de uma parcela dessa área, onde foi construído o complexo criminal, hoje denominado

Fórum Desembargador Leal Fagundes. O mesmo se dá com a Estação Rodoviária Interestadual: as áreas continuam sendo de uso comum do povo e as edificações feitas foram absolutamente necessárias.

Quanto à construção de um centro administrativo ou complexo administrativo em Taguatinga, como se pretende no futuro, trago um antecedente importante. Em Minas Gerais, o Governador Aécio Neves construiu uma cidade administrativa nas proximidades do Aeroporto Internacional de Confins, e não me consta que a lei autorizadora dessa obra tenha sido arguida ou impugnada através de ação direta de inconstitucionalidade.

Então, por todas essas razões, Senhor Presidente, e pedindo vênias...

Des. Dácio Vieira (Relator) - Desembargador Lécio Resende, só um registro?

Des. Lécio Resende (Vogal) - Pois não, Desembargador.

Des. Dácio Vieira (Relator) - Apesar das considerações de V. Ex.ª, registrei que as audiência públicas foram realizadas antes da eficácia das leis. Essa é a singularidade do caso, pois houve audiência pública nas duas hipóteses, mas a eficácia se deu antes da eficácia das leis, que é o Decreto nº 29.316, de 1º de agosto de 2008. A audiência foi realizada no dia 17 de julho, antes, então, da eficácia e da edição da lei. E, no mesmo caso, a outra lei complementar, também se deu a eficácia da lei antes, como havia falado.

Então, isso é importante, porque não houve supressão da audiência popular - ela ocorreu nas duas hipóteses.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Permita-me, Desembargador Lécio Resende?

Des. Lécio Resende (Vogal) - Pois não, Desembargador.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Em meu voto, consta informação que não corresponde à informação do eminente Relator com relação à segunda lei. Na segunda lei, só após promulgada e após pleno vigor, noventa dias depois, é que foi feita a audiência pública.

Des. Dácio Vieira (Relator) - Vou ler então a parte que interessa.

Apesar de não haver questionamento em matéria de constitucionalidade, falo da eficácia da lei. A lei existiu, o Decreto foi o nº 29.316, 1º de agosto de 2008, no caso da primeira lei, e foi em 17 de julho de 2008, antes, portanto, à audiência pública. E, no outro caso também, da mesma forma, a audiência foi pretérita, porque ocorreu na data de 14 de dezembro de 2007, e consta da ata que foi no dia 14 também, sem registro e qualquer manifestação em sentido contrário de qualquer popular.

Então, o meu voto continuo mantendo íntegro dessa forma.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Agradeço ao eminente Relator e ao eminente Desembargador Sérgio Bittencourt pelas sempre muito bem-vindas intervenções, mas, ainda que assim não fosse, ainda que não tivesse havido essa chamada audiência pública, entendo que quando se elege um membro de qualquer das Casas do Congresso, das Assembleias Legislativas, das Câmaras Municipais e, no caso do Distrito Federal, da Câmara Legislativa, essas pessoas recebem um mandato diretamente do povo, e recebem para representá-lo, para agir em nome do povo. Então, a não ser pelo caráter demagógico, não admito a existência dessa chamada audiência pública, porque eles já estão autorizados a legislar em nome do povo.

Agora, demonstrado que essas audiências públicas, a meu ver indevidas, foram realizadas, como informou o eminente Relator, outra solução não posso dar a este caso senão acompanhar o eminente Relator, julgando improcedentes ambas as ações.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Desembargador Lécio Resende, verifico que, quanto a essa questão de audiência pública, na primeira lei, houve audiência antes da sua vigência e, na segunda, a lei estabeleceu, no § 2.º do art. 1.º, se trata de uma lei complementar, que a desafetação prevista neste artigo será objeto de apreciação em audiência pública, nos termos do art. 51, § 2º, da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Parece-me que é em razão desse dispositivo que o Desembargador Relator afirma que a eficácia da lei ficou vinculada à realização dessa audiência.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Gostaria de deixar bem claro, não estou querendo criar problema algum. Penso que a utilidade pública realmente

tem que ser pesada, sopesada. Só que não posso admitir que a Administração jogue para nós o problema e deixe que seja aberto um precedente perigoso, e, depois, que resolvamos nós. Para decidirmos como fato consumado (ou o que seja).

O que quero dizer é que a própria lei não poderia ter alterado a Lei Orgânica do Distrito Federal. A Lei Orgânica diz que audiência pública é prévia. E, no entanto, a lei que vem desobedecendo isso diz que não, que a audiência pública será até 90 (noventa) dias. É uma incoerência que, *data venia*, não pude aceitar. Procurei uma solução e a única que encontrei foi modular os efeitos da inconstitucionalidade patente, que, a meu juízo, vicia essas duas leis.

Obrigado, Desembargador Lécio Resende.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Os apartes de V. Exª são sempre muito bem vindos.

Então, veja, o próprio texto da lei complementar, repetindo a norma das disposições transitórias da Lei Orgânica, fez a previsão da realização da audiência pública. A meu ver é absolutamente desnecessária. Se invoco a integridade do mandato, o representante do povo está autorizado a praticar todos os atos que entender em nome do povo.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Desembargador Lécio Resende, nesse caso, teríamos de declarar a inconstitucionalidade do art. 51, § 2.º, da Lei Orgânica do Distrito Federal, porque afirma que a desafetação só será admitida em caso de comprovado interesse público, após ampla audiência com a população.

Des. Mario Machado (Presidente e Vogal) - É só na fundamentação. No dispositivo, isso não é declarado. V. Ex.ª se limita a acompanhar o eminente Relator.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Agradeço a V. Exª, mais uma vez, pelo aparte altamente oportuno.

Quero dizer exatamente que a Câmara Legislativa do Distrito Federal já deveria ter declarado a ineficácia dessa exigência, porque é uma contradição investir-se o Deputado Distrital da plena capacidade de exercer o mandato, com plenos poderes, e limitá-los, chamando o povo a opinar sobre uma atividade que é tipicamente legislativa. Esse dispositivo não tem sentido algum nessa Lei Orgânica, a não ser, repito, o sentido demagógico que ele encerra.

Mas, agradecendo os honrosos apartes, concluo o meu voto, Senhor Presidente, acompanhando o eminente Relator, pedindo respeitosa vênia aos eminentes Colegas, a quem pediu vista e aos que aguardam o julgamento do pedido de vista.

Des. João Mariosi (Vogal) - Senhor Presidente, vou pedir vênia aos que aguardam porque, realmente, tenho comparecido a trinta por cento das sessões deste Conselho por causa da questão eleitoral.

Com as vênias concedidas, acompanho o eminente Relator.

Des. Mario Machado (Presidente e Vogal) - Acompanho, na preliminar, o eminente Relator e, no mérito, considero que incidem os princípios da instrumentalidade das formas da razoabilidade e da proporcionalidade. Os dois últimos com sede constitucional. Considere-se que, primeiro, as áreas são publicas e permanecem públicas. A alteração atende, principalmente, ao interesse público e o remanejamento feito quanto ao prazo das audiências públicas não interfere no resultado, uma vez que este foi negativo; ou seja, não houve qualquer manifestação contrária feita por parte dos que poderiam interferir e comparecer às audiências públicas.

Assim, não teria sentido acolher-se a nulidade quando o seu resultado foi antecipado de forma negativa; isto é, não houve contrariedade à alteração proposta. E considerando que já funcionam serviços públicos nas referidas áreas em relação à Lei Complementar n.º 758 e que, em relação à Lei Complementar nº 746, o que se prevê é o funcionamento também de serviços públicos de interesse da sociedade, haveria um descompasso, uma desproporcionalidade da pena porque seria acolher-se a inconstitucionalidade diante da falta que residiria apenas no desrespeito do prazo da audiência pública, que, afinal, não trouxe prejuízo.

Desse modo, ditam esses princípios que, no caso, pelas características próprias, sem se abrir precedente, porque o julgamento atende ao caso específico, acompanhe o eminente Relator, julgando improcedente a ação, pedindo vênia por antecipar meu voto, pelas mesmas razões declinadas pelo Desembargador João Mariosi, e pedindo vênia àqueles que divergiram.

DECISÃO

Preliminar rejeitada por unanimidade. No mérito, o Relator julgou improcedente a ação, sendo acompanhado por seis Desembargadores. O

Desembargador Sérgio Bittencourt julgou procedente a ação. Pediu vista o Desembargador Costa Carvalho. Os demais aguardam.

VOTO DE VISTA

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) - O caso em tela cuida de ação direta de inconstitucionalidade calcada em suposta incompatibilidade existente entre as Leis Complementares Distritais de iniciativa do Poder Executivo nº 746, de 18/12/2007, e nº 758, de 24/3/2008 (alterada pela LC 771, de 16/7/2008) frente aos artigos 19, *caput*, 51, *caput* e § 2º, e 56 (ADCT), todos da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Superada a preliminar de inépcia por este Conselho, quanto ao mérito, o exame cuidadoso do artigo 56 (ADCT), da LODF explicita o projeto político concebido acerca do procedimento legal para a desafetação de bens públicos, cuja relevância social impeliu a estruturação de um esquadro, no qual a participação popular integra o processo legislativo em momento precedente à própria formulação do projeto de lei. Ou seja, mediante a disponibilização de subsídios derivados dos estudos técnicos que avaliem o impacto da alteração (art. 56, ADCT), deve ser promovida a audiência da população, com a participação das lideranças da respectiva Região Administrativa.

Destarte, em comunhão com os fundamentos do voto do e. Des. Sérgio Bittencourt, percebo que, ante a inexistência de Lei de Uso e Ocupação do Solo, para que ocorra a desafetação de área pública, impunha-se o preenchimento de alguns requisitos, os quais, na hipótese, em parte não foram atendidos.

A LC nº 746 foi publicada e entrou em vigor no dia 19/12/2007, tendo sido aprovada na Câmara Legislativa do DF em 5/12/2007, sendo que a audiência popular ocorreu apenas em 4/12/2007, com pauta publicada em 11/12/2007.

Quanto ao procedimento efetivamente adotado, no particular, não vejo como reputar como preservado o procedimento previsto no art. 56, do ADCT, sob o fundamento de que a audiência foi contemporânea à elaboração da lei, diante da aferição de que a audiência (4/12/2007) foi anterior à entrada em vigor do diploma (19/12/2007).

Isso porque, consoante bem fixado pelo Des. Sérgio Bittencourt, o procedimento para a realização de Audiência Pública estabelece-se da seguinte forma:

> *"7- Após a publicação da Ata, deverá se aguardar 5 dias para a entrada de recurso pela população. (...)*
> *8- Não havendo óbice ao proposto na Audiência Pública, deverá ser elaborado o Projeto de Lei pela Administração Regional responsável, ou pela Secretaria responsável pelo projeto (anexo IV).*
> *9- O processo será instruído pela AR com os seguintes documentos, no mínimo:*
> *- o Edital;*
> *- cópias de todas as publicações do edital;*
> *- a Ata lavrada da Audiência;*
> *- cópia da publicação da Ata e a lista de presença;*
> *- o Projeto de Lei, se for o caso.*
> *10- Após instrução, o processo será encaminhado à Secretaria responsável para análise, o qual encaminhará à Câmara Legislativa do DF". (fls. 103/104)*

Com efeito, salta aos olhos o vício formal da LC nº 746, a se considerar que a audiência pública não precedeu à elaboração do projeto de lei, tampouco contou com a participação da Administração Regional responsável, por exemplo.

Nessa linha, igualmente está maculada a LC nº 758, a qual foi publicada e entrou em vigor no dia 25/3/2008, haja vista que a audiência popular ocorreu apenas em 16/7/2008, o que atesta a inequívoca supressão do requisito de audiência popular prévia à elaboração de projeto de lei.

Nessa seara, como está expresso na norma inscrita no artigo 56 (ADCT), da LODF, a audiência deve ser **anterior** à própria elaboração do projeto de lei; tudo em vista da vontade popular integrar o processo de formação da lei de desafetação de bem público de uso comum, em vista de que as deliberações ali ocorridas sejam seriamente consideradas pelo legislador, como representante do povo.

Sob essa perspectiva, a postergação da audiência para além da edição da lei (art. 1º, § 2º, da LC nº 758, de 24/3/2008) ou a estipulação de condicionamento da eficácia da lei à audiência pública (art. 5º, da LC nº 746, de 18/12/2007) contrariam o modelo estatuído pelo poder constituinte derivado decorrente, pois acaba por minorar ou, até mesmo, desprezar a relevância que lhe é carreada por norma da Lei Maior Local.

Dessa forma, não atribuo ao momento de realização da audiência pública *locus* periférico, pois a precedência da audiência em relação à

elaboração do projeto de lei concretiza o desígnio de que a formação da lei seja resultado efetivo de deliberação com participação popular. Nessa toada, o espírito adotado pelo constituinte derivado decorrente quanto à audiência pública, na hipótese de desafetação de bem público, ao que vejo, rememora às deliberações da Ágora, não podendo lhe ser dispensado, por conseguinte, um tratamento de menor valia, no qual se possa admitir que o Legislador livremente postergue a sua realização.

Portanto, merece ser realçado, repito mais uma vez, que o momento de realização da audiência pública não compõe matéria disponível ao legislador, quanto ao exercício das suas funções legiferantes ordinárias, sob pena de se atribuir a um procedimento legal calcado na deliberação popular uma sistemática avessa àquela prevista na Lei Maior Local.

Por isso, rogando vênia a entendimento diverso, creio que não cumpre a este Conselho, no exercício das atribuições de Corte Constitucional Local, adotar postura complacente com o legislador distrital diante de quadro reiterado de inobservância à sistemática prevista na LODF.

Isso porque, acaso o legislador considere que tal sistemática relativa à precedência de audiência popular em relação à elaboração de projeto de lei de desafetação de bem público não mais corresponde à realidade da comunidade política a que se destina a Lei Maior Local, deve - sob a condição de poder constituinte derivado reformador - promover a alteração do texto da LODF, mediante procedimento especial advindo da sua rigidez.

Inclusive, a atual dicção do artigo 56, do ADCT provém de alteração levada a cabo pela Emenda à Lei Orgânica nº 49, publicada no DODF, de 22/10/2007, ou seja, em data muito próxima da edição das leis em exame, o que compromete qualquer argumento tendente a, frente à realidade, destituir a normatividade da referida disposição.

Tão logo, permitir que leis infraconstitucionais que dispõem sobre matéria sujeita a procedimento específico, como as que compõem o objeto desta via de controle, sejam qualificadas como constitucionais acaba por alterar, tacitamente, o procedimento especial previsto na LODF, sem que se guarde, todavia, observância quanto ao procedimento de reforma a que se submete o legislador derivado.

Firme nessa conjectura, reconheço que o impacto e a inconveniência da declaração de inconstitucionalidade das leis em questão são indiscutíveis,

sendo que, entretanto, na mesma linha da posição adotada pelo e. Des. Sérgio Bittencourt, não partilho da posição de que possam bastar para a convalidação de vícios formais, sob pena de serem subvertidos os primados e os predicados do controle de constitucionalidade.

Assim, a solução que melhor assiste à hipótese não pode ser a improcedência da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois se estará, nesse caso, declarando a constitucionalidade de leis acoimadas de gritantes vícios formais, como inclusive discorreu o Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI nº 2240/BA:

> ***A solução para o problema, a meu ver, não pode advir da simples decisão de improcedência da ação****. Seria como se o Tribunal, focando toda sua atenção na necessidade de se assegurar realidades concretas que não podem mais ser desfeitas e, portanto, reconhecendo plena aplicabilidade ao princípio da segurança jurídica, deixasse de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da lei inconstitucional.*

Deste modo, diante de interpelações sediadas no interesse público, ressoa, à primeira vista, a relativização da nulidade do ato impugnado em controle de constitucionalidade, mediante a modulação dos efeitos, como proposto pelo e. Des. Sérgio Bittencourt.

Todavia, a meu ver, o empréstimo de efeitos apenas futuros ou prospectivos à declaração de inconstitucionalidade (efeitos *ex nunc*) igualmente não se mostra o remédio adequado à hipótese, haja vista que - embora corretamente não se possa admitir a preservação de ato acoimado de vícios formais de constitucionalidade - não propiciará tal medida a pleiteada segurança jurídica.

Isso porque - embora as leis impugnadas sejam reconhecidamente válidas até a data da deliberação deste Conselho no caso de prevalência do voto do Des. Sérgio Bittencourt - a partir de então seriam inválidas, o que implicaria, ao que vejo, o regresso da qualidade dos bens públicos, ora desafetados, à condição de bens de uso comum do povo, o que tornaria inviável a sua utilização para os fins específicos previstos nas leis impugnadas.

Isto é, o imbróglio jurídico apenas se arrastaria com o tempo, podendo, ao final, tornar, até mesmo, obsoleto aparelho estatal no caso da nova rodoviária,

a qual, como é sabido, já se encontra em funcionamento; o que em nada militaria em favor do interesse social.

A presente situação de contingência a que esta Corte vê-se defronte (conflito entre a declaração de inconstitucionalidade formal de lei e as consequências calamitosas dessa declaração) decorre, oportuno frisar, não só da rebeldia reiterada, como já dito, do legislador em observar o procedimento previsto na Lei Maior Local.

Aliás, não se trata de caso inédito a elaboração de lei de desafetação de bem público à míngua do procedimento devido, sendo que, a propósito, os legitimados para a propositura de Ação Direta de Constitucionalidade poderiam agir de modo mais célere, em vista de evitar situações de contingência como a presente, ou, inclusive, os parlamentares poderiam se utilizar de outros remédios aptos a sobrestar projeto de lei já vitimado de máculas formais.

Feita tal advertência, reputo que se evidencia, no caso em pauta, total menoscabo com o projeto sedimentado pela Lei Maior Local, sendo que este Conselho, no papel de guardião da Carta Política Local (LODF), não pode se esquivar de preservar a escorreita observância do plano constitucional, de sorte que vícios formais não podem ser escusados meramente em razão da repercussão do interesse público relativo a fatos já consumados, cuja desconstituição importaria inequívoco transtorno ou, quiçá, prejuízo financeiro decorrente do capital público mobilizado em aparelho estatal (nova rodoviária) obsoleto.

Destarte, na linha do voto da lavra do e. Des. Sérgio Bittencourt, verifico que estão presentes inúmeros vícios que ilustram a inconstitucionalidade formal das Leis Complementares impugnadas, de tal modo que não vejo com bons olhos o recurso, em sede de controle de constitucionalidade concentrado, à fundamentação abrigada essencialmente no interesse público para reconhecer a validade das normas.

Nessa perspectiva, a despeito da posição de que tal enfoque limita-se ao caso concreto, não tenho dúvida de que constitui precedente perigoso, haja vista que indicará, em última análise, a complacência desta Corte quanto à relutância do legislador distrital em observar o esquadro traçado no projeto constitucional local no que cerca à desafetação de bens públicos.

Posto isso, vislumbro que a hipótese em tela invoca a técnica alternativa de ponderação entre o princípio da nulidade da lei e a segurança jurídica, tendo em conta que, em vista da conservação da prevalência da Lei Maior Local, deve-se sopesar estes dois postulados na seta da construção da melhor solução ao caso.

A esse propósito, convém mencionar valiosos fundamentos apresentados na ADI nº 2240/BA, *in verbis*:

> *Essa necessidade de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica constitui o* leitmotiv *para o desenvolvimento de técnicas alternativas de decisão no controle de constitucionalidade.*
> *Essas questões parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações.*
> *Vê-se, nesse passo, que o art. 27 da Lei 9.868/99 limita-se a explicitar orientação que decorre do próprio sistema de controle de constitucionalidade.*
> *(...)*
> *Portanto, o princípio da nulidade continua a ser regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.*

Nesse ímpeto, sob as balizas firmadas pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2240/BA (DJ 03-08-2007, p. 29), vejo que é o caso de se aplicar o disposto no art. 27, da Lei nº 9.868/99, para que seja utilizada a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, uma vez que, não se podendo esconder os patentes vícios formais de inconstitucionalidade das normas impugnadas, a declaração de inconstitucionalidade com o seu consectário relativo ao reconhecimento da nulidade da lei inconstitucional importaria vários inconvenientes, como já mencionado.

Dessa forma, atentando ao fato de que a declaração de nulidade da norma em caso da declaração de sua inconstitucionalidade persiste como regra,

é visto que a hipótese encerra-se na exceção, em que o prudente exercício da ponderação de interesses impele a prevalência da segurança jurídica e dos interesses sociais adjacentes à desafetação dos imóveis em questão, como, em última análise, ao que me consta, ensejaram os doutos colegas que me antecederam em seus pronunciamentos.

Assim, impõe-se a **procedência** do pleito para **declarar a inconstitucionalidade** das Leis Complementares Distritais nº 746 e 758, (alterada pela LC nº 771) **sem a pronúncia de nulidade**.

Nessa toada, diante das digressões apresentadas, estou convicto de que as exigências preconizadas no artigo 56 (ADCT), da LODF não foram observadas a contento pelo modo periférico a que foram relegados a participação popular e os estudos de impacto quanto às deliberações prévias à formulação do projeto de lei.

Logo, lançando mão da possibilidade de modulação de efeitos (art. 27, da Lei nº 9.868/99) que permite a fixação dos efeitos dessa decisão no prazo que melhor assista às particularidades da espécie, os diplomas questionados deverão permanecer em vigor pelo prazo de 12 meses, período no qual o legislador distrital deverá adotar as providências atinentes à correção dos vícios formais, sob pena de, acaso inerte o legislador, prevalecer, ao fim do prazo, a nulidade da norma.

Ante o exposto, diante da ofensa aos artigos 19, *caput*, 51, *caput* e § 2º, e 56 (ADCT), todos da Lei Orgânica do Distrito Federal, **JULGO PROCEDENTE** o pedido deduzido na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, para declarar **inconstitucionais** integralmente as Leis Complementares Distritais nº 746 e 758 (alterada pela LC nº 771) **sem a pronúncia da nulidade pelo prazo de 12 (doze) meses**, período, em que, mantida a vigência dos mencionados diplomas legais, deverá o legislador reapreciar a matéria com alicerce nos parâmetros inscritos no procedimento estatuído pelo artigo 56 (ADCT), da LODF, com a devida vênia.

É como voto.

Desa. Sandra De Santis (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênia ao Desembargador J. J. Costa Carvalho e à divergência do Desembargador Sérgio Bittencourt para acompanhar o eminente Relator.

Des. José Divino (Vogal) - Senhor Presidente, ouvi com a devida atenção o voto proferido pelo eminente Desembargador J. J. Costa Carvalho, mas,

com o devido respeito que tenho a S. Ex.ª, o Poder Judiciário não pode determinar ao Poder Legislativo agir desse ou daquele modo, sob pena de violar o princípio da independência dos poderes.

Respeito muito a solução sugerida por S. Exa. mas peço-lhe vênia a para acompanhar o Relator, porquanto não vejo outra solução jurídica.

DECISÃO

Afastada a preliminar por unanimidade. Julgou-se improcedente a ação, decisão por maioria.

Notas

1 *Alterado pela Lei Complementar nº 771, de 16.07.2008.*
Texto original: *"III - taxa máxima de construção: 100% (cem por cento) da área do lote;"*

2 *"Art. 5º* ***A desafetação da área de que trata o art. 3º desta Lei Complementar fica condicionada à realização, em, no máximo, 90 (noventa) dias, de audiência pública,*** *nos termos do art. 51 da Lei Orgânica do Distrito Federal"*

3 *Pleno, ADIN 1344-1/ES, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.04.96, p. 12.212.*

4 *Regimento Interno:*
"Art.128. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Conselho Especial poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".
Lei nº 9.868/1999:
"Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vistas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009002010782-8

Agravantes - Maria Antonieta Nogueira de Azevedo e outros
Agravada - Maria do Carmo Dias
Relator - Des. Sérgio Bittencourt
Quarta Turma Cível

EMENTA

CIVIL E PROCESSO CIVIL - CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA - COMPANHEIRA E COLATERAIS - CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE *EX OFFICIO* - POSSIBILIDADE - UNIÃO ESTÁVEL - FATO RECONHECIDO PELAS PARTES - DESNECESSIDADE DE RECONHECIMENTO JUDICIAL - APLICABILIDADE DO ART. 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL, DECLARADO CONSTITUCIONAL EM CONTROLE DIFUSO.

Desnecessária a declaração judicial sobre a existência de união estável, posto que simples questão de fato já admitida pelas partes.

Reconhecida pelo Órgão Especial do Tribunal, em controle difuso, a constitucionalidade da aplicação do art. 1.790, inciso III, do Código Civil, deve-se assegurar aos colaterais (irmãos do *de cujus*), quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, habilitação em inventário ajuizado pela companheira.

O agravo se presta tão-somente à correção da decisão, em caso de erro de procedimento ou julgamento, não sendo possível discutir questões não submetidas ao conhecimento do juiz originalmente competente, sob pena de supressão de instância.

Manifestações injuriosas devem ser riscadas dos autos, com fulcro no art. 15, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Sérgio Bittencourt -

Relator, Antoninho Lopes e Cruz Macedo - Vogais, sob a presidência do Senhor Desembargador Fernando Habibe, em dar provimento ao agravo. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por **Maria Antonieta Nogueira de Azevedo**, **Dilce Nogueira de Azevedo**, **Maria Diogo do Carmo de Mello**, **Narciso da Silva** e **Octacílio Francisco da Silva**, inconformados com a r. decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília que, nos autos da *ação de inventário* dos bens do espólio de Benedito da Silva, no qual figura como inventariante **Maria do Carmo Dias**, companheira do *de cujus*.

Narram os agravantes que são irmãos do falecido, razão pela qual requereram sua habilitação no respectivo inventário. Dizem que o art. 1.790 do Código Civil lhes garante participação na herança, cabendo tão somente um terço à companheira, que só faria jus à totalidade se não houvesse outros parentes sucessíveis. Aduzem que sem pedido específico não poderia ter sido declarada a inconstitucionalidade daquele dispositivo legal. Argumentam, ainda, que o art. 1.829 do Código Civil não contempla a companheira como herdeira e que a lei a considera apenas com declaração de convivência, matéria que deve ser reconhecida nas vias ordinárias. Pedem a concessão de efeito suspensivo ao agravo, para que seja deferida sua habilitação no inventário, e que se "*determine o reconhecimento da união estável para a vara cível*".

Deferi o pedido de efeito suspensivo (fl. 105).

Vieram as informações (fls. 140/145).

Contrarrazões às fls. 109/115, na qual aduz a agravada a impossibilidade de conhecimento do recurso, por falta de indicação do dispositivo legal violado pela decisão recorrida.

É o relatório.

VOTOS

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Insurgem-se os agravantes contra a r. decisão que os excluiu da sucessão do *de cujus,* seu irmão, deferindo à companheira a integralidade da herança, com base em declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 1.790, inciso III, do Código Civil.

A preliminar de não conhecimento aventada pela agravada já foi apreciada e afastada (fls. 192/196).

Ressalte-se, além disso, que a Arguição de Inconstitucionalidade por mim suscitada foi julgada às fls. 192/196, resultando na proclamação da constitucionalidade do art. 1.790, inciso III, do Código Civil. Confira-se, a propósito, o teor da ementa do v. acórdão em questão, *in verbis:*

> "CONSTITUCIONAL E CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. UNIÃO ESTÁVEL NÃO EQUIPARADA AO CASAMENTO PELA CONSTITUIÇÃO. ARTIGO 226, §3º, DA CF. ARGUIÇÃO REJEITADA. - Embora o legislador constituinte tenha reconhecido a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não a equiparou ao casamento de modo a atrair a unificação do regime legal acerca do direito sucessório, haja vista a observação final no texto constitucional da necessidade de lei para a facilitação de sua conversão em casamento - artigo 226, §3º, da CF. Não incide em inconstitucionalidade o tratamento diferenciado conferido pelo artigo 1790, inciso III, do Código Civil, acerca do direito sucessório do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite quanto à concorrência daquele com outros parentes sucessíveis do de cujus. Arguição rejeitada. Unânime". (AIL 2010.00.2.004631-6, Relator Des. OTÁVIO AUGUSTO, Conselho Especial, julgado em 01/06/2010, DJ 18/08/2010, p. 28).

Antes da vigência do Código Civil de 2002, companheiros e cônjuges gozavam dos mesmos direitos sucessórios, em virtude da disciplina instituída pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96.

Porém, com o advento do Código Civil de 2002, aquelas leis foram revogadas, estabelecendo-se nítido tratamento diferenciado na sucessão entre cônjuges e companheiros, notadamente quanto à ordem de sucessão hereditária e à concorrência com outros parentes sucessíveis.

Em razão da decisão do Órgão Especial deste Tribunal, a solução da controvérsia deve, necessariamente, considerar constitucional o art. 1.790, inciso III, do Código Civil, que prevê a concorrência da companheira com ascendentes ou colaterais na sucessão do de cujus, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Assim sendo, a aplicação do art. 1.790 do Código Civil, no caso em espécie, não poderá ser afastada, mesmo se considerado como discriminatório ao tratamento dado aos companheiros, pois, conforme decidido em reserva de plenário, essa distinção não ofende a proteção constitucional deferida à entidade familiar, enquanto necessária à promoção da dignidade e realização da personalidade de seus componentes.

Caso se entenda pela manutenção da decisão agravada, estar-se-ia confirmando a inconstitucionalidade ou, no mínimo, afastando a aplicabilidade da norma, posição que não encontra abrigo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, "reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição." (RE 240096, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/03/1999, DJ 21-05-1999).

Esse entendimento, inclusive, culminou com a edição da Súmula Vinculante 10 pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, assim redigida:

> *"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."*

Com efeito, deve ser assegurado aos impetrantes a habilitação nos autos da ação de inventário, ajuizada pela agravada sob o número 2009.01.1.023424-4, haja vista a impossibilidade de se afastar a aplicabilidade do art. 1.790, inciso III, do Código Civil.

Alegam, ainda, os agravantes que a declaração de convivência legítima deve ser reconhecida em processo próprio, sendo estranha ao inventário.

As questões de fato, no entanto, somente estarão excluídas da competência do juiz do inventário, se demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas, como prevê o art. 984 do Código de Processo Civil.

Na hipótese dos autos, porém, os agravantes reconheceram a agravada como companheira do de cujus. Tanto que na primeira oportunidade que tiveram de falar nos autos do inventário, ao requererem sua habilitação (fls. 30/32), não questionaram a qualidade de companheira da agravada. Ao contrário, instruíram a petição da habilitação com cópia da escritura pública firmada pela agravada e pelo de cujus, quase nove anos antes do seu falecimento, na qual estes afirmaram a convivência marital desde 1972 (fl. 49). Além disso, às fls. 59/60, ao se referirem ao relacionamento do de cujus com a agravada, afirmaram os agravantes expressamente: "Tendo em vista que a relação de ambos era apenas a de união estável não alterando estado civil de nenhum dos lados e nem mesmo dando o status de esposa a companheira."

Assim, entendo desnecessário para o inventário que haja declaração judicial sobre a configuração da união estável quando ela é uma questão de fato já reconhecida pelas partes.

Passo a análise dos pedidos apresentados pelos agravantes em petição apartada.

A juntada aos autos de várias cópias do documento de identidade do *de cujus* não causa qualquer atropelo ao andamento do recurso. Ademais, em momento oportuno após a remessa dos autos do agravo para a primeira instância, poderão as partes retirar os documentos que lhes aprouverem (art. 99 do Provimento Geral da Corregedoria).

Não se vislumbra também o descumprimento do efeito suspensivo concedido a este recurso, vez que não houve despacho ou decisão proferidos pelo MM. Juiz *a quo* com a finalidade de impulsionar o feito. Não há que se falar, portanto, em cancelamento de atos processuais.

Já o pedido para que sejam riscadas as expressões injuriosas utilizadas pela agravada merece acolhida.

O Código de Processo Civil, ao disciplinar a questão, se refere a expressões injuriosas em sentido amplo, o que significa maior abrangência em relação às condutas que poderiam configurar o crime de injúria.

Na hipótese dos autos, a agravada em suas contrarrazões se refere aos agravantes como "oportunistas e interesseiros" e, se referindo especificamente a primeira agravante lhe atribui a pecha de "voraz, fria e calculista" e "gananciosa e mesquinha". À evidência a utilização de tais expressões transborda o direito de defesa de uma posição jurídica e é absolutamente dispensável para uma boa refutação dos argumentos da parte adversa, razão pela qual as reputo injuriosas,

devendo, pois, ser riscadas dos autos deste recurso, com fulcro no art. 15, do Código de Processo Civil.

Releva destacar, de outro lado, que a forma com que a agravada se refere ao *de cujus* não é acintosa e não dá ensejo à mesma medida.

Por fim, descabe nesta estreita via recursal o reconhecimento de indignidade da companheira herdeira, bem assim a determinação de cumprimento do desejo do falecido, pois matéria estranha a este recurso. Vale dizer, o agravo se presta tão somente à correção da decisão objurgada em caso de erro de procedimento ou julgamento, não sendo possível no seu bojo discutir questões não submetidas ao conhecimento do juiz originalmente competente, sob pena de supressão de instância.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo instrumento para determinar a habilitação dos agravantes no inventário dos bens do espólio de Benedito da Silva (Proc. nº 2009.01.1.023424-4).

Determino, ainda, que se risquem as expressões injuriosas constantes da fl. 115, nos termos do art. 15 do Código de Processo Civil.

É o voto.

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

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

DECISÃO

Agravo provido. Unânime.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2010002006300-6

Agravantes - Fernando Pereira Martins e outros
Agravados - Maria Gorete do Carmo Costa e outros
Relator - Des. Nívio Geraldo Gonçalves
Primeira Turma Cível

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA DEVEDORA. DISSIPAÇÃO DE PATRIMÔNIO. DESCONSTITUIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. BENS EM NOME DE TERCEIROS. INDÍCIOS VEEMENTES DE FRAUDE. PENHORA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS SÓCIOS. PRINCÍPIOS DA MÁXIMA EFETIVIDADE E DA ADEQUAÇÃO. PRÉ-PENHORA. CABIMENTO. PODER GERAL DE CAUTELA. CONSTRIÇÃO MANTIDA, EMBORA DE FORMA DIVERSA. RECURSO DESPROVIDO.

I - O princípio da máxima efetividade da execução é valoroso instrumento para realizar o direito fundamental à tutela executiva, o que não tem, contudo, o condão de relativizar o vício cogente da falta de citação, pois que a observância da higidez desta é a garantia do direito, também fundamental, ao contraditório, que não pode, em hipótese alguma, ser vulnerado.

II - Havendo desconstituição da personalidade jurídica, é imprescindível a citação dos sócios, para que se instaure a relação processual executória quanto a estes, sem o quê resultam viciados todos os atos processuais subseqüentes, inclusive a penhora.

III - Sem citação não pode haver penhora, podendo o juiz, contudo, com espeque no poder geral de cautela e aplicando o princípio da adequação, promover a pré-penhora, prevista no art. 653 do Código de Processo Civil, que se pode converter automaticamente em penhora após a citação, nos termos

do art. 654 do mesmo Diploma, atentando-se, assim, para o devido processo legal.
IV - A pré-penhora, embora seja ato do oficial de justiça, nos moldes do art. 653, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil, pode perfeitamente ser determinada pelo juiz, à luz do princípio da adequação, aplicável não apenas ao procedimento, mas também à tutela jurisdicional.
V - Agravo desprovido. Constrição mantida, mas pela pré-penhora.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 29 de setembro de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo, na modalidade de instrumento, com pedido liminar, interposto por FERNANDO PEREIRA MARTINS e AEID YUSUF HASAN ALI MUSTAFA em desfavor de MARIA GORETE DO CARMO COSTA e ROSEANE DO CARMO COSTA, tendo por objeto a decisão proferida pela ilustre Juíza da 13ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, que, em sede de execução de sentença, diante dos argumentos deduzidos em embargos de terceiros, ora agravantes, determinou a manutenção da penhora dos bens destes, enquanto se aguarda a regularização da citação dos devedores.

Sustentaram os recorrentes que a decisão manteve a penhora sobre seus bens fundamentando-se, tão somente, na suposição de que esses pertenciam, de fato, a Luiz Sérgio da Silva, um dos sócios da empresa executada, cuja personalidade jurídica foi desconstituída no curso da execução.

Alegaram que, contudo, o referido sócio não teria integrado a lide no processo de conhecimento, tampouco teria sido citado ou intimado da decisão

que promoveu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, a inclusão dos sócios no polo passivo da demanda executória e a intimação deles para oferecer bens à penhora.

Aduziram que, ante a falta de citação dos sócios, são nulos todos os atos praticados na execução do título judicial, não sendo possível, destarte, a manutenção da constrição, nos termos da decisão interlocutória combatida.

Requereram "o acolhimento e provimento" do agravo para que, liminarmente, "sejam anulados os atos processuais" a partir da decisão que deferiu a desconstituição da personalidade jurídica da empresa executada, "determinando-se a imediata desconstituição das penhoras", ou, no caso de indeferimento da liminar, o provimento do recurso, para determinar a "desconstituição da penhora e, ainda, por conseguinte, a perda do objeto dos embargos de terceiro" (fl. 12).

A antecipação da tutela recursal restou indeferida, às fls. 780/786, mantendo a constrição imposta, embora por fundamentos diversos do da decisão guerreada.

Contrarrazões às fls. 790/798.

Às fls. 799/800, informações do Juiz *a quo,* salientando que os embargantes interpuseram outro recurso de agravo de instrumento, autuado sob o n° 2010.00.2.006404-5, com o mesmo objeto.

É o relatório.

VOTOS

Des. Nívio Geraldo Gonçalves (Relator) - Cuida-se de agravo, na modalidade de instrumento, com pedido liminar, interposto por FERNANDO PEREIRA MARTINS e AEID YUSUF HASAN ALI MUSTAFA em desfavor de MARIA GORETE DO CARMO COSTA e ROSEANE DO CARMO COSTA, tendo por objeto a decisão proferida pela ilustre Juíza da 13ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, que, em sede de execução de sentença, diante dos argumentos deduzidos em embargos de terceiros, ora agravantes, determinou a manutenção da penhora dos bens destes, enquanto se aguarda a regularização da citação dos devedores.

Pretendem os agravantes a desconstituição da penhora de seus bens em virtude, em síntese, da nulidade dos atos processuais levados a efeito a partir da decisão que deferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa, devido à ausência de citação dos sócios.

Com efeito, assiste inteira razão aos agravantes no que tange à nulidade por falta de citação, vício que, cumpre ressaltar, pode ser conhecido de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, pelo que se mostra despiciendo tecer considerações a respeito da legitimidade e do interesse dos requerentes em argui-lo.

Compulsando detidamente os documentos acostados à exordial do agravo, constata-se que a ação de execução foi proposta em 2002 (fl. 53) e todas as tentativas de citação da empresa executada restaram frustradas, pelo que as exeqüentes, ora agravadas, requereram que se desse o referido ato por edital (fl. 81), o que foi deferido (fl. 83) e efetivado (fls. 86, 94 e 96), sem que a devedora se manifestasse.

Contudo, não se verifica a nomeação de Curador de Ausentes, autorizando concluir que a representação não foi regularizada, mormente porque a decisão agravada faz menção ao vício (fl. 301), o que tem o condão de convolar a mera presunção em efetiva confirmação.

Não bastasse isso, com a notícia de indícios veementes de fraude (fls. 138/143), notadamente em face da abrupta dissolução irregular da empresa devedora e da rápida dissipação do seu vasto patrimônio, sobreveio o deferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica (fl. 149) e de penhora dos bens pretensamente pertencentes aos sócios, sem, no entanto, ser efetivada a citação destes.

Ora, como bem leciona Araken de Assis, a relação processual executória somente se instaura através da citação válida do executado, sendo certo que a inexistência desta ou a sua nulidade "vicia todos os atos subsequentes do processo", pois se cuida de "elemento constitutivo da existência dos demais atos do processo executivo, segundo Liebman" (*apud* "Manual da Execução", Ed. RT, 11ª ed., 2007, pág. 421).

É certo que há situações hábeis a sanar o vício, chanceladas pela jurisprudência, como o comparecimento espontâneo do devedor ao processo sem argüir a nulidade, exsurgindo inquestionável do cotejo dos autos, contudo, que tal não ocorreu na espécie.

Destarte, ao contrário do quanto afirmado pela Juíza *a quo* na decisão agravada (fls. 301/303), há sim razão suficiente para a invalidade da penhora realizada nos autos, não podendo a Norma Processual Civil ser violada de tal forma apenas sob o argumento de que "o processo executivo atual deve ser visto como procedimento voltado à máxima efetividade dos interesses tutelados" (fl. 302).

Os princípios da efetividade e da adequação são, inquestionavelmente, valorosos instrumentos para garantir a plenitude do devido processo legal, **mas sem a fulminação deste**.

Como proficientemente anota Fredie Didier Jr., invocando o escólio de Marcelo Lima Guerra, "o direito fundamental à tutela executiva exige um sistema de tutela jurisdicional 'capaz de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva'. Mais concretamente, significa: a) a interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível; b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma norma que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar à luz da proporcionalidade, como forma de proteção a outro direito fundamental; c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva" (*in* "Curso de Direito Processual Civil", Ed. JusPodivm, vol. 1, 12ª ed., pág. 68).

Trata-se o princípio da efetividade, pois, sem dúvida alguma, de valioso instrumento à disposição do magistrado para realizar o direito fundamental à tutela executiva, o que não tem, iniludivelmente, o condão de relativizar o vício cogente da falta de citação, pois é através dela que se atende ao direito - não menos fundamental - do contraditório.

E, no caso dos autos originários, em que a execução foi proposta em 2002 (fl. 53), ainda sob o rito anterior à reforma, **é evidente que, sem citação, não pode haver penhora**, mormente porque os sócios não integraram a relação processual na ação de conhecimento, tampouco foi proposta contra eles, originalmente, a ação executiva.

Isso não significa, contudo, que não haja instrumentos à disposição do julgador para exercer o poder geral de cautela, mas sem violentar o devido processo legal.

No caso dos autos, inclusive, uma medida constritiva acautelatória faz-se mesmo **imprescindível** para garantir a satisfação do crédito das agravadas, pois são, de fato, veementes os indícios de fraude, haja vista não apenas a dissolução irregular e inopinada da empresa ré, que contava com mais de vinte lojas, mas, coincidentemente, logo após sua condenação na ação de indenização, de onde se originou o título executivo judicial que empresta lastro à execução, simplesmente desapareceu do mercado, mas também devido a não identificação de bens e ativos financeiros passíveis de penhora em nome dos seus sócios.

A par disso, houve a localização de expressivo patrimônio, em caminhões, em nome de terceiros, ora agravantes, e de procurações *in rem suam* outorgadas por estes aos indigitados sócios, conferindo-lhes amplos e especiais poderes para a pratica de todo e qualquer tipo de negociação com quaisquer veículos de

propriedade dos outorgantes, com ampla, geral e irrestrita disponibilidade dos respectivos bens, em caráter irretratável e irrevogável, como é, aliás, inerente a esse tipo de mandato (fls. 159/168 e 175/176).

O Código de Processo Civil, contudo, permite expressamente a possibilidade de proceder à constrição de bens **antes da citação** do devedor. Trata-se da **pré-penhora**, prevista no art. 653.

A teor do proficiente escólio de Araken de Assis, embora a norma designe de "arresto" essa constrição, "**a oportuna providência semelha antes à penhora antecipada ou pré-penhora**", e como pressupõe ela a ausência do executado, boa parte da doutrina conferiu-lhe "**natureza cautelar**" (ob. cit., pág. 584 - negritei).

Conforme adverte o eminente jurista, "a pré-penhora outorga ao credor o direito de preferência (art. 612) no instante mesmo em que se efetiva o ato", sendo certo que "essa eficácia, ínsita à afetação dos bens do executado e, no caso, antecipada à própria conversão em penhora, operada nos termos do art. 654, é elemento satisfativo estranho ao verdadeiro arresto (art. 813)", pois "o autêntico arresto cautelar não se transmuda automaticamente em penhora, conforme resulta do art. 818, ao contrário da pré-penhora".

Na verdade, "o art. 653 prevê a consumação de ato de natureza executiva, **caracterizado pela inversão da ordem natural** (...), porque **coloca antes da citação do devedor a apreensão dos seus bens**", constituindo o respectivo auto "elemento básico da conversão" (ob. cit., págs. 585/586 - negritei).

Não se olvida que, originalmente, **a pré-penhora é ato do oficial de justiça** e tem por objeto bens do **devedor**, e não de terceiros, nos moldes do quanto expressamente consignado no art. 653, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Contudo, se tal ato pode ser promovido, de ofício, por oficial de justiça e sobre os bens que encontrar, com grau considerável de escassez de segurança, **com mais razão e mais autoridade poderá levá-lo a efeito o juiz**, diante das indicações, pelo credor, de bens passíveis de penhora, como no caso dos autos, mesmo em nome de terceiros, diante de indícios tão contundentes de dissipação premeditada do patrimônio.

Cuida-se de aplicar ao art. 653 o **princípio da adequação**, que, como bem esclarece Fredie Didier Jr., invocando os oportunos ensinamentos de Flavio Luiz Yarshell e Luiz Guilherme Marinoni, não se refere apenas ao procedimento, mas também à tutela jurisdicional.

"O princípio da inafastabilidade da jurisdição garante uma tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material", sendo certo que "cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar **peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso**" (Fredie Didier Jr., ob. cit., pág. 69 e 71 - destaquei).

Destarte, resulta inquestionável que a ação de execução terá que retornar ao seu início, como assentado na decisão vergastada, promovendo-se a regularização da representação processual da empresa ré, com a nomeação de curador especial, e a devida citação dos sócios, em face da desconsideração da personalidade jurídica.

Quanto à constrição dos bens, de fato, não se pode dar pela penhora, tendo em vista a ausência de citação dos sócios.

Impõe-se, no entanto, que a indisponibilidade persista pela pré-penhora, com espeque no poder geral de cautela e mediante a adaptabilidade ao caso concreto dos ditames do *caput* do art. 653 do Código de Processo Civil, que **imprescinde de citação para ser validamente perpetrada**, a fim de manter íntegra a medida assecuratória já levada a efeito nos autos originários, nos mesmos moldes, de forma a frustrar quaisquer tentativas de fraude e garantir o sucesso da execução.

Contudo, a pretensão dos agravantes é liberar os bens da constrição imposta, o que, na prática, não resulta do entendimento aqui esposado.

Em face disso, **nego provimento** ao agravo e, por conseguinte, mantenho a constrição efetivada, mas como pré-penhora, com espeque no art. 653 do Código de Processo Civil, que permite sua conversão em penhora, operada nos termos do art. 654 do mesmo *Codex*.

É como voto.

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

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

DECISÃO

Conhecer e negar provimento, unânime.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2010002010818-9

Agravante - Solange Andrade Spínola Carvalho
Agravado - Evaldo Lopes da Silva
Relator - Des. Lecir Manoel da Luz
Quinta Turma Cível

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE NOVO HERDEIRO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE *POST MORTEM*. SUSPENSÃO DO PROCESSO DE INVENTÁRIO E RESERVA DE QUINHÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O reconhecimento da paternidade influenciará na partilha dos bens inventariados, uma vez que atribuirá ao filho reconhecido judicialmente *post mortem* direitos sucessórios sobre os bens do *de cujus*. Dessa forma, a melhor solução à hipótese é a disposta no artigo 1.001 do CPC, ou seja, o prosseguimento da demanda, com a reserva do quinhão ao possível herdeiro, cuja filiação está em discussão em ação investigatória de paternidade requerida antes da partilha (*fumus boni iuris*), considerando que a suspensão do processo de Inventário traz prejuízo aos demais sucessores, os quais, também, merecem guarda cuidadosa. Ademais, a procedência da ação investigatória prejudicará a própria partilha dos bens, tendo em vista a dificuldade de restituição do monte inventariado ao estado anterior ao da divisão (*periculum in mora*).

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Lecir Manoel da Luz - Relator, Angelo Passareli - Vogal, Romeu Gonzaga Neiva - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Lecir Manoel da Luz, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Dar parcial provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 3 de novembro de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de Inventário ajuizado por Solange de Andrade Spínola Carvalho em relação aos bens do falecido Martinho Carlos Nascimento Carvalho.

O MM. Juiz da Primeira Vara de Órfãos e Sucessões da Circunscrição Judiciária de Brasília, conforme cópia à fl. 939, determinou a suspensão do processo de inventário até a decisão final na ação de investigação de paternidade *post mortem* proposta pelo agravado, ao fundamento de que este *decisum* poderá influir na partilha.

A autora agrava, alegando não ser possível a suspensão do processo, tendo em vista que não há prova nos autos da filiação do agravado em relação ao *de cujus*. Sustenta que na carteira de identidade do agravado consta como pai o nome de Raimundo Cardoso da Silva, de forma que, ainda que reconhecida a paternidade biológica diversa do registro civil, este caracteriza a adoção, pelo vínculo socioafetivo, e, portanto, exclui o vínculo por consanguinidade. Ressalta que transcorreu o prazo decadencial para contestar a paternidade. Em face da alegada impossibilidade de reconhecimento e inclusão do agravado como herdeiro no processo de Inventário de Martinho Carlos Nascimento Carvalho, requer que seja concedido efeito suspensivo à decisão agravada e, no mérito, almeja que seja determinado o prosseguimento do aludido feito, reconhecendo-se a ilegitimidade do agravado em ser incluído no rol dos herdeiros do espólio em tela.

Preparo regular, à fl. 19.

Às fls. 945/946, foi prolatada decisão indeferindo o pedido de atribuição de efeito suspensivo à decisão agravada.

Interposto pedido de reconsideração, às fls. 949/952, foi proferida decisão, às fls. 954/956, rejeitando o aludido pleito.

Sem resposta da parte agravada, conforme certidão à fl. 961.

Informações do Juízo *a quo*, às fls. 958/960.

Às fls. 962/968, em parecer do Ministério Público, da lavra do douto Procurador de Justiça, Dr. Jair Meurer Ribeiro, oficia pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, no sentido de ser determinada a reserva do quinhão relativo ao agravado, prosseguindo-se o Inventário, alternativamente, que seja desprovido o agravo de instrumento, mantendo-se a decisão impugnada até o desfecho da ação de investigação de paternidade ajuizada pelo agravado.

É o relatório.

VOTOS

Des. Lecir Manoel da Luz (Relator) - Considero o recurso cabível e tempestivo, razão pela qual o conheço.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Primeira Vara de Órfãos e Sucessões da Circunscrição Judiciária de Brasília, que determinou a suspensão do processo de inventário até decisão final na ação de investigação de paternidade *post mortem* noticiada nos autos, considerando que esse resultado poderá influir na partilha dos bens inventariados.

A autora interpõe agravo de instrumento, alegando que há impossibilidade de reconhecimento e de inclusão do agravado como herdeiro no processo de inventário do *de cujus*, requerendo, em consequência, que seja concedido efeito suspensivo à decisão agravada e, no mérito, que seja determinado o prosseguimento do processo de Inventário, reconhecendo-se a ilegitimidade do agravado para ser incluído no rol dos herdeiros do espólio em tela.

Sem razão a agravante.

O argumento em torno da adoção não prospera, considerando que não há prova nos autos do registro civil, tampouco da convivência socioafetiva do agravado com a pessoa cujo nome consta como pai em sua carteira de identidade.

Nesse sentido, pronunciou-se o douto representante do Ministério Público, cujos esclarecimentos, por oportuno, ora transcrevo, merecendo destaque a parte final, no que se refere ao argumento em torno da decadência, passível de análise apenas na ação apropriada, *verbis*:

> "Primeiramente, ressalte-se o disposto no arts. 1.623 e 1.628, ambos do CC, os quais preceituam, respectivamente, que a "adoção obedecerá o processo judicial, observados os requisitos estabelecidos neste Código" e "os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença (...)".
> Não se pode olvidar, contudo, da chamada "adoção brasileira", também denominada de afetiva, sendo certo que, nesses casos, quem registra não pode se arrepender e reverter a posse de estado de filho por parte do registrado, por ter se configurado a filiação socioafetiva.
> Não obstante, do constante dos autos, ao contrário do afirmado nas razões recursais, não ficou demonstrada a existência não só do vínculo registral, mas também de vínculo socioafetivo entre o Agravado e a pessoa que consta como seu pai em sua Carteira de Identidade.
> Por outro lado, também não ficou demonstrado (*sic*) a inexistência de erro ou falsidade do citado registro o que poderia levar à alteração do estado resultante do registro, nos moldes do art. 1.604 do CC.
> A título de argumentação, destaque-se, ainda, que a ação de Investigação de Paternidade independe do prévio ajuizamento da ação de Anulação de Registro, cujo pedido é apenas consequência lógica da procedência da demanda investigatória, consoante já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça no REsp 507626/SP.
> De se ver que todas essas questões levantadas pela Agravante e outras mais são passíveis de serem manejadas e por certo serão objeto de discussão, na ação de Investigação de Paternidade ajuizada pelo Agravado e pendente de citação, não sendo o presente feito a seara adequada para tanto." (fl. 965)

Noutro giro, o reconhecimento da paternidade em questão, como alegado na Instância *a quo*, influenciará na partilha dos bens inventariados, uma vez que atribuirá ao filho reconhecido judicialmente *post mortem* direitos sucessórios sobre os bens do *de cujus*.

Contudo, a meu ver, a melhor solução à hipótese é a disposta no artigo 1.001 do CPC, ou seja, o prosseguimento da demanda, com a reserva do quinhão ao possível herdeiro, cuja filiação está em discussão em ação investigatória de paternidade requerida antes da partilha (*fumus boni iuris*), considerando que a suspensão do processo de Inventário traz prejuízo aos demais sucessores, os quais, também, merecem guarda cuidadosa.

Ademais, a procedência da ação investigatória prejudicará a própria partilha dos bens, tendo em vista a dificuldade de restituição do monte inventariado ao estado anterior ao da divisão (*periculum in mora*).

Nesse sentido, trago à colação aresto proferido nesta Corte de Justiça:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. RESERVA DE QUINHÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.
> 1. O deferimento da medida cautelar de reserva de quinhão (CPC 1001) tem como pressupostos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, presentes na espécie.
> 2. O primeiro decorre do prévio ajuizamento, pelo pretenso herdeiro, de ação de investigação de paternidade cumulada com anulação e retificação de registro civil e pedido de herança, não competindo ao juízo do inventário perquirir sobre a viabilidade ou não, ainda que sob o prisma meramente processual, dessa ação, afeta, no caso, à competência do juízo de família.
> 3. Por sua vez, o segundo reside na impossibilidade de reposição do monte ao estado anterior a algumas alienações já autorizadas e à própria partilha, na eventual procedência da demanda investigatória."
> (Acórdão: 347.694, 6ª Turma Cível, Rel.: Des. Fernando Habibe, DJ-e: 25/3/2009)

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, no sentido de determinar a reforma da r. decisão agravada, devendo prosseguir o processo de Inventário, sendo reservado o quinhão do possível herdeiro Evaldo Lopes da Silva, até a decisão final da ação de investigação de paternidade noticiada.

É como voto.

Des. Angelo Passareli (Vogal) - Com o Relator.

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

DECISÃO

Conhecer. Dar parcial provimento. Unânime.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2010002013912-4

Agravante - Renato de Oliveira Santos
Agravada - MAPFRE Vera Cruz Seguradora S/A
Relator Designado - Des. Fernando Habibe
Quarta Turma Cível

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO AJUIZADA PELO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE *EX OFFICIO.*
1. É vedado ao juiz exercer o controle *ex officio* de competência relativa, como ocorre no caso de demanda ajuizada pelo próprio consumidor, ainda que em foro diverso do domicílio de ambas as partes.
2. Hipótese inconfundível com aquela, passível do aludido controle, em que o consumidor é o demandado.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Cruz Macedo - Relator, Fernando Habibe - 1º Vogal e Presidente e Arnoldo Camanho - 2º Vogal, em prover o agravo de instrumento, nos termos do voto do 1º Vogal. Maioria, de acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por RENATO DE OLIVEIRA SANTOS contra a decisão proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília (fls. 107/108) que, nos autos da ação de cobrança c/c pedido de liminar ajuizada pelo agravante em face de MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A, declinou de sua competência em razão do domicílio do Autor.

Em suma, aduz o agravante que se trata de competência relativa, que não pode ser reconhecida de oficio pelo juiz, pois contraria a finalidade de oportunizar ao consumidor escolher o lugar que facilite o pleito de seus direitos.

O efeito suspensivo foi indeferido por esta Relatoria nos termos da decisão de fl. 117.

Sem recolhimento de preparo em face da concessão do benefício da gratuidade de justiça.

Sem resposta, haja vista que a relação processual ainda não se aperfeiçoou.

É o relatório.

Inclua-se em pauta.

VOTOS

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

Inicialmente cumpre ressaltar que, examinando melhor a matéria, revejo posicionamento anteriormente adotado quando do julgamento do Conflito de Competência nº 2009.00.2.0105455.

É que, constatando tratar-se de relação eminentemente de consumo, a fixação da competência, nesses casos, é matéria de ordem pública. Por essa razão, é possível o reconhecimento, de ofício, da competência do foro do domicílio do consumidor, parte hipossuficiente nessa relação.

Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça já proferiu seu entendimento, conforme se depreende da leitura do seguinte aresto da e. Ministra Nancy Andrighi, *in verbis*:

> *"Processo civil. Recurso especial. Ação individual proposta por associação, na qualidade de representante de um único consumidor associado, com fundamento no art. 5º, XXI, da CF. Propositura da ação no foro do domicílio da Associação, que é diverso dos domicílios, tanto do autor da ação, como do réu. Declinação da competência promovida de ofício. Manutenção. - O permissivo contido no art. 5º, XXI, da CF, diz respeito apenas às ações coletivas passíveis de serem propostas por associações, em defesa de seus associados. Tal norma não contempla a representação do consumidor em litígios*

> *individuais, de modo que deve ser reconhecida a ilegitimidade ativa da associação. - Não obstante a exclusão da associação do pólo ativo da relação processual, a existência de procuração passada diretamente pelo consumidor à mesma advogada da associação autoriza o aproveitamento do processo, mantendo-se, como autor da ação, apenas o consumidor. - A facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo possibilita que este proponha ação em seu próprio domicílio. Tal princípio não permite, porém, que o consumidor escolha, aleatoriamente, um local diverso de seu domicílio ou do domicílio do réu para o ajuizamento do processo. Correta, portanto, a decisão declinatória de foro. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1084036/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 17/03/2009)"*

Do mesmo modo, enfatizou o e. Ministro João Otávio De Noronha, verbis:

> *"(...) O magistrado pode, de ofício, declinar de sua competência para o juízo do domicílio do consumidor, porquanto a Jurisprudência do STJ reconheceu que o critério determinativo da competência nas ações derivadas de relações de consumo é de ordem pública, caracterizando-se como regra de competência absoluta. 5. O microssistema jurídico criado pela legislação consumerista busca dotar o consumidor de instrumentos que permitam um real exercício dos direitos a ele assegurados e, entre os direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º, VIII, está a facilitação da defesa dos direitos privados. 6. A possibilidade da propositura de demanda no foro do domicílio do consumidor decorre de sua condição pessoal de hipossuficiência e vulnerabilidade. (REsp 1032876/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 09/02/2009)".*

Nossa Corte de Justiça também já se manifestou nesse mesmo sentido, conforme demonstra o seguinte julgado, *in verbis*:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - RELAÇÃO DE CONSUMO - DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA DE OFÍCIO PARA O FORO DE DOMICÍLIO DO RÉU - POSSIBILIDADE - NORMA DE CARÁTER ESPECIAL QUE PREVALECE SOBRE AS REGRAS GERAIS - PRECEDENTES DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO. I - Versando a demanda sobre relação de consumo, admite-se a declinação de competência de ofício para o foro do domicílio do consumidor. II - A regra inserta no artigo 112 do Código de Processo Civil deve ser abrandada, prevalecendo, neste caso, as disposições contidas na Lei n.º 8.078/90, norma de caráter especial. (20070020152557AGI, Relator LECIR MANOEL DA LUZ, 5ª Turma Cível, julgado em 12/03/2008, DJ 02/04/2008 p. 76)"*

Conclui-se, portanto, que, tanto nas ações em que o consumidor é demandado quanto naquelas em que é demandante, o d. Magistrado pode declinar de ofício de sua competência, considerando que a legislação dispõe ser competente o foro do domicilio do consumidor para dirimir as questões referentes às relações de consumo, não havendo falar em competência relativa em quaisquer das hipóteses a autorizar o consumidor, ao seu próprio alvedrio, a ajuizar a ação aleatoriamente em qualquer foro.

Nessa esteira, no presente caso, em que pese o domicílio do autor estar localizado em Taubaté/SP, não se verifica nos autos justificativa plausível a determinar que o foro de Brasília seja o que mais facilite a defesa dos seus direitos.

O culto Juízo do conhecimento originário com propriedade assinalou que "Verifica-se nos autos que o autor reside em Taubaté/SP e que o acidente de trânsito ocorreu nessa cidade. (cf. fl. 21). Por outro lado, observa-se que a ré - MAPFRE Vera Cruz Seguradora S/A. - não possui sucursal apenas em Brasília, mas em todo País, inclusive, portanto, em São Paulo. Assim, em face do disposto no art. 100, V, "a" e parágrafo único, do CPC, que estabelece a regra de competência do foro, a ação deveria ter sido proposta em Taubaté/SP, foro tanto do domicilio do autor como, também, do local do acidente automobilístico." (fl. 107).

Portanto, correta a decisão do juízo que, reconhecendo a sua incompetência absoluta para processar e julgar o feito ajuizado fora do domicílio

do consumidor, declinou de sua competência para o Juízo do local do domicílio da parte autora.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo.

É como voto.

Des. Fernando Habibe (1º Vogal e Presidente) - Peço vênia para divergir.

A relação substancial existente entre as partes é de consumo, cumprindo distinguir, no que concerne à competência: 1) as ações propostas contra o consumidor das 2) ações ajuizados pelo consumidor.

Na primeira hipótese, em que o consumidor figura no pólo passivo da demanda, é conhecido e dominante o entendimento de que se trata de competência absoluta, sujeita, portanto, a controle judicial espontâneo.

Já na segunda hipótese, em que o consumidor figura no pólo ativo da demanda, infere-se do CDC 101, I, que se trata de competência relativa.

Com efeito, esse dispositivo legal atribui ao consumidor a faculdade de preferir o seu próprio domicílio ao do réu. Confira-se o aludido incido I, sem grifo no original:

> *"I - a ação **pode** ser proposta no domicílio do autor."*

A propósito dessa norma, adverte **Fredie Didier Jr**.[1]:

> *"É regra que beneficia o consumidor, mas não se trata de regra de competência absoluta, dela podendo abrir mão o beneficiário, elegendo a regra geral, que é a do domicílio do demandado".*

Logo, tratando-se, como se trata, de competência territorial relativa, não se admite o seu controle *ex officio* (CPC 114; STJ 33). Aliás, optando o consumidor/demandante pelo domicílio do réu, a exceção que este venha a opor está fadada ao insucesso, por ser prerrogativa do consumidor escolher entre o foro do seu próprio domicílio ou o do réu.

Dir-se-á - e é verdade - que no caso concreto a demanda foi ajuizada pelo consumidor em um terceiro foro, vale dizer, estranho ao do domicílio do réu e ao seu próprio.

Nem por isso se altera o regime de controle: deve ser pedido pela parte interessada, mediante exceção. Proposta a ação **pelo** consumidor, é relativa tanto a competência do foro do seu domicílio, quanto a do domicílio do réu, assim como a do terceiro foro. A competência é territorial, do tipo relativa.

Não há, aí, ofensa ao juiz natural da causa, mas mera escolha do foro (local) para o seu ajuizamento, critério esse que pode ensejar a prorrogação da competência, caso não excepcionada.

Confira-se a orientação sempre segura e esclarecedora de **Dinamarco**[2]:

> *É no campo da competência relativa que tem aplicação o disposto no art. 114. Sua eficácia manifesta-se em três situações distintas:*
> *I - quando simplesmente a demanda houver sido apresentada a um foro incompetente em face das normas determinadoras da competência - menos no caso de demanda pertencente ao foro da situação do imóvel, porque a competência do forum rei sitae não se sujeita à vontade das partes (...).*
> *Em qualquer dessas hipóteses fica sempre o réu, quando não haja oferecido regular exceção de incompetência, impedido de levantar depois qualquer questão sobre a competência relativa.*
> *Nem poderá fazê-lo o juiz ex officio (...).*

O ilustre doutrinador ressalva a possibilidade prevista no CPC 112, parágrafo único, "geralmente em favor dos consumidores". Mas cabe a ponderação de minha parte: nas demandas contra eles propostas. Quando o consumidor é o autor, não. Afinal, ele, consumidor, é o primeiro e melhor juiz de sua própria conveniência.

O caso concreto amolda-se perfeitamente à situação acima descrita por **Dinamarco**. O consumidor não ajuizou a demanda em nenhum dos dois foros indicados pela lei, mas, sim, em um terceiro que, embora em princípio incompetente, pode tornar-se competente por força de prorrogação, caso não excepcionado pelo réu, pois, em regra não afastada neste caso, é relativa a competência territorial.

A realidade dos autos distingue-se em parte da hipótese em que o consumidor/autor demanda no foro do seu domicílio ou no do réu. Este não terá êxito, se excepcionar um ou outro foro, pois se trata de prerrogativa do consumidor.

Mas no caso dos autos, em que escolhido foro distinto dos apontados pela lei, eventual exceção oposta pelo réu poderá ser bem sucedida para o fim de definir-se a competência de um daqueles dois foros.

A título ilustrativo, trago à colação julgado do TJDFT:

> ***EMENTA***[3]
> *AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REVISIONAL - DECISÃO QUE DECLINA DE OFÍCIO DE COMPETÊNCIA PARA O FORO DE RESIDÊNCIA DO AUTOR - AÇÃO AJUIZADA PELO PRÓPRIO CONSUMIDOR EM FORO DIVERSO DE SEU DOMICÍLIO. COMPETÊNCIA RELATIVA - IMPOSSIBILIDADE DE DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. RECURSO PROVIDO.*
> *A declinação da competência para a Circunscrição Judiciária do local do domicílio do consumidor visa à facilitação da defesa de seus direitos, vez que é entendimento pacífico de que se presume a dificuldade e o prejuízo quanto à sua defesa quando a ação em que é demandado não é ajuizada no foro de seu domicílio. Tratando-se de competência territorial, portanto relativa, não pode ser declarada de ofício, consoante a Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça, eis que foi o próprio que optou por ajuizar a ação perante foro diverso de seu domicílio, não podendo o magistrado, desprezando o interesse e a conveniência do autor, decretar de ofício a sua incompetência.*

Concluindo: tratando-se de demanda proposta **pelo** consumidor, tem se competência territorial **relativa**, não podendo o juiz, em tal caso, exercer o controle ex officio.

Hipótese inconfundível com aquela, passível do aludido controle, em que o consumidor é o demandado.

Posto isso, declaro a competência do Juízo suscitado.

Des. Arnoldo Camanho (2º Vogal) - Acompanho o voto do eminente 1º Vogal, pedindo vênia ao eminente Relator.

DECISÃO

Provido. Maioria. Redigirá o acórdão o 1º Vogal.

Notas

[1] *Curso de Direito Processual Civil, 1, p. 126, 11ª ed., JusPodivm.*
[2] *Instituições de Direito Processual Civil, I, p. 613, 6ª ed., Malheiros.*
[3] *1ª T. Cível, ac. 377.521, Des. Lécio Resende, julgado em 2009.*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002011024833-2

Apelante - Elo Distribuição Ltda.
Apelados - Maria Teresa de Azevedo Briglia Ferreira e outros
Relator - Des. João Egmont
Quinta Turma Cível

EMENTA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO COM MORTE - FATO OCORRIDO EM 2001 - REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NO LOCAL, PELO INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA DE MINAS GERAIS, VINDO O LAUDO SUBSCRITO POR DOIS PERITOS OFICIAIS - *TEMPUS REGIT ACTUM* - ATO ILÍCITO - ELEMENTOS - CONSEQUÊNCIA - CULPA DO PREPOSTO DA EMPRESA REQUERIDA - DANOS MORAIS E MATERIAIS - PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO DAQUELES - CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DANOS MORAIS - PENSÃO DEVIDA À VIÚVA E AOS FILHOS - OCORRÊNCIA DA CESSAÇÃO DA CONDIÇÃO DA PRESTAÇÃO ALIMENTAR AOS FILHOS - REVERSÃO À VIÚVA - CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL - SÚMULA 313 STJ - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - 1. Sabido e consabido que o juiz indeferirá a perícia quando "III- a verificação for impraticável" (art. 420, III, CPC), ou seja, deverá a prova pericial ser indeferida quando não puder ser executada. 1.1 *In casu,* o local do acidente, o tempo decorrido e outros fatores, impedem a realização de perícia, fato este que apenas comprometeria a solução deste processo que tramita há mais de oito anos, fazendo-se ainda tabula rasa ao princípio da razoável tramitação do processo, hoje alçado a dogma constitucional. 2. Aplica-se ao caso o Código Civil revogado, porque era o diploma em vigor na época em que os fatos ocorreram: 13 de maio de 2001, aplicando-se, por conseguinte, o princípio *tempus regit actum*. 2. O ato ilícito é aquele praticado em desacordo

com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual, causando dano a alguém, criando, ao causador do dano, o dever de repará-lo. 2.1 Para a configuração do ato ilícito, necessária a presença de seus elementos essenciais, quais sejam: a) fato lesivo causado pelo agente, por ação ou omissão, em razão de um comportamento negligente, imprudente ou imperito; b) ocorrência de um dano, patrimonial ou moral, sendo que serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral, nos termos da Súmula 37 do C. STJ; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. 2.2 A consequência do ato ilícito é a obrigação de indenizar, sendo ainda certo que são também "responsáveis pela reparação civil" (...) "III- o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522)" (art. 1.521, III, CC/02). 3. Consoante laudo nº 048/05/2001, elaborado pelo Instituto de Criminalística da Secretaria do Estado da Segurança Pública de Minas Gerais, subscrito por peritos oficiais e cuja conclusão não restou elidida, a culpabilidade do evento está ligada à pessoa do condutor do veículo de propriedade da apelante, que agiu com injustificada imprudência e negligência, sobretudo por trafegar pela rodovia com velocidade incompatível com o local e com as condições climáticas (chovia), a ponto de perder totalmente o domínio sobre o volante do mesmo, deixando que este atingisse a contra mão de direção, onde se colidiu violentamente contra o veículo em que viajavam a viúva e seu esposo, que se encontravam transitando na faixa de sua mão direciona. 4. A concessão dos danos morais tem por escopo proporcionar ao lesado meios para aliviar sua angústia e sentimentos atingidos. 4.1 No caso em tela, a perda de um ente querido, como esposo e pai, nas condições em que os fatos ocorreram, ensejam indenização por dano moral, que se traduz em uma forma de se amenizar a dor e o sofrimento pela perda precoce e irreparável do chefe de família, sendo ainda certo que se é verdade que não há como mensurar tal sofrimento, menos exato não é que a indenização pode vir a acalentar, tranquilizar, sossegar ou serenar a dor

aguda. 4.2 "12. A indenização por dano moral não é um preço pelo padecimento da vítima ou de seu familiar, mas sim uma compensação parcial pela dor injusta, que lhe foi provocada, mecanismo que visa a minorar seu sofrimento, diante do drama psicológico de perda a qual foi submetida. 13. No dano moral por morte, a dor dos pais e filhos é presumida, sendo desnecessária fundamentação extensiva a respeito, cabendo ao réu fazer prova em sentido contrário, como na hipótese de distanciamento afetivo ou inimizade entre o falecido e aquele que postula indenização. (...)." (*in* REsp 866450 / RS Recurso Especial 2006/0139197-3, Ministro Herman Benjamin, DJe 07/03/2008). 5. O termo inicial da correção monetária, tratando-se de indenização por danos morais, é a data em que foi arbitrado o seu valor definitivo, ou seja, a data do julgamento, independentemente da data da publicação do acórdão. 5. Deve a prestação alimentar, devida à viúva e aos filhos, corresponder a 2/3 (dois terços) dos rendimentos da vítima, diante da compreensão de que 1/3 (um terço) destinava-se às suas despesas pessoais, sendo ainda certo que o pensionamento deve compreender o período relativo à data do fato (13 de maio de 2001) estendendo-se até a data em que o finado completaria 65 (sessenta e cinco) anos, ou seja, deve a pensão ser paga até o dia 27 de maio de 2.012. 5.1 Quanto aos filhos, a prestação de alimentos deve corresponder à data do óbito do genitor (13 de maio de 2001), até que os mesmos atinjam a idade de vinte e um anos de idade ou vinte e quatro anos, no caso de estarem cursando universidade, observando-se a data de nascimento de cada um deles. 6. "O valor da pensão para a viúva e os filhos da vítima deve corresponder, pelas peculiaridades da espécie, a 2/3 (dois terços) dos rendimentos desta, presumindo-se que o restante se destinava para despesas estritamente pessoais da vítima, e não da família" (*in* REsp 100927 / RS Recurso Especial 1996/0043627-4, DJ 15/10/2001 p. 265). 7. Cessada a obrigação de prestar alimentos quanto aos filhos, deve a respectiva parcela se reverter em favor da viúva. 8. Pagará a apelante as custas e os honorários devidos à

parte contrária, no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, sendo que o cálculo da verba honorária é feito sobre o somatório de todas as prestações vencidas, incluindo o valor fixado a título de danos morais, não havendo o acréscimo de doze prestações das vincendas, porque, no particular, não houve recurso dos apelados não se podendo, portanto, se reformar para piorar a situação de quem recorre. 9. Necessária a constituição de capital ou caução fidejussória, uma vez que "Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado" (Súmula 313/STJ). 10. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Egmont - Relator, Romeu Gonzaga Neiva - Revisor, Lecir Manoel da Luz - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Lecir Manoel da Luz, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Rejeitar preliminar. Dar parcial provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2010.

RELATÓRIO

Segue relatório da r. sentença prolatada (fl. 289/290):

"Maria Teresa de Azevedo Briglia Ferreira, Heliton Sabino Briglia Ferreira, Adriana Briglia Ferreira e Helton Rondinelli Briglia Ferreira ajuizaram ação ordinária com pedido de indenização em desfavor de ELO LOGÍSTICA LTDA. (antiga ELO DISTRIBUIÇÃO LTDA), em decorrência de acidente automobilístico que vitimou o marido da primeira requerente, pai dos demais requerentes, de nome Heli Batista Ferreira, ocorrido em 13 de maio de 2001, na rodovia BR 040, KM 04238, quando o caminhão da requerida

chocou-se com o veículo guiado pela vítima. Aduzem que viajavam de Belo Horizonte para Brasília e inesperadamente foram colhidos de frente pelo caminhão baú, de propriedade da empresa-ré. Afirmam que o laudo pericial foi conclusivo em indicar que a culpa se deveu à imprudência e negligência do condutor do caminhão, pois trafegava em velocidade incompatível ao local e sob condições climáticas adversas, o que foi determinante para perda de controle do veículo. Apontam que a vítima era arrimo de família, servidor público, militar, capitão de fragata da Marinha do Brasil, o qual, além das despesas domésticas, mantinha os filhos Heliton Sabino Briglia Ferreira e Helter Rondinelli Briglia Ferreira, devidamente matriculados e cursando o ensino superior do Centro de Educação Superior de Brasília (IESB) e, após a morte do patrono, a família vem sofrendo prejuízos de ordem econômica o que afetou as finanças e é agravado pela circunstância de ser a autora pessoa de afazeres domésticos e que, em virtude do trauma sofrido, vem fazendo tratamento psiquiátrico e psicológico. Aventaram a ocorrência de danos morais em face da perda súbita do patrono, além dos danos materiais com a destruição do carro, despesas médico-hospitalares, despesas de enterro, impossibilidade de mantença dos contratos firmados para educação dos filhos universitários.

Requerem a condenação da ré à indenização por danos materiais, na proporção de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em face da perda do automóvel, despesas com sepultamento, tratamento médico-hospitalar e jazigo do falecido; pensão de 20 salários-mínimos por dependentes do falecido até que esse completasse 65 anos e, indenização por danos morais na ordem de 500 salários-mínimos além de lucros cessantes, juros de mora e compensatórios, simples e compostos, além dos demais consectários da sucumbência.

Instruíram a inicial com documentos de fls. 32/86.

A empresa-ré contestou a ação alegando nulidade do laudo de fls. 51/64 em face da parcialidade dos peritos que efetuaram o levantamento técnico no local do acidente, os quais não colheram a informação registrada pelo tacógrafo do caminhão, o que impossibilita que se afirme estar acima da velocidade indicada para o local e, ainda, que não mencionaram a qualidade da pista de

rolamento em face de ondulações e depressões, fato que ocasionou a derrapagem do caminhão.

Quanto à pensão requerida pela esposa e os filhos, inferem que o pedido não deve prosperar tendo em vista que o falecido deixou pensão por morte aos dependentes haja vista que a vítima era militar da marinha.

Alega a ré que os danos materiais não ocorreram pois o tratamento da mulher da vítima somente começou a ocorrer passados 5 (cinco) meses do acidente e que esteve internada no Hospital Naval de Brasília onde o tratamento foi custeado pela Marinha do Brasil. Acrescenta que os remédios "ministrados na Sra. Maria Tereza, ousamos dizer que a mesma apresentava quadro de trauma psicológico depressivo anterior ao acidente, o que sem sombra de dúvida afasta ou minimiza o chamado dano moral em face do sinistro objeto da presente ação" (fl. 94). Ainda, que os contratos de prestação de serviço firmados com as instituições de ensino superior foram assinados pela requerente e não pelo marido/vítima e que as datas apresentam exigências contraditórias. Por último, que o veículo sinistrado estava coberto por seguro e por esse motivo não cabe o ressarcimento pleiteado.

A respeito do dano moral aduz não ter agido ao menos com culpa posto que o sinistro ocorrera exclusivamente por fatalidade, força maior, que ocasionou a derrapagem do veículo não contribuindo com o dano ocasionado.

Pedem a total improcedência da ação. Documentos às fls. 98/99.

Réplica às fls. 102/114.

Os autores requereram produção de provas com a oitiva dos representantes da empresa/ré e de testemunhas arroladas.

A requerida pediu o depoimento pessoal dos autores e a oitiva das testemunhas, além de perícia no local do acidente.

A audiência de conciliação transcorreu conforme termo de fls 129, não estando presente a empresa/ré, tendo sido decidido que o feito estava instruído e cabendo o julgamento do feito no estado em que se encontra.

A empresa/ré interpôs recurso de agravo, o qual foi provido, para produção de novas provas.

Em despacho de fls. 186/188, foi designada nova audiência de conciliação, que ocorreu conforme termo de fls. 202/204.
Não houve produção de novas provas.
Alegações finais dos autores às fls. 206/228 e da requerida às fls. 254/262.
É o relatório".

Acrescento, ainda, que o pedido foi parcialmente acolhido para o fim de "*condenar a requerida ao pagamento dos danos materiais no valor de R$ R$ 14.324,08 (quatorze mil, trezentos e vinte e quatro reais e oito centavos); de pensão à viúva no importe de 15 (quinze) salários-mínimos, a serem pagos até que o falecido estaria completando idade de 65 anos, devidamente reajustados; pensão aos filhos fixada em 2 (dois) salários-mínimos para cada filho até completarem 21 anos ou até completarem 24 anos se estiverem cursando o ensino superior, sendo as pensões devidas a partir da data do acidente. Condeno também ao pagamento de danos morais, estes fixados em R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), para a viúva, e R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para cada um dos filhos. Determino à ré que constitua, nos termos do artigo 602 do CPC e de acordo com o Enunciado nº 313 do STJ, renda ou preste caução real suficiente para garantia da execução do julgado. Condeno a requerida ao pagamento de honorários fixados nos termos do art. 20, §3º do CPC em 20% (vinte por cento) do valor da condenação fixada em 12 (doze) vezes o valor das pensões acrescida dos valores da condenação por danos materiais e morais, tudo devidamente corrigido a contar da citação*" (sic).

Inconformada, recorre a demandada. Em razões recursais (fls. 302/318), pugna pela cassação da sentença, por cerceamento de defesa e, alternativamente, a redução dos valores fixados nas condenações por danos morais e quanto às pensões fixadas.

Contrarrazões pela manutenção da sentença recorrida (fls. 332/347).

Preparo devidamente recolhido à fl. 319.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTOS

Des. João Egmont (Relator) - Conheço do recurso, presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Elo Distribuição Ltda. contra a r. sentença de fls. 289/297 que, em ação ordinária com pedido de indenização, julgou parcialmente procedente o pedido dos autores, condenando-a (a apelante) ao pagamento de danos materiais, pensão à viúva Maria Teresa de Azevedo Briglia Ferreira no importe de 15 (quinze) salários-mínimos, a serem pagos até que o *de cujus* completasse 65 (sessenta e cinco) anos de idade e pensão também aos filhos filhos Heliton Sabino Briglia Ferreira, Adriana Briglia Ferreira e Helton Rondinelli Briglia Ferreira, além de danos morais aos autores, encontrando-se a parte dispositiva da r. sentença assim redigida, *in verbis*:

> *"Pelo exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, para condenar a requerida ao pagamento dos danos materiais no valor de R$ R$ 14.324,08 (quatorze mil, trezentos e vinte e quatro reais e oito centavos); de pensão à viúva no importe de 15 (quinze) salários-mínimos, a serem pagos até que o falecido estaria completando idade de 65 anos, devidamente reajustados; pensão aos filhos fixada em 2 (dois) salários-mínimos para cada filho até completarem 21 anos ou até completarem 24 anos se estiverem cursando o ensino superior, sendo as pensões devidas a partir da data do acidente. Condeno também ao pagamento de danos morais, estes fixados em R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), para a viúva, e R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para cada um dos filhos. Determino à ré que constitua, nos termos do artigo 602 do CPC e de acordo com o Enunciado nº 313 do STJ, renda ou preste caução real suficiente para garantia da execução do julgado. Condeno a requerida ao pagamento de honorários fixados nos termos do art. 20, §3º do CPC em 20% (vinte por cento) do valor da condenação fixada em 12 (doze) vezes o valor das pensões acrescida dos valores da condenação por danos materiais e morais, tudo devidamente corrigido a contar da citação. Custa pela requerida em face da condenação em maior parcela do pedido. Após o trânsito em julgado, pagas as custas, arquivem-se" (sic).*

I - PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE:

Primeiramente examino a arguição de intempestividade do recurso suscitada pela apelada em suas contrarrazões (fls. 332/347).

Compulsando os autos, verifica-se que a r. sentença de primeira instância foi proferida em 17 de novembro de 2005, sendo publicada no Diário de Justiça do DF em 25 de novembro de 2005 (fl. 299). Em razão da ausência do nome de um dos procuradores da parte requerida na publicação, a r. sentença foi republicada no dia 07 de dezembro de 2005, quarta-feira (fl. 300). A contagem do prazo, então, iniciou-se no dia 09 de dezembro de 2005, pois dia 08 foi feriado. Do dia 09 de dezembro de 2005 ao dia 19 de dezembro de 2005, transcorreram 11 (onze) dias. Dia 20 de dezembro de 2005, suspendeu-se o prazo, em face do recesso forense, retornando-se no dia 09 de janeiro de 2006. De 09 de janeiro de 2006 a 12 de janeiro de 2006 completou-se o prazo recursal, sendo 12 de janeiro de 2006 o *dies ad quem*. Como o recurso de apelação foi protocolado em 09 de janeiro de 2006, ele se encontra tempestivo.

Diante disso, afasto a preliminar aventada.

Passo agora à análise das deduções do apelante em suas razões recursais.

I - PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS E DO CERCEAMENTO DE DEFESA.

Alega o apelante cerceamento de defesa pelo fato de o juiz haver indeferido a oitiva de testemunhas em juízo, a produção de prova pericial, dentre outros requerimentos. Tratando-se de provas lícitas, requeridas tempestivamente, requer lhe seja resguardado o direito de produzir tais provas, cassando-se, por conseguinte, a r. sentença prolatada.

Em sede de contestação o apelante realmente requereu, dentre outras coisas, a realização de perícia no local do acidente, bem como a oitiva de testemunhas a serem oportunamente arroladas (fls. 90/97).

Para o apelante, o objetivo da perícia seria "*para constatar a existência de ondulações e depressões na pista de rolamento, bem como os efeitos de tais fatores,em conjunto com a água das chuvas, quanto à governabilidade de veículos vitimados pelo fenômeno denominado* aquaplane" (*sic* fl. 96, letra "b").

Ocorre que, durante a audiência de conciliação (fls. 202/204), o ilustre magistrado resolveu, por bem e acertadamente, indeferir tais requerimentos, ao argumento de que:

> "*a prova pericial requerida não alcança o objeto da defesa, pois à época o próprio Poder Público efetuou a perícia, que já está nos autos e tal perícia foi feita de forma isenta. A expedição de ofício para a*

Marinha do Brasil, HSBC Seguros, DETRAN/DF, CESB, IESB são desprovidas de fundamento para fins de sustentação da tese da defesa, pois independentemente do que for apurado externamente quanto às alegações da defesa e os respectivos ofícios requeridos, não há afastamento da responsabilidade civil decorrente do acidente, em face da teoria objetiva da culpa. No que se refere à juntada de documentos novos na forma do art. 397 do CPC, não vislumbro que existam, pois o fato pretérito já foi objeto de inquérito, esgotando a apuração, caso em que é desnecessário qualquer procedimento para juntada de novos documentos (...). Assim sendo, passei a examinar a necessidade das oitivas e não encontro nos autos vício no que declarou Wander da Cunha Melo às fl. 69/70verso, no dia 04/09/01, perante a autoridade policial competente. Consta afirmação do motorista "o veículo desgovernou", consta ainda "não sabendo se o condutor desse tentou frear" quando se referiu à vítima. Não há cerceamento de defesa quando o depoimento não está viciado e impugnado em seu conteúdo, ou seja, a prova é prestável para os fins colimados pela própria defesa, sendo desnecessário reproduzi-la. No que se refere ao Sr. José Ferreira dos Santos Neto, ajudante do caminhão dirigido pelo motorista Wander da Cunha Melo, o mesmo ocorre, não há vício em seu depoimento nem impugnação de seu conteúdo e pouco poderia o Sr. José Ferreira colaborar, porque consta em seu depoimento "que no momento do fato o depoente estava cochilando". No que se refere ao policial Luis Carlos, cujo nome está lançado à fl. 47, foi o próprio motorista Wander da Cunha Melo que afirmou "que uma viatura da Polícia Federal chegou ao local uns 15 minutos depois", o que revela cabalmente que o policial pouco pode esclarecer sobre a dinâmica do acidente, para lá se dirigiu o policial visando atender à ocorrência e lançou em seu registro de fls. 46/47 os levantamentos que fez no local. Assim sendo, para as testemunhas Wander, José Ferreira e Luis Carlos não há a menor necessidade de ouvi-las em audiência de instrução e julgamento, o que corresponde com o último termo do § 2º, do art. 331 do CPC. Entretanto, o d. patrono da defesa também registrou que pretende o depoimento pessoal dos autores. A autora Maria Teresa de Azevedo Briglia Ferreira foi a única pessoa

que estava presente no veículo Versalles no momento do acidente que vitimou o seu falecido marido. E no caso da mesma, verifico que ela prestou suas declarações à autoridade policial competente, conforme consta de fls. 49/50, não havendo vício no que ali restou narrado, tampouco impugnação de conteúdo. Há, nessa hipótese, a revelação clara de que seu depoimento pessoal é desnecessário. Os outros 3 autores, no caso o menor Heliton à época, pois já atingiu a maioridade civil, além de Adriana e Helter não estavam presentes no fato narrado na inicial, ou seja, não presenciaram o acidente em si, o que torna impossível apurar deles a real dinâmica do acidente e revela claramente que é desnecessária as oitivas deles também".

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

No caso em tela, foram ouvidas durante a fase inquisitorial: Maria Tereza de Azevedo Briglia Ferreira (viúva de Heli Batista Ferreira, envolvido no acidente fatal - fls. 49/50); José Ferreira dos Santos Neto (ajudante do caminhão conduzido por Wander) - fl. 70 e Wander da Cunha Neto (motorista da Elo Distribuição Ltda. envolvido no acidente).

Tanto o requerimento de oitiva das testemunhas em Juízo quanto a realização de outra perícia, a par de desnecessárias, certamente provocarão um retardo ainda maior na prestação jurisdicional. Com relação à prova pericial, vejo sua desnecessidade considerando, ainda, o local do acidente, o tempo decorrido e outros fatores, além do que a sua dinâmica (do acidente) encontra-se descrita em laudo oficial subscrito por dois peritos do Instituto de Criminalística de Minas Gerais, o qual se encontra acompanhado do croqui e de fotografias (fls. 51/64).

Noutra perspectiva, sabido e consabido que o juiz <u>*indeferirá a perícia quando*</u> "*III- a verificação for impraticável*" (art. 420, III, CPC), ou seja, deverá a prova pericial ser indeferida quando não puder ser executada e como sinalado, o local do acidente, o tempo decorrido e outros fatores, impedem a realização de perícia, fato este que apenas comprometeria a solução deste processo que tramita há mais de oito anos, fazendo-se ainda tábula rasa ao princípio da razoável tramitação do processo, hoje alçado a dogma constitucional.

Noutras palavras: conforme estabelecido pela Constituição Federal, na Emenda Constitucional nº 45/2004, são assegurados a razoável duração do processo

e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Assim e diante do fato de que a presente demanda já tramita há mais de oito anos sem que até hoje tenha se chegado ao fim e de que o feito se encontra suficientemente instruído, nada mais justo e perfeito que se proferir a sentença, evitando-se a produção de provas desnecessárias que somente se prestariam a atrasar a solução da controvérsia.

Aliás, a r. sentença combatida foi proferida em 17 de novembro de 2006, sendo que somente em 11 de janeiro de 2008 foi certificado o seu trânsito em julgado (fl. 375), verificando-se um lamentável retardamento na subida dos autos por conta de uma tentativa de execução provisória, inclusive com pretensão a constituição de capital, que demandou dezenas de atos processuais, sem nenhum resultado prático.

Enfim. Havendo provas suficientes para a formação justa e equânime da questão, correta é a decisão do magistrado quando indefere a produção de provas desnecessárias ao deslinde do feito.

Diante disso, não há que se falar em cerceamento de defesa a decisão que rejeita a produção de prova testemunhal, bem como a realização de novo laudo pericial, porquanto a realização de tais medidas mostram-se desnecessárias para o deslinde da causa.

Afasto, portanto, a preliminar, passando à análise do mérito do recurso:

Consta que no dia 13 de maio de 2001, por volta das 06h30min, a primeira autora, Sra. Maria Teresa de Azevedo Briglia Ferreira, viajava em companhia de seu marido Heli Batista Ferreira, vindo de Belo Horizonte em direção a Brasília, quando, no município de Curvelo-MG, sofreram um acidente na rodovia BR 040, Km 04238, em virtude do qual veio a falecer, no local, o seu esposo (da autora).

O veículo em que viajava o casal, Ford Versalhes, ano 1993, foi colidido com bastante violência pelo caminhão baú, de propriedade da requerida e que na ocasião era dirigido pelo motorista, seu empregado (da apelante), Wander da Cunha Melo.

De acordo com o apelante, "*Para que se impute a outrem a obrigação de indenizar é necessário que reste demonstrada a responsabilidade civil do agente causador do suposto ilícito*" (fl. 302), o que, segundo alega, não restou configurado nos autos.

Em primeiro lugar impende salientar que se aplicam ao caso dos autos as normas contidas no Código Civil revogado, porque era o diploma em vigor na época em que os fatos ocorreram: 13 de maio de 2001: *tempus regit actum*.

Nos termos do que dispunha o artigo 159 do Código Civil à época em vigor, "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*" (*sic*).

Por outro lado, o ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual, causando dano a alguém, criando, por conseguinte, ao causador do dano, o dever de repará-lo.

Igualmente, para a configuração do ato ilícito, necessária a presença de seus elementos essenciais, quais sejam: a) fato lesivo causado pelo agente, por ação ou omissão, em razão de um comportamento negligente, imprudente ou imperito; b) ocorrência de um dano, patrimonial ou moral, sendo que serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral, nos termos da Súmula 37 do C. STJ; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

A consequência do ato ilícito é a obrigação de indenizar, sendo ainda certo que são também "*responsáveis pela reparação civil*" *(...) "III- o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522)"* (*sic* art. 1.521, III, CC/02).

Examinando os autos, verifico que do conjunto probatório existente sobressai a constatação de que a culpa pela colisão foi, de fato, exclusiva do preposto do apelante na forma que ficou consignado no *decisum*.

Tanto a prova testemunhal quanto o laudo pericial elaborado logo após o acidente demonstram que Wander da Cunha Melo, empregado da apelante, não observou a diligência necessária para evitar a colisão.

José Ferreira dos Santos Neto, ajudante do caminhão conduzido por Wander da Cunha Melo, devidamente ouvido pela autoridade policial (fl. 70), declarou que "*o caminhão não estava carregado e descia uma região em linha reta; que chovia bastante, com muita água sobre a pista, que estava com defeitos, ondulações, muitos altos e baixos; que passando por uma dessas ondulações, o condutor do caminhão perdeu o controle da direção, vindo a deslizar diagonalmente à esquerda, momento em que passava por aquela via, em sentido contrário, um Versalles, não sabendo que velocidade desenvolvida; que o depoente somente se deu conta do fato quando ouviu o barulho da batida; que o caminhão ficou em posição final atravessado na pista, com a frente junto ao barranco à esquerda e o Versalles ficou em posição final um pouco abaixo do caminhão, dentro da devida mão, com a traseira voltada para o barranco (...) que o caminhão estava em velocidade não superior à 60 Km/h; que ele o responsável pelo acidente*".

Wander da Cunha Melo, condutor do veículo da empresa Elo Distribuidora, ao prestar esclarecimento acerca dos fatos (fl. 69), relatou que:

> *"o declarante fazia sentido Três Marias/Contagem e o Caminhão não estava carregado; que chovia bastante e estava em uma região em pista reta, porém em declive pouco acentuado, mas com muitas lombadas e depressões; que, como estava chovendo muito, formavam poças nas depressões, o que fazia com que o veículo perdesse a aderência; que o Caminhão estava a uma velocidade média de 60 Km/h, quando foi passar por uma dessas lombada, vindo o declarante a perder o controle da direção, quando o veículo desgovernou para a esquerda; que naquele momento já via à sua frente um veículo Ford Versalles, que fazia sentido contrário, não podendo falar que velocidade desenvolvia; que como o caminhão derrapou transversalmente, a sua lateral direita chocou-se contra a lateral esquerda do Versalles, não sabendo se o condutor deste tentou frear ou desviar antes de ocorrer o choque (...) que uma viatura da Polícia Federal chegou ao local uns 15 minutos depois".*

Maria Tereza de Azevedo Briglia Ferreira, viúva do condutor falecido no acidente, informou na delegacia de polícia (fl. 49) que "*a declarante que ocupava o banco dianteiro viu se aproximar um caminhão tipo baú, trafegando em direção oposta, e repentinamente o referido veículo alcançou a faixa contrária passando a se aproximar na mesma direção e em rota de colisão com o veículo que a declarante (sic). O marido da declarante na tentativa de evitar a colisão direcionou o veículo para o acostamento lateral direito, contudo o motorista do caminhão fez a mesma manobra atingindo frontalmente o carro que a declarante ocupava (...) Esclarece a declarante que seu marido não tinha por costume exceder o limite de velocidade prevista às vias e acredita que no momento do acidente imprimia velocidade de cerca de 70 Km/h. No momento e naquele local chovia estando a pista molhada, porém com visibilidade não comprometida*".

Consoante laudo nº 048/05/2001, elaborado pelo Instituto de Criminalística da Secretaria do Estado da Segurança Pública de Minas Gerais (fls. 51/64), que por si só seria suficiente para apontar a causa do acidente, "*a culpabilidade do evento está ligada à pessoa do condutor do veículo-02, Sr. Wander da Cunha Melo, que agiu com injustificada imprudência e negligência, sobretudo por trafegar pela rodovia com velocidade incompatível com o local e com as condições*

climáticas (chovia), a ponto de perder totalmente o domínio sobre o volante do mesmo, deixando que este atingisse a contra mão de direção, onde colidiu-se violentamente contra o veículo-01, que se encontrava transitando na faixa de sua mão direcional. Portanto, foi ele (condutor do veículo-02) o causador do grave acidente, ficando o condutor do veículo-01, eximido de culpa pelo ocorrido".

Portanto, em compasso com as anotações periciais que concluíram que a causa determinante da colisão foi o fato de preposto da recorrente trafegar pela rodovia, com velocidade incompatível com o local e com as condições climáticas, a ponto de perder o domínio do volante e invadir a faixa contrária, mostrando-se frágil e inconsistente qualquer argumento capaz de afastar a responsabilidade do motorista/empregado da apelante, haja vista que a causa primária e determinante do acidente, realmente, foi a falta de cautela devida na condução do veículo.

Restou, portanto, comprovada a culpa do condutor Wander da Cunha Melo, na modalidade de imprudência e negligência, devendo o patrão responder civilmente pela reparação civil, até porque o acidente ocorreu no exercício do trabalho do empregado.

É dizer ainda: comprovada a presença dos elementos essenciais do ato ilícito, deve a apelante arcar com os prejuízos sofridos pelas vítimas.

No que toca à condenação pelo ressarcimento a título de danos materiais, impende destacar que o seu ressarcimento será devido nos estritos limites dos orçamentos, gastos e despesas manifestamente comprovados nos autos.

Correto, pois, o ilustre juiz sentenciante quando, considerando a perda total do veículo conduzido pela vítima fatal, os custos com velório, enterro, medicamentos e tratamento hospitalar, fixou o valor de R$ 14.324,08 (quatorze mil, trezentos e vinte e quatro reais e oito centavos).

Quanto ao dano moral, este consiste na figura de lesionar o íntimo, o pessoal. É frustração, lesão à esfera sentimental do sujeito e cuja configuração independe de demonstração do prejuízo, bastando a prova do fato que deu ensejo ao resultado danoso à moral da vítima, e o consequente nexo de causalidade entre o evento ilícito e a lesão sofrida, até porque seria subestimar por demais o sentimento humano exigir-se a prova da dor e do sofrimento.

Não se olvida, por óbvio, que o sentimento de cada um é algo muito próprio, sem paradigma que sirva de base para considerações, cuja mensuração nos escapa. Contudo, certo é também que a ofensa moral atinge valores anímicos e íntimos da pessoa humana, penetrando na preservação de conceitos e sentimentos pessoais.

A concessão dos danos morais tem por escopo proporcionar ao lesado meios para aliviar sua angústia e sentimentos atingidos. No caso em tela, a perda de um ente querido, como esposo e pai, nas condições em que os fatos ocorreram, ensejam indenização por dano moral, que se traduz em uma forma de se amenizar a dor e o sofrimento pela perda precoce e irreparável do chefe de família, sendo ainda certo que se é verdade que não há como mensurar tal sofrimento, menos exato não é que a indenização pode vir a acalentar, tranquilizar, sossegar ou serenar a dor aguda.

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

Assim, ***"12. A indenização por dano moral não é um preço pelo padecimento da vítima ou de seu familiar, mas sim uma compensação parcial pela dor injusta, que lhe foi provocada, mecanismo que visa a minorar seu sofrimento, diante do drama psicológico de perda a qual foi submetida. 13. No dano moral por morte, a dor dos pais e filhos é presumida, sendo desnecessária fundamentação extensiva a respeito, cabendo ao réu fazer prova em sentido contrário, como na hipótese de distanciamento afetivo ou inimizade entre o falecido e aquele que postula indenização.*** *14. O montante indenizatório dos danos morais fixado pelas instâncias ordinárias está sujeito a excepcional controle pelo Superior Tribunal de Justiça, quando se revelar exorbitante ou irrisório. Precedentes. 15. Em entendimento conciliatório e de forma a refletir a jurisprudência firmada nesta Corte, o patamar indenizatório fixado pelas Instâncias Ordinárias, na espécie, merece ser reduzido para 600 (seiscentos) salários-mínimos, equivalentes a R$ 228.000,00 (duzentos e vinte e oito mil reais). 16. Ressalva do ponto de vista do Relator para quem, considerando a situação específica dos autos, está caracterizada a especial gravidade das consequências causadas em uma criança de tenra idade (3 anos), que se viu injustamente privada de crescer ao lado da companhia, cuidados, carinho e orientações de ambos os pais, de modo que se apresenta adequado e razoável o patamar indenizatório fixado pelo Juízo Sentenciante e mantido pelo Tribunal local (2.000 (dois mil) salários-mínimos), não havendo exorbitância apta a justificar a intervenção deste Superior, já que a família é a "base da sociedade" e deve merecer*

especial proteção do Estado (art. 226, "caput", *da Constituição Federal).* ***17. O termo inicial de incidência da correção monetária da indenização por danos morais é a data em que foi arbitrado o seu valor. Precedentes das Terceira e Quarta Turmas****. 18. Não importa sucumbência recíproca o decaimento de parte mínima, inexpressiva diante dos demais pedidos julgados procedentes. 19. Súmula 98/STJ: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório". 20. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido"* (in *REsp 866450 / RS RECURSO ESPECIAL 2006/0139197-3, Ministro HERMAN BENJAMIN (1132), DJe 07/03/2008, sem negritos no original).*

Como bem registra o ilustre sentenciante "*a respeito do dano moral suportado pelos familiares é verificável pela condição extreme em que decorreu a morte do pai, preso entre ferragens, presenciado a mãe que o acompanhava no derradeiro momento (...). O sofrimento moral não é mensurável, aferível por dedução matemática. A dor da perda deve, nesse caso, ter agravado ou ao menos prejudicado a recuperação da paciente além de ter causado um sofrimento injusto de todos os familiares. A indenização pro dano moral, nesse sentido, serve para minorar os efeitos da perda, mas nunca conseguirá recompor definitivamente o dano*". (fl. 296).

Confira-se ainda:

> *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATROPELAMENTO E MORTE. VEÍCULO DA AERONÁUTICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO OU ABUSIVO. NÃO CONFIGURADO. 1. A modificação do quantum arbitrado a título de danos morais, em sede de recurso especial, somente é admitida na hipótese de fixação em valor irrisório ou abusivo, o que, consoante o demonstrado, não restou configurado no caso em espécie. Precedentes do STJ: REsp 860099/RJ, DJ 27.02.2008; AgRg no Ag 836.516/RJ, DJ 02.08.2007 e REsp 960.259/RJ, DJ 20.09.2007. 2. O Tribunal a quo, considerando a existência de nexo causal entre a conduta estatal (acidente de trânsito provocado por veículo de propriedade do Ministério da Aeronáutica, conduzido pelo Cabo Ricardo Oliveira de Freitas) e a morte do filho dos autores, manteve a condenação imposta à União, pelo juízo singular,*

quanto ao pagamento dos seguintes valores: "1- A título de danos materiais, desde a data do evento até o dia em que o de cujus *completaria 65 anos (11/11/1996 a 15/09/2002), pensão mensal no valor de R$ 151,00 (cento e cinquenta e um reais), devendo ser reajustada monetariamente na forma da Lei nº 6.899/81, além de juros moratórios legais, estes computados desde a citação; 2- A título de danos morais, a quantia de R$ 15.100,00 (quinze mil e cem reais), a qual deverá ser corrigida monetariamente, na forma da Lei nº 6.899/81, além de juros moratórios legais, estes computados desde a citação; 3- também a título de danos materiais, a quantia de R$ 41.68 (quarenta e um reais e sessenta e oito centavos), referentes às despesas com o funeral, devidamente corrigida na forma supra desde 13/11/96, data dos recibos que constam dos autos, além de juros moratórios legais, estes computados desde a citação." (fl. 145) 3. Deveras, as análise das especificidades do caso concreto e dos parâmetros adotados por esta Corte, no exame de hipóteses análogas, não revela exorbitância dos valores arbitrados a título de indenização por danos materiais e morais. 4. Agravo Regimental desprovido"* (in *AgRg no REsp 1137296 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0081080-0 Ministro LUIZ FUX (1122), DJe 02/02/2010).*

"... A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NÃO TEM, CONSOANTE A DOUTRINA, CARÁTER TIPICAMENTE INDENIZATÓRIO, DE MOLDE A QUE SE ESTABELEÇA EXATA CORRESPONDÊNCIA ENTRE A OFENSA E O QUANTUM DEFERIDO PELA OCORRÊNCIA DESTA, ATÉ PORQUE A DOR ÍNTIMA NÃO TEM PREÇO, NEM PODE CONSTITUIR FATOR DE ENRIQUECIMENTO. 02. "O VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVE SER ARBITRADO COM RAZOABILIDADE, COM OBSERVÂNCIA DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DO OFENSOR E DA VÍTIMA." (APC 2000.01.1.10.011166-0)..." (APC 2004.0110794300 - DF, 5ª Turma Cível, Rel.: ROMEU GONZAGA NEIVA, DJU: 01/09/2008, pág. 100)"

No ponto, razão assiste ao ilustre patrono da apelante quando ao afirmar que *"Os Tribunais, em perfeita harmonia com a doutrina, vêm decidindo que a fixação do quantum da indenização por dano moral deve ser feita com critérios e com moderações, evitando-se, destarte, o enriquecimento injustificado da vítima ou a ruína do culpado"* (*sic* fl. 313).

Do exposto, fixo a indenização por danos morais à viúva Maria Teresa de Azevedo Briglia Ferreira, em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e para cada um dos filhos Heliton Sabino Briglia Ferreira, Adriana Briglia Ferreira e Helton Rondinelli Briglia Ferreira, em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), ficando ainda registrado que o termo inicial da correção monetária, tratando-se de indenização por danos morais, é a data em que foi arbitrado o seu valor definitivo, ou seja, a data deste julgamento, independentemente da publicação do acórdão.

Com relação à pensão fixada, impende considerar, em primeiro lugar, que o dever de indenizar encontra-se previsto na regra hospedada no art. 1.537 do Código Civil revogado, in extenso:

> *"Art. 1.537. A indenização, no caso de homicídio consiste:*
> *I- no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;*
> *II- na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia".*

Logo, se ocorrer homicídio por ato doloso ou culposo, deve o causador ser condenado a pagar, também, prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto as devia.

O *de cujus* era militar da ativa: Capitão de Fragata da Marinha do Brasil; a viúva, de prendas domésticas e os filhos Heliton Sabino Briglia Ferreira, Adriana Briglia Ferreira e Helton Rondinelli Briglia Ferreira, à época eram estudantes *e "por serem estudantes viviam em companhia dos pais, conforme demonstram os documentos expedidos pelo setor competente do Ministério da Marinha, e os 2 contratos de prestação de serviços educacionais firmados com o Centro de Educação Superior de Brasília (IESB), em favor de seus filhos Heliton Sabino Briglia Ferreira e Helter Rondineli B. Ferreira, ..."* (*sic* fl. 9), estando de fato tal situação de dependência devidamente comprovada nos autos (fl. 44).

De outra banda, uma vez mais razão assiste ao douto patrono da apelante, quando salienta, *in verbis*:

> *"Condenou ainda o i. condutor do feito, a Apelante ao pagamento de pensão à viúva no importe de 15 salários mínimos até a data que o falecido estive completado 65 anos e ainda a dois salários-mínimos para cada filho até que atinjam a idade limite.*
> *Ora, de comezinha sabença que a pensão fixada nos casos de morte (não restou comprovada a culpa da Apelante), deve ser fixada em 2/3 do salário-mínimo, quando não comprovado a remuneração do falecido, e de 2/3 do seu salário quando comprovado. A jurisprudência assim entende, tendo em vista que se presume que o falecido gastaria 1/3 do que ganha, em próprio consumo.*
> *Dessa forma, temos que conforme o documento acostado pela própria Apelada (fls. 42), que o rendimento do* de cujus *era de R$ 4.164,44 (quatro mil, cento sessenta e quatro reais e quarenta e quatro centavos). Pois bem, entendendo o juízo pelo pagamento de pensão aos herdeiros, a Apelante deve ser condenada em 2/3 deste valor o que resulta um total de R$ 2.276,30 aproximadamente 9 (nove) salários-mínimos e não 21 (vinte) como na sentença (15 para a viúva e 6 salários, visto que condenou em 2 salários para cada um dos três filhos restantes" (sic fl. 315).*

Aliás, este é o entendimento predominante no C. STJ, *verbis*:

> ***"DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VALOR DA PENSÃO PARA A FAMÍLIA. PENSIONAMENTO A VIÚVA A VÍTIMA DE ACIDENTE FATAL. REMARIDAÇÃO. O valor da pensão para a viúva e os filhos da vítima deve corresponder, pelas peculiaridades da espécie, a 2/3 (dois terços) dos rendimentos desta, presumindo-se que o restante se destinava para despesas estritamente pessoais da vítima, e não da família. A pensão prestada à viúva pelos danos materiais decorrentes da morte de seu marido não termina em face da remaridação, tanto porque o casamento não constitui nenhuma garantia da cessação das necessidades da viúva alimentanda, quanto porque o prevalecimento da tese oposta importa na criação de obstáculo para que a viúva venha a contrair novas núpcias, contrariando o interesse social que estimula***

> ***que as relações entre homem e mulher sejam estabilizadas com o vínculo matrimonial. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (in REsp 100927 / RS RECURSO ESPECIAL 1996/0043627-4, DJ 15/10/2001 p. 265).***

Neste caso, deve a prestação alimentar, devida à viúva e aos filhos, corresponder a 2/3 (dois terços) dos rendimentos da vítima, diante da compreensão de que 1/3 (um terço) destinava-se às suas despesas pessoais, sendo ainda certo que o pensionamento deve corresponder à data do fato (13 de maio de 2001) estendendo-se até a em que o finado completaria 65 (sessenta e cinco) anos, ou seja, deve a pensão ser paga até o dia 27 de maio de 2.012 (fls. 33 e 38).

Quanto aos filhos, o pensionamento deve se estender até que os mesmos atinjam a idade de 21 (vinte e um) anos de idade ou 24 (vinte e quatro) anos, no caso de estarem cursando universidade, observando-se a data de nascimento de cada um deles: Helter Rondineli Briglia Ferreira, nascido aos 3 de dezembro de 1.978 (fl. 34); Heliton Sabino Briglia Ferreira, nascido aos 8 de fevereiro de 1.982 (fl. 35) e Adriana Briglia Ferreira, aos 27 de janeiro de 1.975 (fl. 36).

Fica estabelecido, ainda, que cessada a obrigação de prestar alimentos quanto aos filhos, deve a respectiva parcela se reverter em favor da viúva, na esteira do seguinte julgado, daquela Corte Superior de Justiça, *ipsis litteris*:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - REITERAÇÃO DE RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM FACE DO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO APÓS APRESENTAÇÃO DO APELO NOBRE CONTRA ACÓRDÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE - INCIDÊNCIA - ACIDENTE DE TRÂNSITO COM MORTE - VIÚVA DA VÍTIMA - DIREITO DE ACRESCER A PARCELA DOS FILHOS QUANDO ESTES DEIXAREM DE RECEBER A PENSÃO - VALIDADE - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO" (in AgRg nos EDcl no Ag 1112349 / DF AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO*

2008/0242992-8, Ministro MASSAMI UYEDA (1129), DJe 02/10/2009).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para condenar a apelante ELO DISTRIBUIÇÃO LTDA. a pagar aos autores: a) danos materiais no valor de R$ R$ 14.324,08 (quatorze mil, trezentos e vinte e quatro reais e oito centavos); b) R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de danos morais, para a viúva Maria Teresa de Azevedo Briglia Ferreira; c) R$ 15.000,00 (quinze mil reais), também a título de danos morais, para cada um dos filhos Heliton Sabino Briglia Ferreira, Adriana Briglia Ferreira e Helton Rondinelli Briglia Ferreira; c) pensão mensal correspondente a 2/3 (dois terços) da remuneração percebida pelo *de cujus*, da data dos fatos (13 de maio de 2001) à em que o mesmo completaria 65 (sessenta e cinco anos), ou seja, até 27 de maio de 2.012, ficando ainda assentado que com a cessação do pensionamento aos filhos, respectiva importância será revertida em favor da viúva.

Para que não haja dúvida futura, quando da elaboração do cálculo, fica consignado que o termo inicial da correção monetária relativa aos danos morais é a data deste julgamento, independentemente da publicação do acórdão.

Necessária a constituição de capital ou caução fidejussória, uma vez que "Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado" (Súmula 313/STJ).

Pagará a apelante as custas e os honorários devidos à parte contrária, no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, sendo que o cálculo da verba honorária é feito sobre o somatório de todas as prestações vencidas, incluindo o valor fixado a título de danos morais, não havendo o acréscimo de doze prestações das vincendas, porque, no particular, não houve recurso dos apelados não se podendo, portanto,se reformar para piorar a situação de quem recorre.

É como voto.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Revisor) - Reputo presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de recurso interposto pelo réu contra a sentença (fls. 289/297) que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na ação ordinária com pedido de indenização, condenado a apelante ao pagamento de danos materiais,

pensão à viúva no importe de 15 (quinze) salários-mínimos, a serem pagos até que o *de cujus* completasse 65 anos de idade, e pensão aos filhos, além de danos morais no importe de R$ 120.000,00 à viúva e R$ 60.000,00 para cada um dos filhos.

Pugna o apelante, em suma, pela cassação da r. sentença por cerceamento de defesa e nulidade de provas e, subsidiariamente, a redução do valor fixado na condenação por danos morais, bem como no valor da condenação das pensões.

Em contrarrazões, a apelada, preliminarmente, suscita a intempestividade do recurso, requerendo, no mérito, pela manutenção da r. sentença.

Passo a análise das preliminares.

- Da preliminar de intempestividade

Fácil concluir, pela leitura dos autos, que o recurso interposto se encontra tempestivo. Vejamos.

A r. sentença foi proferida em 17 de novembro de 2005, tendo sido publicada em 25 de novembro de 2005 (fls. 299). Ocorre que, em virtude da ausência do nome de um dos procuradores da parte requerida na publicação, houve, em 07 de dezembro de 2005, a republicação da r. sentença (fls. 300), portanto, tendo inicio a contagem do prazo no dia 09 de dezembro de 2005, pois dia 08 foi feriado.

No dia 20 de dezembro de 2005, passados, portanto, 11 dias da contagem do prazo, este foi suspenso em virtude do recesso forense, retornando-se no dia 09 de janeiro de 2006. Assim, o prazo recursal iria se completar no dia 12 de janeiro de 2006, porém, a apelação foi interposta no dia 09 de janeiro de 2006, assim, tempestiva.

Desta forma, rejeito a preliminar suscitada pela apelada.

- Da preliminar de cerceamento de defesa e de nulidade das provas produzidas.

Constata-se que ao indeferir os requerimentos perpetrados pelo apelante, o sentenciante bem fundamentou sua decisão, sendo que várias testemunhas já haviam sido ouvidas e mostrando-se, de fato, desnecessária a produção de novo laudo pericial, visto que consta dos autos laudo oficial subscrito por dois peritos do Instituto de Criminalística de Minas Gerais (fls. 51/64)

Lado outro, não merece maiores considerações a alegação do apelante de que as provas produzidas são viciadas e nulas, pois, resta evidente pela leitura dos autos, que o processo teve seu regular trâmite, obedecendo ao contraditório e ampla defesa, bem como aos demais princípios norteadores do devido processo legal.

Portanto, rejeito as preliminares.

No **mérito** requer o apelante, em síntese, a diminuição dos valores arbitrados a título de danos morais, bem como do *quantum* fixado no que tange as pensões.

Primeiramente, é de se destacar que o fato ocorreu em 13 de maio de 2001, razão pela qual a análise dos autos deve ser feita à luz do Código Civil revogado.

Da leitura do processo, verifica-se que o conjunto probatório trilhou para, de fato, imputar culpa pela colisão ao preposto da empresa. Em especial, o laudo pericial elaborado pelo Instituto de Criminalística da Secretaria do Estado da Segurança Pública de Minas Gerais, juntado às fls. 51/64, é prova cabal que aponta a causa do acidente, sendo ali registrado, que o causador do evento trágico, como dito, foi o preposto da empresa.

Neste sentido, previa o CC em seu art. 159:

> *"art. 159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."*

Portanto, a obrigação de indenizar funda-se no ato ilícito, sendo os seus elementos constitutivos: o fato lesivo causado pelo agente; ação ou omissão, advinda de um comportamento negligente, imprudente ou imperito; ocorrência de dano; e nexo de causalidade entre dano e comportamento.

Portanto, como dito acima, mais que demonstrado nos autos que a culpa do acidente se deu pelo preposto da apelante, na modalidade imprudência e negligencia, caracterizando-se, assim, o ato ilícito.

Portanto, correta a condenação do apelante.

Quanto aos danos morais, tem-se que a integridade psicológica da família foi frontalmente atingida pela ausência do marido e, também pai, de maneira tão abrupta e trágica.

É importante ressaltar que, para fins de reparação do dano moral, é desnecessária a demonstração da dor espiritual experimentada.

Com efeito, a Doutrina e a Jurisprudência demonstram que o prejuízo imaterial é uma decorrência natural da violação ao direito da personalidade ou da prática do ato ilícito, sendo que, na hipótese vertente, o dano moral prescinde da comprovação de violação ao direito da personalidade e da prática de ato ilícito.

Consoante entendimento esposado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, o dano moral é *in re ipsa*, por ser uma consequência jurídica que se opera independentemente de prova do prejuízo, face à dificuldade de se comprovarem, processualmente, as alterações anímicas com a dor, a frustração, a humilhação, o sofrimento, a angústia, a tristeza, entre outras.

Consoante Washington de Barros Monteiro, "*a teoria da responsabilidade civil visa o restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social, por meio da reparação de Danos Morais e Materiais oriundos da ação lesiva a interesse alheio, único de cumprir-se a própria finalidade do direito, que é viabilizar a vida em sociedade, dentro do conhecimento ditame de* neminem laedere".[1]

Assim, infere-se que, caracterizada a responsabilidade civil do apelante, afigura-se escorreito o reconhecimento aos apelados do direito à indenização por dano moral.

A corroborar com esse entendimento:

> *ACIDENTE DE TRÂNSITO - MORTE DE MENOR INDENIZAÇÃO. Em se tratando de morte de filho menor, cabível a indenização por danos materiais e morais, nos termos da Súmula 491 do Pretório Excelso. (19990110668956), ASDRUBAL NASCIMENTO LIMA, 5ª Turma Cível, julgado em 09/08/2004, DJ 31/03/2005, p. 82).*

Diante do reconhecimento do dano moral, é de se verificar o *quantum* indenizatório.

Como é cediço, a indenização por danos morais possui três finalidades, quais sejam: **1)** prestação pecuniária, como meio de compensação pelos respectivos constrangimentos, aborrecimentos, humilhações experimentados; **2)** punição para o ofensor e **3)** prevenção futura.

Todavia, vislumbra-se que essa verba indenizatória não pode promover o enriquecimento ilícito da vítima.

Em caso análogo veja-se o entendimento desta Corte:

> *"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. NECESSIDADE. DANOS MORAIS. VALOR. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE.*

> *1. Comprovada a má prestação dos serviços, a seguradora deve arcar com o valor referente ao serviço não prestado.*
> ***2. O valor da indenização deve ser fixado considerando-se a lesão sofrida, a condição financeira do réu e caráter pedagógico e punitivo da medida, preponderando-se pela proporcionalidade e razoabilidade, evitando-se o enriquecimento sem causa do autor.***
> *3. Recurso conhecido de improvido" (2008.09.1.0141414ACJ, Relator Rafael ASIEL HENRIQUE, Primeira Turma Recursal dos Juizados Cíveis e Criminais do DF, julgado em 23.06.2009, DJ 27/07/2009, p. 207) (g.n)*

Ainda, em acórdão de minha relatoria:

> *"...A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NÃO TEM, CONSOANTE A DOUTRINA, CARÁTER TIPICAMENTE INDENIZATÓRIO, DE MOLDE A QUE SE ESTABELEÇA EXATA CORRESPONDÊNCIA ENTRE A OFENSA E O QUANTUM DEFERIDO PELA OCORRÊNCIA DESTA, ATÉ PORQUE A DOR ÍNTIMA NÃO TEM PREÇO, NEM PODE CONSTITUIR FATOR DE ENRIQUECIMENTO. 02. "O VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVE SER ARBITRADO COM RAZOABILIDADE, COM OBSERVÂNCIA DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DO OFENSOR E DA VÍTIMA." (APC 2000.01.1.10.011166-0)..." (APC 2004.0110794300 - DF, 5ª Turma Cível, Rel.: ROMEU GONZAGA NEIVA, DJU: 01/09/2008, pág. 100)"*

Constata-se que a MMª. Juíza de 1º Grau fixou a indenização em R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), em razão dos danos morais, para a viúva e, em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), para cada um dos filhos.

A toda evidência, averigua-se que o valor da indenização não se mostra razoável nos termos em que fixada.

Assim, com base nos critérios acima expostos, fixo a indenização por danos morais à viúva, Maria Teresa de Azevedo Briglia Ferreira, em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e para cada filho, em R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Por fim, no que tange ao valor da pensão fixada, de fato correto o entendimento apresentado pelo apelante, pois resta pacificado que em casos que tais, a pensão será deferida na fração de 2/3 do salário percebido (ou o salário-mínimo caso não exerça trabalho remunerado), até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco), diante da dedução de que 1/3 era destinado às suas despesas pessoais.

Do exposto, **dou parcial provimento** ao apelo para fixar o valor da indenização a titulo de morais em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), para a viúva e, em R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada filho, fixando, ainda, a pensão mensal correspondente em 2/3 (dois terços) do salário líquido que percebia o *de cujus* da data dos fatos até a data em que o mesmo completaria 65 (sessenta e cinco anos).

É o voto.

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

DECISÃO

Conhecer. Rejeitar preliminar. Dar parcial provimento. Unânime.

Notas

[1] *Monteiro, Washington de Barros, 1910-199 - curso de Direito Civil: direito das obrigações, volume 5, 2ª parte-34. Ed. Rev.*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011015294-3

Apelantes - Jorge Antonio de Oliveira e outros
Apelados - Carla Bueno Gonzales Pena e outros
Relator - Des. Arnoldo Camanho de Assis
Quarta Turma Cível

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. TRANSFERÊNCIA INTEGRAL DE QUOTAS DE SOCIEDADE COMERCIAL. ASSUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE PESSOAL PELAS DÍVIDAS PRETÉRITAS. LEGITIMIDADE ATIVA DOS NOVOS SÓCIOS PARA COBRAREM DOS ANTIGOS SÓCIOS OS VALORES CORRESPONDENTES AOS DÉBITOS QUE HERDARAM DA PESSOA JURÍDICA. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DE UM DOS SÓCIOS PREVISTA NO CONTRATO SOCIAL. DISPOSIÇÃO CONTRATUAL POSTERIOR EM SENTIDO CONTRÁRIO. PEDIDO DE EXCLUSÃO DE PARTE DOS CRÉDITOS COBRADOS APRESENTADO EM GRAU RECURSAL. ALEGAÇÃO NÃO FORMULADA NA CONTESTAÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. Se os antigos sócios, ao transferirem integralmente as cotas da sociedade empresária, assumiram a obrigação de arcar com as dívidas da pessoa jurídica existentes até a data da cessão, os novos sócios possuem legitimidade ativa para cobrar daqueles os valores referentes aos débitos transmitidos, ainda que estes tenham sido posteriormente quitados por terceiros.

2. A cláusula originariamente prevista no contrato social que limitava a responsabilidade de um dos sócios a certo montante do capital social, não se opõe à alteração posterior, por meio da qual este se retirou da sociedade, assumindo, juntamente com a outra sócia, responsabilidade solidária por todos os débitos pretéritos da pessoa jurídica.

3. Segundo o princípio da eventualidade, consubstanciado no art. 300, do CPC, o réu tem o ônus de apresentar, na ocasião da contestação, toda a matéria de defesa, sendo-lhe defeso formular, nas razões recursais, novas alegações, que poderiam ter sido articuladas na peça de defesa, sob pena de preclusão.
4. Preliminar rejeitada. Apelos improvidos.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Arnoldo Camanho de Assis - Relator, Antoninho Lopes - Revisor, Cruz Macedo - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Fernando Habibe, em proferir a seguinte decisão: negar provimento aos recursos, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

Des. Arnoldo Camanho de Assis (Relator) - O relatório é, em parte, o constante da sentença recorrida, *verbis*:

> "*Trata-se de Ação de Cobrança proposta por CARLA BUENO GONZALES PENA e ROBERTA GONZALES PENA contra JORGE ANTÔNIO DE OLIVEIRA e ESPÓLIO DE MARIA DE FÁTIMA MOREIRA, partes qualificadas, onde alegam, em síntese, que adquiriram dos réus as quotas societárias da empresa LUT - LANTERNAGEM E PINTURA LTDA. - ME, em 15/09/02, porém no processo de alienação foram omitidas informações sobre débitos existentes em nome da empresa. Declaram que mediante a Alteração Contratual n. 03, em sua Cláusula Sexta, os réus obrigaram-se a assumir todo o ativo e o passivo da empresa, desde sua constituição até o momento da venda às autoras, especialmente em relação aos débitos trabalhistas - salários, reclamações trabalhistas, INSS, FGTS, rescisões contratuais, Receita Federal, bancos*

etc. - , contudo, os réus omitiram os débitos existentes em nome da sociedade, especialmente junto aos Cartórios de Protesto, fornecedores, ISS, financeira, INSS, Receita Federal, FGTS, cheques endossados pela empresa e outras, todos pormenorizados na petição inicial no valor de R$ 58.413,34 (cinquenta e oito mil, quatrocentos e treze reais e trinta e quatro centavos). Argumentam que o fato lhes vem causando sérios transtornos porque são comerciantes, dependentes de crédito na praça, e a inclusão do nome da empresa em cadastros de inadimplentes fere sua honra e lhes inviabiliza a atividade laboral.

Requerem a condenação dos réus ao pagamento da quantia supra mencionada, legalmente corrigida, acrescida das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Citado, O ESPÓLIO DE MARIA DE FÁTIMA MOREIRA, na pessoa de seu inventariante, senhor JOSÉ ALVES MOREIRA, apresentou sua contestação, onde alegou, em síntese, que a sociedade era administrada por Francisco de Assis Moreira, antigo 'representante' do espólio, que detinha poderes para representar e gerir a empresa LUT LANTERNAGEM E PINTURA LTDA., sendo que no quadro societário figurava sua genitora Maria de Fátima Moreira e seu amigo Jorge Antônio de Oliveira em razão de ser militar da ativa o que o impede de participar do quadro societário da LUT; que para viabilizar a expansão e as atividades da empresa seus antigos sócios firmaram Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda, com o GDF, para aquisição do lote 2, da Quadra 3, conjunto A, no Desenvolvimento Econômico M Norte, em Taguatinga, e por necessitar de recursos financeiros para terminar a obra já iniciada contratou um empréstimo no valor de R$ 29.035,76, para pagar em 60 meses, com José Pena Vasquez, com quem descontava os cheques recebidos de seus clientes, pagando juros de 10 a 20% ao mês; que ficou ajustado entre as partes a formalização de um contrato para a formalização do negócio, prontamente aceito, onde as cotas societárias foram dadas em garantia, oportunidade em que as cotas foram transferidas para o nome das netas do mutuante, Sr. José Penas tendo, ora autora, com a preferência de recompra por parte dos seus antigos sócios, exclusivamente

após o pagamento das 60 parcelas de R$ 1.000,00; que seis meses antes do vencimento da primeira parcela, isso em 15/8/02, houve a referida transferência sem anuência dos antigos sócios.

Entende a ré que houve indução a erro e configurou-se vício de consentimento, e que houve quebra do princípio da boa fé, foram assinados documentos transferindo todo o patrimônio construído durante anos às novas sócias. Ciente do engodo representou criminalmente contra as partes envolvidas na formulação do contrato em comento.

Ao final, requer o reconhecimento da litigância de má-fé das autoras, conforme o disposto no art. 16 do CPC, e o julgamento pela improcedência dos pedidos formulados na inicial, além da condenação das autoras ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Devidamente citado, o primeiro réu contestou. Traz argumentação similar ao exposto na contestação do segundo réu, contudo, esclarece de forma detalhada as condições do contrato firmado entre a empresa LUT e a pessoa de José Pena Vasquez. Acresce que Maurício Romero Peixoto de Azevedo - OAB/DF 5618 - participou do processo de formulação do contrato em comento, e que juntamente com o senhor José Vasquez, é responsável pela fraude já aludida.

Impugna toda a cobrança que lhe é dirigida pelas autoras, isso porque sua responsabilidade assumida como cotista da empresa estava comprometida em apenas 0,02% do capital social.

Com relação aos recibos de quitação de cheques de terceiros resgatados junto à SIFRA FOMENTO MERCANTIL LTDA., descritos na inicial, declara que muitos deste foram apenas endossados pela empresa LUT devendo a cobrança dos mesmos ser realizada primeiramente a quem os emitiu, em respeito ao princípio de ordem legal, devendo os emitentes ser chamados à lide.

Com referência aos resgates dos cheques aludidos nos recibos de fls. 24, 26, 27, 29 e 30, estes foram procedidos pela pessoa de José Pena Vazques, o qual não compõe a presente lide, o que torna a cobrança ilegítima, bem assim quanto à cobrança alusiva aos recibos e às cártula de anexadas às folhas 76/91 e às promissórias anexadas às fls. 92/93.

Diz, ainda, que o débito fiscal noticiado e cobrado poderia ter sido parcelado em 60 (sessenta) vezes não havendo qualquer tentativa de negociação entre o ora réu e as autoras até o momento.
Assevera que não auferiu qualquer proveito econômico da empresa e que esta foi 'tomada' mediante ardil.
Requer, ao final: a) o julgamento pela improcedência dos pedidos formulados na inicial, o reconhecimento da litigância de má-fé com a aplicação das sanções legais e a condenação das autoras ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios; b) o chamamento ao processo das pessoas de FRANCISCO DE ASSIS MOREIRA e de sua genitora MARIA DE FÁTIMA MOREIRA; c) o envio de cópia dos autos ao Ministério Público e que seja oficiado à OAB/DF sobre a conduta infiel e anti-ética de ROMERO PEIXOTO DE AZEVEDO - OAB/DF 5618, com o fito de instauração de procedimento ético disciplinar contra sua pessoa.
Instadas, as partes manifestaram-se sobre o pedido de assistência formulado por FRANCISCO DE ASSIS MOREIRA.
Houve réplica, onde, em síntese, as autoras afirmam que os réus apenas procuram procrastinar o desfecho da lide.
Foi deferida a inclusão na lide de Francisco de Assis Moreira, e foi deferida a realização da prova oral.
O feito foi suspenso a pedido dos litigantes, quando da realização da audiência de instrução e julgamento, pedido renovado por várias vezes pelas partes, até que houve a comunicação da não realização do acordo, quando então foi realizada audiência de instrução e julgamento".

Acrescente-se que o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido formulado na inicial.

Irresignados, os réus apelaram.

O primeiro réu pugna, preliminarmente, pela extinção do processo sem julgamento do mérito, por ilegitimidade ativa das autoras, sob o argumento de que as dívidas da empresa foram pagas pelo avô de ambas, ou pela própria pessoa jurídica, não havendo provas de qualquer sub-rogação em favor das requerentes. No mérito, pugna pela reforma da sentença para que se limite sua responsabilidade

para 0,02% do capital social, consoante estabelecido no contrato social, bem como para que se exclua da condenação valores cobrados referentes a dívidas posteriores à sua retirada do contrato social.

O segundo réu também pugna pela extinção do processo sem julgamento do mérito, por ilegitimidade ativa das autoras, reproduzindo os argumentos apresentados pelo primeiro recorrente.

Embora devidamente intimadas, as apeladas não apresentaram contrarrazões.

É o relatório.

VOTOS

Des. Arnoldo Camanho de Assis (Relator) - Como se observa do relatório, a alegação de ilegitimidade ativa é preliminar no recurso do réu Jorge Antônio de Oliveira e o próprio mérito no recurso do espólio de Maria de Fátima Almeida. Assim, os recursos serão analisados conjuntamente, quanto a esse ponto.

Os apelantes não têm razão ao alegar a ilegitimidade ativa das autoras.

Como se observa da cláusula 6.1, da Alteração Contratual n.º 03 (fls. 14/16), os recorrentes, ao cederem as quotas da sociedade para as apeladas e retirarem-se da pessoa jurídica, assumiram a obrigação de pagar a estas eventuais débitos existentes em nome da sociedade empresária até a data da transferência. O fato de a própria pessoa jurídica e o avô das apelantes terem pago as dívidas pretéritas da primeira, não significa que se sub-rogaram no direito de crédito das recorridas em relação aos recorrentes. A sub-rogação transfere àquele que paga a dívida os direitos que o credor originário tinha em relação ao devedor. Portanto, no caso dos autos, o avô das apeladas, ao pagar as dívidas da sociedade comercial, sub-rogou-se nos direitos que eram dos antigos credores da sociedade comercial, e não nos direitos creditícios que as apeladas têm em face dos apelantes, que são oriundos de uma relação jurídica obrigacional autônoma, independente da primeira.

Portanto, ainda que a própria pessoa jurídica ou terceiro tenham pagado os débitos da primeira, subsiste a obrigação pessoal assumida pelos apelantes de garantir às apeladas a transferência das quotas da sociedade sem dívidas, de modo que estas têm legitimidade ativa para exigir que os recorrentes lhes paguem os valores correspondentes aos débitos pretéritos da pessoa jurídica.

Por essas razões, o recurso do espólio de Maria de Fátima Almeida deve ser improvido e a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada no apelo de Jorge Antônio de Oliveira, rejeitada.

No mérito, não assiste melhor sorte ao apelante Jorge Antônio de Oliveira.

No tocante à alegação de que sua responsabilidade era limitada pelo contrato social ao montante de 0,02% do capital social, não lhe assiste razão.

Essa cláusula do contrato social, por óbvio, não se opõe à obrigação pessoal que o apelante assumiu, posteriormente, por meio de contrato (fls. 14/16), assinado por livre e espontânea vontade, sem qualquer vício de consentimento.

Por fim, a alegação do recorrente de que as autoras estão cobrando dívidas posteriores à data da cessão das quotas sociais, não merece prosperar. Isso porque, segundo o princípio da eventualidade, positivado no art. 300, do CPC, incumbe ao réu o ônus de apresentar, por ocasião da contestação, toda a matéria de defesa, com os fundamentos de fato e de direito com que impugna os termos da petição inicial. Entretanto, analisando as contestações de ambos os demandados, é possível observar que em nenhum momento questionaram a validade da cobrança dos valores consubstanciados nos cheques de fls. 76, 77, 78, 79, 80 e 81, e na nota promissória de fls. 91, tendo sido essas alegações formuladas apenas nas razões do apelo do demandado Jorge Antônio de Oliveira. Por essas razões, como os fatos alegados na apelação já eram do conhecimento dos demandados na ocasião de suas contestações e como não se trata de matéria que pode ser conhecida de ofício ou a qualquer tempo, conclui-se que houve preclusão consumativa quanto a essa matéria de defesa. Nesse sentido, confiram-se os seguintes arestos deste egrégio Tribunal de Justiça:

> *"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DA DEMANDA (*TANTUM DEVOLUTUM QUATUM APPELLATUM*). PEDIDO EM SEDE RECURSAL. INOVAÇÃO PROCESSUAL. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *1. Ressalvado o disposto nos arts. 294, 303 e 517 do CPC, cumpre às partes suscitar na petição inicial e na contestação todos os argumentos que pretendem sejam objeto de apreciação judicial. Não lhes é, pois, permitido inovar a lide em sede de recurso de apelação, sob pena de supressão de Instância.*

2. Suficiente não fosse, quando requereu o réu, na 'contestação', fosse-lhe concedido prazo para desocupar o bem litigioso, acabou por concordar com o pedido inicial (CPC, art. 269, II). Em razão disto, não pode, agora, se insurgir contra a sentença, inaugurando outra fase defensiva. Nesse caso, operou-se a preclusão lógica.
3. Recurso não conhecido"
(20080110687712APC, Relator WALDIR LEÔNCIO C. LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, julgado em 14/04/2010, DJ 07/05/2010 p. 77).

"RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO NA TRASEIRA. CULPA PRESUMIDA. PRECLUSÃO.
1. Presume-se a culpa do condutor que, seguindo atrás, sem manter a distância recomendada, colide o seu veículo com a traseira do que segue à frente, no momento que esse, em faixa de pedestres, para, por haver pedestre que estava para iniciar a travessia.
2. Segundo o princípio da eventualidade, compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, pena de preclusão (CPC, art. 300).
3. Apelação não provida" (20050110465319APC, Relator JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, julgado em 14/10/2009, DJ 21/10/2009 p. 169).

"ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE PURGAÇÃO DA MORA. ABUSIVIDADE CONTRATUAL. PRECLUSÃO. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. IMPOSSIBILIDADE.
1. Não há cerceamento de defesa, quando, oportunizado à ré/apelante o deposito judicial dos valores que entende devidos, esta quedou-se inerte.
2. No tocante à alegação de abusividade de cláusulas contratuais operou-se a preclusão consumativa, pois na contestação a ré não enfrentou o tema, que somente foi abordado em petição juntada posteriormente (CPC 300 e 303).

> *3. Resolvido o contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária, o veículo apreendido deve ser vendido para quitação do saldo devedor, devolvendo-se à devedora eventual saldo remanescente, e não todas as parcelas pagas (CDC 53, Decreto-Lei 911/69, 2º CC/2002 1.364 e 1.365).*
> *4. Deu-se parcial provimento ao apelo da ré" (20040610060014APC, Relator SÉRGIO ROCHA, 4ª Turma Cível, julgado em 12/09/2007, DJ 11/10/2007 p. 164).*

Em acréscimo à argumentação apresentada acima, roga-se venia para adotar como razões de decidir, os precisos fundamentos da sentença resistida, *verbis*:

> *"Buscam as autoras a condenação dos réus ao pagamento do valor da importância de R$ 58.413,34 (cinqüenta e oito mil, quatrocentos e treze reais e trinta e quatro centavos), em decorrência de dívidas da empresa LUT - LANTERNAGEM E PINTURA LTDA. - ME, sob o fundamento de que as autoras adquiriram as cotas societárias da empresa, em 15/09/02, e que os sócios retirantes da sociedade assumiram o passivo da sociedade, porém, após a transferência foram as autoras obrigadas a pagar diversos débitos da referida empresa, tais como salários, condenações trabalhistas, INSS, FGTS, Receita Federal, fornecedores, bancos etc, tudo no referido valor. Os réus, por sua vez, afirmam que não houve venda da empresa, e sim a sua transferência após a realização de empréstimos feitos pelo avô das autoras para o término da construção do galpão da empresa, conforme faz prova o documento de fls. 134/137.*
> *A prova documental não deixa dúvidas de que a operação comercial realizado pela LUT LANTERNAGEM E PINTURA - ME, por meio dos réus com o avô das autoras consistiu no empréstimo no valor de R$ 59.600,00, ou para o PAGAMENTO DE SEU DÉBITO, conforme informado na cláusula quarta do documento referido (fls. 134/137).*
> *'Fica dada a opção ao promitente vendedor, de adquirir novamente o imóvel objeto da compra e venda, pelo valor de R$ 59.600,00 (Cinquenta e nove mil e seiscentos reais), após o prazo de 06 (seis meses), a contar da assinatura deste contrato, ressaltando que o*

valor acima, incidirá correção monetária, desde a data da assinatura deste contrato, até a data do início do pagamento, tudo calculado de acordo com a variação da média (....).'

Como garantia, a LUT, na qualidade de promitente vendedora, transferiu o imóvel denominado de lote nº 2, Quadra 3, conjunto A, Desenvolvimento Econômico M - Norte, em Taguatinga, que a LUT adquiriu junto à TERRACAP, e que fora transferido para o promitente comprador - JOSÉ PENA VAZQUEZ, avôs das autoras.

O depoimento do réu - JORGE ANTONIO DE OLIVEIRA (fl. 256) informa que ASSIS, filho da primeira ré, era quem geria a empresa, e que a LUT teve direito a adquirir o lote objeto da compra e venda, e que ASSIS não conseguiu concluir a construção, quando o Sr. Vasquez emprestou o dinheiro:

'que a empresa foi beneficiária de um lote junto ao PR0-DF; que Assis era quem geria a empresa de lanternagem e pintura, sendo que o depoente nunca tirou pró-labore (...); que José Pena Vasques propôs concluir a construção do galpão, que já estava em construção e ao final da construção, a empresa que pagava aluguel seria transferida para o imóvel e Assis pagaria a dívida feita com Vasques; que o Sr. Vasques construiu o galpão, pagou várias dívidas em nome da LUT e posteriormente transferiu a empresa para o nome de suas netas (...); que ao cabo da obra, quando Assis esperava mudar-se para o galpão construído, o Senhor Assis recebeu notificação para que deixasse a empresa; que Assis simplesmente deixou de pagar os débitos, pois a empresa já não estava em nome de sua falecida mãe e do depoente e também não tinha mais o terreno'.

Percebe-se, portanto, que o administrador a LUT, Sr. Francisco de Assis Moreira, o efetivo proprietário e administrador da oficina, que estava em nome de JORGE ANTONIO DE OLIVIERA e de sua genitora, já falecida, e que residia no Estado de MINAS GERAIS, efetivamente contratou com JOSÉ PENA VAZQUEZ, que assumiu a construção e, posteriormente, transferiu o imóvel e a empresa para o nome de suas netas, ora autoras. Fatos incontroversos.

Conforme redigida alteração contratual nº 3 da LUT - Lanternagem e Pintura LTDA. - ME houve a assunção do débito por parte

dos sócios retirantes, conforme cláusula sexta da ALTERAÇÃO CONTRATUAL de fl. 14/16, e, portanto, comprovado o débito, mister a responsabilização pelo pagamento pelos sócios retirantes.
Acontece que os réus afirmam que o negócio jurídico é anulável 'em razão do erro a que foram induzidos, eis que passaram todo o patrimônio que levaram anos para construir, sem receber em troca um centavo sequer...'.
Não obstante, não lhes assiste razão, eis que efetivamente contrataram com o avô das autoras, que concluiu a construção por ele iniciada, e efetivamente pagou vários débitos em nome da LUT, débitos anteriores à transferência.
Assim, apesar da sucessão de negócios jurídicos realizados: empréstimos, contrato de promessa de compra e venda, empréstimo para construção do galpão e a transferência das cotas societárias, porém, o único objetivo do mutuante (José Pena Vasquez) foi obter para si o terreno e o galpão.
Todavia, não há pedido formulado por parte de quem de direito para obter a anulação da transferência da empresa e do imóvel, especialmente porque não negam os réus o débito para com o Sr. VASQUEZ.
O pedido das autoras deverá ser conhecido, isso porque houve o pagamento dos débitos da LUT pelas administradoras da empresa, e os antigos sócios retirantes da sociedade expressamente assumiram a obrigação de pagar as dívidas existentes anteriores à transferência, que sequer foram negadas ou impugnadas".

Ante o exposto, nego provimento ao recurso do Espólio de Fátima Maria Moreira. No tocante ao recurso de Jorge Antônio de Oliveira, rejeito a preliminar suscitada e, no mérito, nego-lhe provimento.

Des. Antoninho Lopes (Revisor) - Com o Relator

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

DECISÃO

Negar provimento aos recursos, unânime.

———— • ————

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004011076363-4

Apelante- INSS - Instituto Nacional do Seguro Social
Apelado - Elias Pedro dos Santos
Relator - Des. Lécio Resende
Primeira Turma Cível

EMENTA

AÇÃO ACIDENTÁRIA. CONVERSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA EM AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO - MOTORISTA DE ÔNIBUS - NEXO CAUSAL ENTRE AS DEBILIDADES ADQUIRIDAS E A PROFISSÃO HABITUALMENTE EXERCIDA - OCORRÊNCIA. *IN DUBIO PRO OPERARIO*. PRAZO PARA CONCLUSÃO DE PROGRAMA DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ EM CASO DE DESCUMPRIMENTO - POSSIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO.

1 - A atividade laborativa de motorista de ônibus, diante de condições inadequadas de trabalho, é apta a gerar doenças ocupacionais ou a agravar as moléstias eventualmente existentes. Na hipótese, restando demonstrado nos autos, que o autor sempre esteve sujeito a posturas inadequadas por tempo prolongado , além de esforços físicos constantes, na atividade laborativa, é possível aferir o nexo causal entre as debilidades apresentadas e a profissão exercida.

2 - Não há que se falar em invasão de competência ou inovação legislativa, quando o julgador monocrático fixa prazo para a reabilitação profissional, sob pena de implementação de aposentadoria por invalidez acidentária, se o instituto réu - INSS - age com desídia na requalificação do trabalhador. É direito subjetivo do trabalhador ser submetido à reabilitação profissional que, não sendo promovida, enseja a aposentadoria.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 1º de setembro de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de Ação Acidentária proposta por ELIAS PEDRO DOS SANTOS, objetivando a concessão de Aposentadoria por Invalidez Acidentária.

Relatou o autor que, ao longo de sua vida, sempre exerceu a profissão de motorista de ônibus, contudo, em razão das condições adversas de trabalho a que estava submetido acabou adquirindo várias sequelas, o que resulta em fortes dores nas costas, pescoço, ombro e braço direito.

Afirmou que, em razão da doença ocupacional adquirida, faz tratamento no Hospital Regional de Sobradinho e Hospital de Base de Brasília, estando totalmente impossibilitado de retornar ao trabalho.

Aduziu que o instituto réu reconheceu, administrativamente, sua incapacidade laboral, estando afastado de suas funções desde 15 de novembro de 2003, tendo sido lhe concedido auxílio-doença previdenciário.

Afirmou que as doenças que adquiriu equiparam-se a acidente do trabalho.

Requereu a concessão de aposentadoria por invalidez acidentária, retroativa à data de 15 de novembro de 2003.

Na r. sentença de fls. 266/276 o MM. Juiz de Direito da Vara de Ações Previdenciárias do Distrito Federal julgou procedente o pedido inicial para, reconhecendo a natureza ocupacional da incapacidade do autor, determinar que o instituto réu converta o benefício auxílio previdenciário (NB 516.000.085-9) em seu equivalente acidentário, devendo permanecer pagando o benefício até que promova e conclua, no prazo de 06(seis) meses, o programa de reabilitação profissional do obreiro, oportunidade em que deverá implantar o benefício indenizatório do auxílio-acidente, com termo inicial fixado no dia imediatamente

posterior à data da cessação de auxílio-doença, nos termos do art. 86, § 2º, da Lei 8.213/91.

Na hipótese do instituto réu negligenciar na prestação do serviço obrigatório da reabilitação profissional, não promovendo a sua conclusão no período razoável de 06 (seis) meses, deverá implantar o benefício acidentário da aposentadoria por invalidez, em substituição ao auxílio-doença.

Em razão da sucumbência, condenou o instituto réu ao pagamento dos honorários advocatícios da parte autora, no importe de R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), nos termos dos §§ 3º e 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Sem custas processuais, nos termos da decisão proferida pelo e. Conselho Especial do TJDFT no julgamento do UNJ 8370/9, de 04/03/08, que uniformizou o entendimento de que o "INSS está isento de recolhimento de custas no âmbito da Justiça do Distrito Federal."

Irresignado, apela o réu, razões às fls. 289/305, alegando, em síntese, que: não há nexo causal entre as patologias que acometem o autor e a atividade laborativa por ele desenvolvida, não restando caracterizado o acidente do trabalho; - o laudo judicial foi categórico em afirmar que não há relação entre as doenças do autor e suas atividades trabalhistas; - o MM. Juiz sentenciante decidiu por mera presunção, utilizando-se inadequadamente da regra probatória *in dubio pro misero;* - a decisão do MM. Juízo *a quo* que estabeleceu o prazo de 6 (seis) meses para que a Unidade Técnica de Reabilitação Profissional concluísse o procedimento, sob pena de ter que implantar aposentadoria por invalidez acidentária, é contrária ao que dispõe a Lei, configurando atuação do Poder Judiciário como legislador positivo; - a incapacidade exigida para a concessão de aposentadoria por invalidez deve ter o *plus* de ser total, permanente e insuscetível de reabilitação para o exercício de outra atividade que garanta a subsistência; - não há que se falar em estabelecimento judicial de prazo para a conclusão do programa de reabilitação profissional, que não tem qualquer sustentação na lei.

Requer a reforma da r. sentença, julgando-se improcedente a concessão de auxílio-doença acidentário e auxílio-acidente; seja anulada a decisão que fixou o prazo de seis meses para cumprimento do procedimento de reabilitação profissional; - seja anulada a condenação à implantação de aposentadoria por invalidez acidentária em caso de descumprimento do prazo de 06 (seis) meses da reabilitação.

Em contrarrazões, fls. 316/319, o apelado rebate os argumentos do recurso e postula pela sua improcedência.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça, às fls. 324/329, oficiando pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

Des. Lécio Resende (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo INSS - Instituto Nacional de Seguro Social, pretendendo a reforma da r. sentença de fls. 266/276, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Ações Previdenciárias do Distrito Federal que julgou procedente o pedido inicial para, reconhecendo a natureza ocupacional da incapacidade do autor, determinar que o instituto réu converta o benefício auxílio-previdenciário (NB 516.000.085-9) em seu equivalente acidentário, devendo permanecer pagando o benefício até que promova e conclua, no prazo de 06 (seis) meses, o programa de reabilitação profissional do obreiro, oportunidade em que deverá implantar o benefício indenizatório do auxílio-acidente, com termo inicial fixado no dia imediatamente posterior à data da cessação de auxílio-doença, nos termos do Art. 86, § 2º, da Lei 8.213/91.

Na hipótese do instituto réu negligenciar na prestação do serviço obrigatório da reabilitação profissional, não promovendo a sua conclusão no período razoável de 06 (seis) meses, deverá implantar o benefício acidentário da aposentadoria por invalidez, em substituição ao auxílio-doença.

Em razão da sucumbência, condenou o instituto réu ao pagamento dos honorários advocatícios da parte autora, no importe de R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), nos termos dos §§ 3º e 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Sem custas processuais, nos termos da decisão proferida pelo e. Conselho Especial do TJDFT no julgamento do UNJ 8370/9, de 04/03/08, que uniformizou o entendimento de que o "INSS está isento de recolhimento de custas no âmbito da Justiça do Distrito Federal."

Requer o apelante a reforma da r. sentença, julgando-se improcedente a concessão de auxílio-doença acidentário e auxílio-acidente; seja anulada a decisão que fixou o prazo de seis meses para cumprimento do procedimento de reabilitação

profissional; - seja anulada a condenação à implantação de aposentadoria por invalidez acidentária, em caso de descumprimento do prazo da reabilitação.

Sustenta que: não há nexo causal entre as patologias que acometem o autor e a atividade laborativa por ele desenvolvida, não restando caracterizado o acidente do trabalho; - o laudo judicial foi categórico em afirmar que não há relação entre as doenças do autor e suas atividades trabalhistas; - o MM. Juiz sentenciante decidiu por mera presunção, utilizando-se inadequadamente da regra probatória *in dubio pro misero;* - a decisão do MM. Juízo *a quo* que estabeleceu o prazo de 6 (seis) meses para que a Unidade Técnica de Reabilitação Profissional concluísse o procedimento, sob pena de ter que implantar aposentadoria por invalidez acidentária, é contrária ao que dispõe a Lei, configurando atuação do Poder Judiciário como legislador positivo; - a incapacidade exigida para a concessão de aposentadoria por invalidez deve ter o *plus* de ser total, permanente e insuscetível de reabilitação para o exercício de outra atividade que garanta a subsistência; - não há que se falar em estabelecimento judicial de prazo para a conclusão do programa de reabilitação profissional, que não tem qualquer sustentação na lei.

Tenho que não merece qualquer reparo a r. sentença.

A controvérsia no presente caso reside na existência ou não de nexo causal entre as atividades laborativas do autor, motorista de ônibus, e as lesões incapacitantes por ele adquiridas.

Embora a perícia judicial tenha concluído pela inexistência de tal vínculo e o instituto réu nela tenha se apoiado, tenho que o julgador não está adstrito às conclusões do laudo pericial, podendo julgar com base no conjunto probatório constante dos autos e das convicções que forma no caso concreto.

Na hipótese, as provas constantes dos autos levam à convicção de que as doenças que acometeram o autor têm correlação com a atividade laboral por ele exercida ou, pelo menos, por ela, foram agravadas.

Os documentos de fls. 255/256, emitidos pelo INSS, demonstram que o autor exerceu a profissão de motorista por 15 (quinze) anos, ininterruptamente, ou seja, do ano de 1988 até o ano de 2003, vindo a se afastar do trabalho em decorrência das moléstias que o acometeram, passando então a perceber auxílio-doença.

Estudos recentes vêm apontando um alto nível de desgaste físico e emocional nos motoristas de ônibus, que, submetidos a condições precárias de trabalho, acabam adquirindo doenças ocupacionais como: estresse, fadiga, ansiedade, depressão, bem como doenças cardiovasculares, gastrointestinais,

músculo-esqueléticas, incluindo dor nas costas e pescoço; problemas pessoais, baixa autoimagem, entre outros.

A doutrina cita como condições prejudiciais ao trabalho desses profissionais os seguintes fatores: carga horária de trabalho irregular, altos níveis de ruído, tanto dentro quanto fora do veículo, altas temperaturas ambientais, necessidade de lidar com o público e passageiros, más condições das vias, pressão para cumprirem o horário, falha nos equipamentos, excesso de paradas durante as viagens, entre outros.

O autor, durante o período em que exerceu sua profissão, esteve submetido a praticamente todas essas condições, já que motorista de ônibus coletivo.

O douto representante do Ministério Público, no parecer de fls. 259/264, trouxe aos autos estudos técnicos que revelam, com clareza, o nexo causal entre as doenças sofridas pelo autor e a profissão exercida, *verbis:*

> *Por outro lado, é de conhecimento desse Juízo que as condições de trabalho do autor, na qualidade de motorista, eram e são sujeitas a riscos ocupacionais aptos a causar ou agravar problemas de saúde, conforme se extrai do conjunto das provas produzidas.*
> *Cumpre observar que a DISAT, em Laudo técnico produzido nos autos da Ação Acidentária nº 2004.01.1.055750-9, já avaliou as condições ambientais de trabalho nas atividades de motoristas e cobradores de transporte coletivo urbano, chegando à seguinte conclusão:*
> *Os agentes agressivos presentes nos postos de trabalho das atividades periciadas são passíveis de gerar agravos à saúde do trabalhador exposto, desde que a organização de trabalho de sua empresa o escale para jornadas excessivas, prolongando assim a exposição ocupacional, mesmo que esses agentes se apresentem, como nesta perícia realizada, que identificou limites de tolerância abaixo do previsto na Legislação vigente. Entende-se que, de acordo com os dados estatísticos aos quais tivemos acesso, dando conta de que a maior incidência de afastamento observada ao longo do tempo diz respeito a casos de coluna e em menor escala a problemas do sentido da audição, tenham a ver com os tipos de veículos anteriores em utilização, fabricados sem as inovações tecnológicas que*

> *permitissem minimizar a geração de agentes agressivos presentes no desempenho das atividades aqui mencionadas, associadas ainda à falta de organização do trabalho até então existente expondo o trabalhador a longas jornadas de trabalho, condição esta, hoje equacionada a partir de acordos coletivos firmados, que limitam estas jornadas favorecendo para a melhoria da qualidade de vida laboral desses profissionais.*
> *Notícia recente, retirada do site do governo do estado de São Paulo, destaca uma pesquisa do Hospital das clínicas, ligado à Secretaria de Estado da Saúde, a qual mostra que 59% dos caminhoneiros sofrem de dor nas costas. Dentre as variáveis causadoras dos distúrbios, o número de horas de trabalho mostrou-se como um dos fatores principais. Mas outros fatores também contribuem para uma postura errada como, adverte a notícia, permanecer sentado por tempo prolongado, expor-se a vibração, inclinações e rotações excessivas e manter a concentração que a atividade exige, sem intervalos adequados de relaxamento.* [1]

Deflui-se, assim, que as condições de trabalho às quais o autor esteve submetido no exercício de sua profissão contribuíram para o agravamento dos seus problemas de saúde que, se não foram as causas diretas, foram, ao menos, as indiretas.

Em outra linha de pensamento, havendo dúvidas a respeito desse nexo de causalidade, deve-se julgar procedente o pedido, uma vez que no direito infortunístico não se exige a certeza, mas a probabilidade, ou seja, *in dubio pro operario*.

Nesse sentido manifestou-se o douto representante do Ministério Público, no já citado parecer de fls. 259/264.

Confiram-se:

> *A atividade laborativa do autor, ainda que não tenha sido a geradora dos problemas de coluna do autor (hérnia de disco), é seguramente uma atividade capaz de agravar ditos acomentimentos, visto que o autor sempre esteve sujeito a posturas inadequadas por tempo prolongado, além dos esforços físicos constantes com os membros superiores.*

> *Ademais, a hipótese dos autos reflete aquela situação em que a dúvida recomenda um juízo de procedência, já que no direito infortunístico não se exige a prova da certeza, bastando o juízo de admissibilidade, aplicando-se a regra* in dubio pro operario, *a qual permite que a existência de indícios sejam suficientes para admitir-se o acidente de trabalho ocorrido, ainda que a prova não seja definitiva."*

Esse vem sendo o entendimento da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça do DF:

> *PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ACIDENTÁRIA - INSS - INTIMAÇÃO PESSOAL - NECESSIDADE - LEI 10.910/04. - AUXÍLIO-ACIDENTE - CONDENAÇÃO DO INSTITUTO RÉU AO PAGAMENTO DOS BENEFÍCIOS DA LEI ACIDENTÁRIA - PATOLOGIAS OCUPACIONAIS DECORRENTES DE MOVIMENTOS REPETITIVOS - PRINCÍPIO DO* "IN DUBIO PRO MISERO" *- OCORRÊNCIA DO SINISTRO LABORAL EM VIRTUDE DA CONCAUSALIDADE.*
> *1. O art. 17 da Lei 10.910/04 ampliou o rol de beneficiários da intimação pessoal, inicialmente previsto para a Advocacia Geral da União pela Lei 9.028/95 (com as alterações da MP 1.798/99), para incluir os Procuradores Federais e do Banco Central.*
> *2. Em tema de ação acidentária, a responsabilidade do segurador obrigatório é doutrinariamente classificada como objetiva e, sendo assim, para que se possa impor-lhe a obrigação de prestar, ao segurado acidentado do trabalho, os benefícios acidentários cabíveis, suficiente a sua condição de empregado à época do sinistro, a presença de lesão ou doença profissional, o nexo causal e, por fim, a presença de incapacidade e a sua extensão.*
> *3. A existência de causas concorrentes ou causa única não é distinguida pela legislação brasileira, cabendo a indenização pela simples demonstração da incapacidade, decorrente do acidente de trabalho, mesmo que a causa primeira não seja de origem acidentária.*
> *4. Fica evidenciado que a atividade profissional pregressa da autora,*

ao contribuir para o agravamento da lesão no membro superior esquerdo, caracterizou a ocorrência do acidente de trabalho pela concausalidade.

5. Milita em favor da autora o princípio do* "in dubio pro misero"*, não se exigindo a prova da certeza, bastando a presença de indícios para o reconhecimento da natureza ocupacional das sequelas incapacitantes.

6. Diz o art. 86 da Lei nº 8.213/91 que o auxílio-acidente é devido ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

7. Estabelecidas as premissas de que houve o infortúnio laboral de que se ocupa o processo, e que deste resultou, para a autora, perda parcial da capacidade de trabalho, configurados estão os pressupostos para a concessão do auxílio-acidente, previsto no art. 86, da Lei nº 8.213/91.

8. Com base no art. 475, §2º, do CPC, não há que se falar em reexame necessário, uma vez que o valor da condenação não excede sessenta salários mínimos.

9. Recurso do INSS desprovido. Unânime.

(20060110054340APC, Relator ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, julgado em 15/07/2009, DJ 13/08/2009 p. 62)

AÇÃO ACIDENTÁRIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO AUXÍLIO DOENÇA. RESTABELECIMENTO. CAPACIDADE LABORATIVA DUVIDOSA. LAUDOS DIVERGENTES.

Essa egrégia Corte de Justiça já firmou o entendimento no sentido de que, havendo dúvida acerca da capacidade laborativa do segurado, ante a discrepância das conclusões estampadas em diferentes laudos médicos, há que prevalecer aquele que for mais benéfico ao trabalhador, em consonância com o princípio basilar da infortunística, segundo o qual, na incerteza dos fatos, decide-se em favor do operário. *(20090020051282AGI, Relator CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, julgado em 05/08/2009, DJ 18/08/2009 p. 100)*

> *PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO. IN DUBIO PRO OPERARIO.*
> *1. Havendo perícias médicas no sentido das alegações da interessada, que teve o benefício do auxílio-doença cessado no âmbito administrativo, impõe-se a manutenção da decisão que antecipou os efeitos da tutela para restabelecer os pagamentos mensais do benefício anteriormente pago.*
> ***2. Se pairam dúvidas a respeito do nexo de causalidade entre o acidente do trabalho e a incapacidade para o labor, deve-se decidir em favor do operário, em razão do princípio* in dubio pro operario*, principalmente quando o perito aponta ser essa a hipótese mais condizente com a realidade.***
> *3. Agravo não provido.*
> *(20080020156297AGI, Relator CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 11/02/2009, DJ 23/03/2009 p. 95)*

Assim sendo, tenho que as debilidades que acometem o autor têm correlação com sua profissão, devendo ser reconhecida a natureza ocupacional da incapacidade por ele adquirida.

Quanto à alegação do réu de ser contrária à Lei e de ter atuado o Poder Judiciário como legislador positivo ao fixar o prazo de 6(seis) meses para que a Unidade Técnica de Reabilitação Profissional concluísse o procedimento, sob pena de ter que implantar aposentadoria por invalidez acidentária, tenho que, do mesmo modo, razão não lhe assiste.

Os laudos acostados aos autos demonstraram, à saciedade, que o autor não tem mais condições de exercer a profissão de motorista, restando a este apenas capacidade residual para outras profissões.

O MM. Juiz *a quo*, após a perícia judicial de fls. 141/148, buscando a reabilitação profissional do autor, determinou ao instituto réu que comprasse os equipamentos necessários ao seu treinamento e requalificação.

Contudo, decorridos mais de dois anos da determinação, o instituto réu não adotou as medidas cabíveis necessárias à reabilitação do autor, demonstrando a sua desídia e despreocupação com o caso.

O autor não pode aguardar indefinidamente pela solução do seu problema. Não sendo reabilitado para outra profissão, a medida que se impõe é a sua aposentadoria.

Não vislumbro qualquer invasão de competência ou inovação legislativa por parte do julgador monocrático, ao fixar o prazo para cumprimento da reabilitação, sob pena de ser implantada a aposentadoria por invalidez acidentária, pois buscou apenas dar efetividade à medida judicial a que tem direito o jurisdicionado, que, na hipótese, é a parte hipossuficiente da relação.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO e mantenho íntegra a r. sentença atacada.

É como voto.

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

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

DECISÃO

Conhecer e negar provimento, unânime.

Notas

[1] *Acesso no dia 15 de fev. 2008 no site:HTTP://WWW.saopaulo.sp.gov.br/sis/lenoticia.phd?id=88650*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004011127231-2

Apelantes - Comercial Bueno Junior Ltda. e outros
Apelado - SL Comércio e Serviços Ltda.
Relator - Des. Waldir Leôncio C. Lopes Júnior
Segunda Turma Cível

EMENTA

DIREITO COMERCIAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TEORIA DA ASSERÇÃO. AÇÃO DE ANULAÇÃO E ENTREGA DE DUPLICATAS. PROCEDÊNCIA. ENDOSSO MANDATO E ENDOSSO CAUÇÃO. PROTESTO ELETRÔNICO. CONVÊNIO BANCÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Segundo a Teoria da Asserção, as condições da ação devem ser analisadas a partir dos fatos narrados na inicial, ou seja, no momento em que se verifica a sua admissibilidade. Segundo essa teoria, "*O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito*" (MARINONI, Luiz Guilherme). Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva do BRB.

2. O endosso mandato visa a facilitar a prática de atos que só poderiam ser realizados pelo proprietário do título, pois evita o deslocamento do endossante de um lugar para outro; no endosso-caução, diferentemente do que ocorre no endosso-mandato, a instituição financeira endossatária age em nome próprio, exercendo direito seu, assegurado pelo título de crédito dado em caução. *In casu*, o BRB era mandatário do banco paulista "Nossa Caixa", uma vez que, no protesto, a empresa Comercial Bueno Júnior Ltda. consta como credora e sacadora do crédito objeto da lide.

3. É desnecessária a devolução de título invalidado a quem nunca foi devedor (como judicialmente declarado). Pela teoria da cartularidade: "*a) quem detém o título, legitimamente, pode exigir a prestação; b) sem o documento, o devedor não está obri-*

gado, em princípio, a cumprir a obrigação" (Waldírio Bulgareli). Insista-se: como consequência da invalidação das cártulas em questão, inexiste utilidade prática no provimento jurisdicional consistente na devolução material delas, que não passariam de mero *papel desprovido de qualquer conteúdo econômico e jurídico*. Não há, pois, razão para subsistir a obrigação de devolver as duplicatas protestadas e anuladas.

4. No julgamento por equidade, o Magistrado deve, de acordo com as especificidades do caso concreto, sopesar os parâmetros contidos nas alíneas do § 3º do art. 20, quais sejam, o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, para fixar, de forma mais justa, a verba honorária. *In casu*, a autora ajuizou ações de protesto e ações declaratórias de nulidade em 2005. No presente momento, o feito tem 20 (vinte) volumes. Ademais, os patronos da autora foram diligentes. Assim, a verba honorária fixada pelo MM. Juiz em R$ 3.000,00 (três mil reais) é razoável e até modesta, mas pode subsistir.

5. Conhecidos os recursos, parcialmente provido o apelo do BRB para reformar parcialmente a r. sentença hostilizada e excluir da condenação a multa cominatória e a entrega das duplicatas. Arcarão os réus com o pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios, mantidos estes em R$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC. Negado provimento ao recurso da empresa ré.

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, Carmelita Brasil - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Carmelita Brasil, em proferir a seguinte decisão: dar parcial provimento ao apelo do réu BRB. Negar provimento ao apelo do litisconsorte. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2010.

RELATÓRIO

De início, adoto o relatório contido na r. sentença de fls. 172-178 (autos n. 2005.01.1.005286-9), *in verbis*:

> *SD (sic) COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. ajuizou ações declaratórias em epígrafe pelo rito comum ordinário, em face de COMERCIAL BUENO JÚNIOR LTDA., postulando declaração judicial de nulidade de duplicatas, alegando, em suma, que os títulos apontados para protesto, mediante protocolos de números 572.462, 485.700, 548.209, 549.159, 550.337, e 552.353, não tiveram suporte em relação jurídica subjacente.*
> *Aduziu que, no mês de novembro de 2004, consultou o preço de um equipamento fotográfico junto à Ré, combinando que o pagamento se daria apenas com a entrega da mercadoria. Informa que não houve a entrega da mercadoria e, portanto, não ocorreu o pagamento. Deste modo, a Ré não poderia descontar a duplicata, como se a transação estivesse realizada. Acrescentou, ainda, a autora que o seu Livro de Registro de Entradas de mercadorias demonstra não haver bem proveniente da empresa Ré.*
> *Em autos próprios, cautelares, a Autora requereu medida liminar de sustação do protesto das duplicatas, em face da Ré, aduzindo os mesmos fundamentos das ações principais, alegando o perigo da demora consistente na possibilidade de danos e abalo ao crédito. Pediu, nas cautelares a sustação dos protestos e, nas vias principais, a declaração de nulidade dos títulos além da apreensão das duplicatas e entrega à Autora, sustando em definitivo todos os protestos.*
> *Ofereceu caução, que foi aceita ao momento de deferimento da medida liminar para sustação do protesto.*
> *A Ré deixou fluir em branco o prazo para resposta nas ações cautelares. Já em sede de ação principal, a Ré ofertou tempestiva contestação.*
> *Arguiu preliminar a título de carência de ação, vez que não integra a relação processual a instituição financeira BRB que levou as duplicatas a protesto. No mérito, alegou que a mercadoria foi solicitada verbalmente pela Autora, emitiram-se as duplicatas ante*

a confiança entre as partes. Contudo a Autora cancelou o pedido sem explicar e, ainda considerando relação comercial antiga entre as empresas, a Ré confiou que a Autora manteria o pedido, razão por que manteve os títulos em banco. Posteriormente, a Autora não manteve o pedido e a Ré mandou protestar os títulos.

Em réplica a Autora sustentou que as ações não têm caráter indenizatório, motivo pelo qual não há se falar em litisconsórcio necessário do banco que encaminhou as duplicatas para protesto.

Em especificação de provas, a Autora pugnou pelo depoimento pessoal da Ré. Esta, a sua vez, pediu a produção de prova testemunhal.

O pedido de prova testemunhal foi indeferido, não constando dos autos recurso dessa decisão.

O Juiz da Nona Vara Cível de Brasília determinou a inclusão no polo passivo do BRB por entender haver litisconsórcio passivo necessário. Com isto, reconheceu a incompetência do juízo e declinou o julgamento para uma das Varas da Fazenda Pública do Distrito Federal.

O BRB foi citado, contestou as ações, argumentando principalmente sua ilegitimidade passiva, pois agiu como mandatário. No mérito ressaltou que todos os requisitos de validade dos títulos estão presentes e que os fundamentos da autora não são idôneos para pleitear a sustação.

Após réplicas, às partes para provas. Indeferida a prova oral requerida, fls. 168. Preclusa a decisão, vieram os autos conclusos para sentença, fls. 170.

É o relatório para todas as ações.

Acrescento que os pedidos formulados nas ações declaratórias e cautelares de sustação de protesto foram julgados procedentes para declarar nulas as duplicatas protestadas, mediante os protocolos de números 572.462, 485.700, 558.209, 549.159, 550.337 e 552.353. Determinou, outrossim, a douta Sentenciante a interrupção dos procedimentos destes protestos definitivamente e condenou ambos os réus a depositarem em juízo as duplicatas declaradas nulas, no prazo de 15 dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), até o limite de R$ 15.000,00 (quinze mil reais). Condenou, ainda, os réus

ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados estes em R$ 3.000,00 (três mil reais), a teor no disposto no art. 20, § 4º, e art. 23, ambos do Código de Processo Civil.

A certidão de fl. 208 atestou que foi proferida sentença conjunta nos autos de números: 2005.01.1.008203-5; 2005.01.1.008200-2; 2005.01.1.012404-2; 2005.01.1.6184-2; 2005.01.1.005286-9; 2005.01.1.003929-0; 2005.01.1.001501-2; 2005.01.1.000124-2; 2004.01.1.127803-0; 2004.01.1.127231-2.

A citada certidão esclareceu, ainda, que a ré COMERCIAL BUENO JUNIOR LTDA. propôs apelação às fls. 166-175 dos autos de n. 2004.01.1.127231-2, pleiteando a redução dos honorários arbitrados para R$ 500,00 (quinhentos reais).

Em suas razões recursais (fls. 186-203), alega o BRB – BANCO DE BRASÍLIA que não pode cumprir a decisão no sentido de depositar em juízo os títulos declarados nulos, uma vez que nunca portou tais documentos.

Suscita, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, uma vez que alega ter figurado como simples endossatário-mandatário.

Acrescenta que o conjunto probatório não é suficiente para determinar a anulação dos títulos vindicados.

Em suas contrarrazões (fls. 206-210), a SL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. pugna pela manutenção dos honorários advocatícios fixados.

Às fls. 219-225, alega a requerente que muito embora seja endossatário-mandatário, o BRB não pode se eximir da responsabilidade de seus atos, uma vez que foi ele que levou o título a protesto.

É o relatório.

VOTOS

Des. Waldir Leôncio C. Lopes Júnior (Relator) - Conheço dos recursos, presentes os pressupostos que autorizam a sua admissibilidade.

SL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. ajuizou ações declaratórias, sob o rito ordinário, em desfavor de COMERCIAL BUENO JÚNIOR LTDA., objetivando a declaração de nulidade de duplicatas, cujos títulos apontados para protesto não teriam suporte em relação jurídica subjacente.

Em ações cautelares requereu a autora liminar de sustação de protesto das duplicatas em desfavor da ré, alegando os mesmos fundamentos das ações principais. A autora ofereceu caução.

O douto Juiz da 9ª Vara Cível de Brasília determinou a inclusão do BRB no polo passivo da demanda por entender haver litisconsórcio passivo necessário. Diante disso, reconheceu a incompetência daquele juízo e declinou do julgamento para uma das Varas da Fazenda Pública do Distrito Federal.

A douta Juíza monocrática da 1ª Vara da Fazenda Pública do DF julgou procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias e cautelares de sustação de protesto, para declarar nulas as duplicatas protestadas mediante os protocolos de números 572.462, 485.700, 558.209, 549.159, 550.337 e 552.353. Determinou, outrossim, a interrupção dos procedimentos destes protestos definitivamente e condenou os réus BRB e Comercial Bueno Júnior Ltda. a depositarem em juízo as duplicatas declaradas nulas, no prazo de 15 dias, sob pena de multa diária, no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), até o limite de R$ 15.000,00 (quinze mil reais). Condenou, ainda, os réus ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados estes em R$ 3.000,00 (três mil reais), a teor do disposto no art. 20, § 4º, e art. 23, ambos do Código de Processo Civil.

O Banco de Brasília e a empresa Comercial Bueno Júnior Ltda. apelaram.

Esse é o resumo da lide.

Por oportuno, para facilitar a compreensão do presente feito, uma vez que se trata de 20 (vinte) volumes e 10 (dez) processos com números distintos, esclareço que todas as vezes que houver citação a determinado número de folha sem menção do número do feito, estarei me referindo aos autos de n. 2005.01.1.005286-9.

Em suas razões recursais, argui o BRB preliminar de ilegitimidade passiva. Na defesa de sua tese, sustenta ser mero mandatário.

Segundo a Teoria da Asserção, as condições da ação devem ser analisadas a partir dos fatos narrados na inicial, ou seja, quando se verifica a sua admissibilidade. Para essa teoria, "*O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito*" (MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., p. 212)

É curial que as condições da ação (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido) são matérias de ordem pública e não estão sujeitas à preclusão.

In casu, o apelante consta como responsável pela apresentação das duplicatas levadas a protesto e a empresa ré, Comercial Bueno Júnior Ltda.,

aparece como credora e sacadora daquele crédito. (fl. 09). Não há como arredá-lo da relação jurídico-processual.

Dessa forma, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo BRB.

A autora objetiva a sustação definitiva dos protestos, a declaração judicial de nulidade das duplicatas e a entrega de tais títulos à falta de justa causa. O pedido é manifestamente procedente já que efetivamente não houve compra e venda de mercadorias que ensejaram a emissão das duplicatas negociadas, descontadas e protestadas.

Num único ponto merece retoque a r. sentença. Não merece subsistir a condenação do BRB à devolução das duplicatas à autora. Isso porque não as recebeu, já que se tratou de protesto eletrônico, realizado por convênio, por meio do qual o título fica no estabelecimento bancário conveniado no local de origem (na espécie na cidade de São Paulo-SP, nomeadamente na agência da Nossa Caixa). Logo, nesse particular se apresenta indevida a multa cominatória aplicada.

No mais, está correta a r. sentença.

Vejamos as responsabilidades das partes em decorrência de suas atuações na relação jurídica: a ré Comercial Bueno apresentou as duplicatas na Nossa Caixa, em São Paulo, mediante endosso; esta, por sua vez, endossou ao BRB que apresentou a protesto, em Brasília. Todavia, tal endosso teve apenas o condão de possibilitar a prática do ato. Como é sabido, no caso do endosso-mandato, não responde por eventuais danos causados ao sacado, visto que, como leciona Fran Martins, *in* Títulos de crédito. Vol. I, 14. ed. Forense, p. 113, o endosso-mandato é "*um falso endosso pois nem transmite os direitos emergentes do título nem transfere a propriedade da letra, mas simplesmente a sua posse. De fato, o detentor do título por endosso mandato recebe-o e pratica todos os atos de proprietário do mesmo, mas o faz como simples mandatário, representando e obrigando, neste caso, o mandante ou endossante*".

É certo que esse tipo de endosso visa a facilitar a prática de atos que só poderiam ser realizados pelo proprietário do título, pois evita o deslocamento do endossante de um lugar para outro.

Esclareça-se, por oportuno, que no endosso-caução, diferentemente do que ocorre no endosso-mandato, a instituição financeira endossatária age em nome próprio, exercendo direito seu, assegurado pelo título de crédito dado em caução.

In casu, tudo indica que o BRB era mandatário do banco paulista "Nossa Caixa", uma vez que, no protesto, a empresa Comercial Bueno Júnior Ltda. consta como credora e sacadora do crédito objeto da lide. Tanto é assim que, em suas contrarrazões, a própria autora reconhece que "***muito embora seja endossatário-mandatário*** *o BRB não pode se eximir da responsabilidade de seus atos, uma vez que foi ele que levou ao protesto o título, provindo do Banco Nossa Caixa conforme sua informação*", (fl. 220) (g.n.).

Nesse passo, esclareceu o Banco de Brasília haver entre os Bancos Estaduais Convênio Multilateral para prestação de serviços de cobrança bancária, no qual o banco que não tem agência em determinado Estado da Federação é representado pelo Banco Estadual deste Estado.

Além disso, da leitura da documentação juntada pelo BRB nos autos da Ação Cautelar n. 2004.01.1.127231-2, consta o documento de fl. 90 do qual se extrai, *in verbis*:

> *Sobre a ação impetrada contra o BRB pela empresa SL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, CNPJ 02.537.982/0001-80, referente à solicitação de protesto de um título no valor de R$ 1.800,00 e Número do Banco 400047615141.*
> *Segue nesta data a documentação abaixo:*
> *Relatório DCBR78 de 11/01/2005 –* ***Relatório nos mostra o dia em que o referido título foi enviado ao BRB para apresentação ao Cartório de Protesto****. O Banco solicitante é a Nossa Caixa (BCO 151) que na época não possuía agência em Brasília e, por força do Convênio RVA (entre bancos estaduais), utilizava o BRB para esse fim.*
> *(...)*
> *Relatório DCBR78 de 21/01/2007 –* ***Neste dia realizamos pesquisa junto ao cartório e descobrimos que o título havia sido retirado judicialmente e, então, fizemos a retirada do título de nossa carteira****. (g.n.)*

Ainda conforme o BRB, o envio das duplicatas para protesto foi feito por via eletrônica. Tal afirmação foi, inclusive, ratificada pela autora por ocasião de suas contrarrazões, *in verbis*:

Os avanços tecnológicos traduzidos na informatização dos sistemas bancários têm que estar a serviço não apenas do lucro, como também da segurança dos procedimentos que proporcionam tais resultados. *Se as transferências de títulos entre as instituições financeiras transitam por meio eletrônico, a segurança necessária para a realização destas operações também devem transitar pelo mesmo caminho. A supressão da remessa dos títulos por comandos* "on line" *não podem ensejar ações descompromissadas com a garantia e segurança dos procedimentos, ainda mais se tratando de um banco estadual. Carimbar um texto padrão no verso de um ordem de cobrança e protesto, como alega o BRB, não exime da responsabilidade pelo seu ato precipitado e descompromissado com a segurança que é exigida nos serviços bancários.* (fl. 222)

Assinale-se que a própria requerente reconheceu que a tramitação dos títulos foi feita por via eletrônica, o que é a praxe nesses tipos de transações.

A autora pleiteou a devolução das duplicatas, e a ordem para o protesto das cártulas foi feita eletronicamente. É improvável, portanto, que os títulos estejam na posse do BRB. Além disso, repito, a empresa ré consta como credora e sacadora do crédito estampado naquelas cártulas.

É certo que só se faz a entrega de títulos válidos em razão do princípio da cartularidade, que rege os títulos de crédito. Sobre a cartularidade, ensina-nos o Professor Waldirio Bugarelli[1], *in verbis*:

> *A expressão cartularidade ou direito cartular (de chartula, do baixo latim) é empregada para significar tanto a incorporação do direito ao documento, como o direito decorrente do título em relação ao negócio fundamental, chamado por isso mesmo, o negócio subjacente, de relação extracartular (na Espanha, extracartacea).*
> *Assim, deve-ser ter presente que um negócio qualquer, quando gera a emissão de título de crédito, passa a ser, perante o título, negócio ou relação extracartular, enquanto o título se apresenta como cártula.*
> *Pelo direito cartular, o documento torna-se essencial à existência do direito nele mencionado, e necessário para a sua exigência, tornando-se legítima a cobrança pelo titular que o adquiriu regularmente (função de legitimação) Portanto, em decorrência da incorporação do direito no título:*

a) quem detenha o título, legitimamente, pode exigir a prestação;
b) sem o documento, o devedor não está obrigado, em princípio, a cumprir a obrigação.

Insista-se: como consequência da invalidação das cártulas em questão, inexiste utilidade prática no provimento jurisdicional consistente na devolução material delas, que não passariam de mero ***papel desprovido de qualquer conteúdo econômico e jurídico***. Não há, pois, razão para subsistir a obrigação de devolver as duplicatas protestadas e anuladas.

Por fim, insurge-se a ré Comercial Bueno Júnior Ltda., em seu apelo, contra o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) arbitrado a título de honorários advocatícios. Requer, pois, a sua redução para R$ 500,00 (quinhentos reais).

No presente feito, não houve condenação. Impõe-se, para a fixação dos honorários advocatícios, a observância do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, o qual prevê a regra da equidade.

No julgamento por equidade, o Magistrado deve, de acordo com as especificidades do caso concreto, sopesar os parâmetros contidos nas alíneas do § 3º do art. 20, quais sejam, o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, para fixar, de forma mais justa, a verba honorária.

In casu, a autora ajuizou, em 2005, ações de protesto e declaratórias de nulidade. No presente momento, o feito tem 20 (vinte) volumes. Ademais, os patronos da autora foram diligentes.

Assim, a verba honorária requerida pela empresa ré mostra-se irrisória. Deve ser mantido o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais).

Na espécie, ficou comprovada a apresentação das duplicatas para protesto sem lastro comercial. Mantida a r. sentença hostilizada.

Com essas considerações, conheço dos recursos e **dou parcial provimento ao apelo do BRB para, reformando parcialmente a r. sentença hostilizada, excluir da condenação a multa cominatória e a entrega das duplicatas. Condeno os réus ao pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios, mantidos estes em R$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC. Nego provimento ao recurso da empresa ré.**

É o voto.

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

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

DECISÃO

Dar parcial provimento ao apelo do réu BRB. Negar provimento ao apelo do litisconsorte. Unânime.

Notas

[1] *In Os Títulos de crédito. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, pp. 63-64*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011028055-9

Apelantes - Manoel Inocêncio Pereira e outros
Apelada - TERRACAP - Companhia Imobiliária de Brasília
Relator - Des. Sérgio Rocha
Segunda Turma Cível

EMENTA

PROCESSO CIVIL. *QUERELA NULLITATIS*. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE UM DOS CÔNJUGES. NULIDADE DO PROCESSO. VÍCIO INSANÁVEL. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA.

1. Constada a ausência de citação de um dos cônjuges em sede de ação reivindicatória, não há processo válido, tampouco coisa julgada, impondo-se a procedência do pedido da ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*), a fim de que sejam declarados nulos todos os atos processuais realizados na ação reivindicatória, com reabertura do prazo para defesa (CPC 10, 10, § 1º, I e 47). Precedentes.

2. Deu-se provimento ao apelo dos autores, a fim de declarar nulos todos os atos processuais realizados na ação reivindicatória.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Sérgio Rocha - Relator, Carmelita Brasil - Revisora, J.J. Costa Carvalho - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Carmelita Brasil, em proferir a seguinte decisão: dar provimento ao recurso. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Manoel Inocêncio Pereira e outra, contra sentença proferida às fls. 413/414, pelo MM. Juiz Carlos D. V. Rodrigues,

que julgou improcedente o pedido em sede de ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*) dos atos processuais realizados em ação reivindicatória ajuizada pela TERRACAP, na qual não houve a citação de um dos cônjuges.

APELAÇÃO DOS AUTORES - Manoel Inocêncio Pereira e outra

No apelo, os autores pleiteiam: **1)** o acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa; **2)** no mérito, que seja declarada a nulidade dos atos processuais realizados em sede de ação reivindicatória ajuizada pela TERRACAP, diante da ausência de citação de um dos cônjuges, fato que constitui vício insanável; **3)** que seja afastada a condenação dos autores ao pagamento de honorários advocatícios, já que litigam sob o pálio da gratuidade de justiça.

Contrarrazões da ré, TERRACAP - Companhia Imobiliária de Brasília, às fls. 459/465. É o relatório.

VOTOS

Des. Sérgio Rocha (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

APELAÇÃO DOS AUTORES - Manoel Inocêncio Pereira e outra (fls. 426/453)

PRELIMINAR

Preliminarmente, alegam os autores/apelantes, Manoel Inocêncio Pereira e outra, o cerceamento de defesa, tendo em vista que a r. sentença foi proferida antes de produzida a prova testemunhal requerida.

Não vislumbro o alegado cerceamento de defesa, uma vez que a matéria é exclusivamente de direito (CPC 330, I).[1] Rejeito, portanto, a preliminar de cerceamento de defesa.

MÉRITO

DA NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS DIANTE DA AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE UM DOS CÔNJUGES

No mérito, pugnam os autores/apelantes, Manoel Inocêncio Pereira e outra, pela declaração de nulidade de todos os atos processuais realizados na ação

reivindicatória ajuizada pela TERRACAP, diante da ausência de citação de um dos cônjuges, fato que constitui vício insanável.

A r. sentença apelada julgou improcedente o pleito dos autores na presente ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*), em síntese, pelos seguintes fundamentos:

> *"(...) A hipótese aqui versada não é a de nulidade da sentença, a ensejar a querella nullitatis insanabilis, mas de simples situação de ineficácia subjetiva da sentença, de modo a não produzir efeitos em face de terceiros alheios à relação processual de onde adveio o decreto judicial combatido. Afinal, supondo-se que fosse aduzido pedido reivindicatório autônomo em face de MANOEL INOCÊNCIO PEREIRA e, nele, fosse reconhecido o direito do reivindicante, tal sentença hipotética somada aos efeitos da sentença já proferida em face de SEBASTIANA SOARES PEREIRA conduziria inexoravelmente à retomada da coisa imóvel, sendo essa consideração bastante então para concluir definitivamente pela hipótese de ineficácia subjetiva, e não de nulidade da sentença, como assenta a causa de pedir indicada com a petição inicial.*
>
> *Em que pese fato acidental certificado, ao dizer que MANOEL INOCÊNCIO PEREIRA residia em lugar incerto no Lago Sul, i. é, não residia no imóvel reivindicado, o estado de composse afirmado pelos próprios autores é perfeitamente cindível entre os copossuidores.*
>
> *Logo, no que tange à exigência contida no art. 10, § 1º, inciso I[22] , dita não tem nenhuma repercussão, no sentido de acolher a tese da inicial. Afinal, na exatidão do disposto no art. 1.225 e seus incisos, do C. Civil, a posse que é o objetivo perseguido pelo proprietário não foi incluída entre os "direitos reais imobiliários" expressamente assim consagrados no ordenamento jurídico substancial, que assim impusesse a solução desejada pelos autores sob tal fundamento.*
>
> *Nem tampouco se submete irremediavelmente a situação dos autores à hipótese do inciso II, "resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de fatos praticados por eles", eis que o estado de composse é passível de desfazer-se ante a cindibilidade desse mesmo estado de fato.*

Mesmo que a denominada ação reivindicatória seja admitida em doutrina como ação real, o objeto da tutela em si mesmo, enquanto diga respeito à consolidação da posse em mãos do proprietário por direito de sequela (CC, art. 1.228) [4], não se confunde com o direito real imobiliário propriamente e de que fala o inciso I, do § 1º, do art. 10, do CPC.[5]

Afinal, uma coisa é discutir e reivindicar a posse, i. é, a posse como direito pessoal no plano do Direito Civil, embora no plano do Direito Processual Civil a pretensão seja de natureza real porquanto a satisfação possessória está em alcançar determinada coisa individualizada e de existência física concreta, e não apenas estabelecer ou reconhecer uma obrigação contra o réu, como se dá com as obrigações pessoais em geral. Outra coisa é estabelecer lide que diga respeito ao direito real de propriedade, quando esta for o alvo da disputa entre duas ou mais pessoas em conflito, como se dá quando houver negação ou afirmação de quaisquer daqueles direitos reais, imobiliários ou não, referidos no art. 1.225 do C. Civil.

Portanto, não basta distinguir apenas a ação real, no conceito processual, com direito real na sua conceituação civilística. E necessário distinguir, ainda, no tocante aos direitos reais de que fala o art. 1.225 do C. Civil, os direitos reais imobiliários, e os direitos reais relativos a bens móveis, com p. ex., o penhor anticrese.

Somente assim então se verá que a exigência de que fala o inciso I, do § 1º do art. 10 do CPC não se reporta à situação versada nestes autos, como pretenderam fazer crer os autores.

(...)

De mais a mais, é bom considerar que normas processuais não constituem fim em si mesmas, nem podem sofrer interpretações que sirvam apenas a manobras convenientes para delas obter-se proveito substancial decorrente da jurisdição negativa, i. é, aquela na qual se busca alcançar um interesse substancial, valendo-se de regras formais impeditivas à apreciação meritória. Aliás, são comuns tais situações nas quais, quando se vislumbra o revés no mérito, acentuam-se as resistências no plano formal, para, por meio da retórica ou até mesmo da tergiversação, consagrar-se pela pena do juiz um não direito.

Ora, as terras públicas no Distrito Federal são notoriamente conhecidas pelas até então desenfreadas ocupações ilícitas, que somente produziram imensuráveis prejuízos ao interesse público e lucro avantajado aos agentes desses mesmos ilícitos. Logo, ou a situação de fato decantada nestes autos se apresenta em condições de submeter-se aos procedimentos administrativos que conduzam à regularização fundiária, ambiental e urbanística ou, então, que retorne ao estado anterior à ocupação e assim seja recomposto o patrimônio público, facilitando com isso a administração voltada ao interesse comum.

A toda evidência, porquanto MANOEL INOCÊNCIO PEREIRA *não foi parte nos autos nº 45676-8/99, certamente não haverá de experimentar os efeitos da gravosa sentença ali proferida. Contudo, não obstante o direito substancial amplamente regulamentado no plano normativo civil, a lesão ou ameaça a direito individual (CF, art. 5º, XXXV) para ser submetida à tutela jurisdicional não dispensa, de todo modo, a observância às formalidades procedimentais, posto que sem atendimento a estas não estará o Estado obrigado ao dever de prestar a jurisdição. Desse modo, cumpre ao respectivo patrocínio que bem eleja o procedimento compatível à natureza da lesão ou ameaça que busca proteger. Afinal, procedimentos especiais explícitos bem foram tecidos para conduzir pretensões voltadas a tutelas desse matiz.*

Os fundamentos adotados com a causa de pedir, assim, não dão ensejo à anulação ou declaração de nulidade da sentença proferida nos autos nº 45676-8/99, em meio à querella nullitatis insanabilis. *(...)*

De outra banda, considerando que os honorários advocatícios têm natureza indenizatória, para compensar o dispêndio tido com o próprio patrocínio exitoso e em detrimento do adversário recalcitrante ou faltoso, assegura a lei a este último o dever do reembolso das despesas que o vitorioso teve com o próprio patrocínio, seja pela contingência do monopólio do serviço de assistência judicial enquanto autor, ou pela simples contingência da defesa em face de postulação feita pela parte beneficiária da gratuidade, naquelas situações nas quais o vencedor não goza de idêntica vantagem.

Portanto, o benefício da gratuidade judiciária não serve de esconderijo ao vencido, se a demanda da qual participou não for exitosa, decaindo quando for autor ou réu, tanto faz.

Somente não pode o Direito tolerar que parte vencedora saia da esfera de tutela jurisdicional carregando consigo dano indene, inerente aos dispêndios tidos pelo patrocínio outras despesas a que se viu compelido pela força da contingência.

A circunstância de ser o beneficiário da gratuidade hipossuficiente é questão que tem repercussão unicamente no plano concreto da eficácia da sentença, enquanto lida com os problemas de execução que se interligam à responsabilidade patrimonial do devedor (CPC, art. 591). No plano abstrato da composição que ora se processa interessa, apenas, o reconhecimento integral do direito patrimonial do vencedor, até porque os eventuais bens futuros do devedor hipossuficiente poderão responder à satisfação do credor.

Ademais, o devedor já conta com garantias suficientes para a conservação da sua dignidade, como o é em razão da impenhorabilidade agasalhada no art. 649 do CPC, ou por aquela regulada pela Lei nº 8.009/90.

Por fim, de acordo com a mesma Lei nº 1.060/50, art. 12, segunda parte, "Se dentro de 5 (cinco) anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita." (g. n.)

Deve ainda o réu sucumbente reembolsar as custas e despesas adiantadas pelo autor-vencedor. Mas estará isento do pagamento das custas finais (Lei 1.060/50, art. 3º, I e II).

Nessas circunstâncias, nenhum gravame incompatível com a ordem jurídica recai sobre o beneficiário da gratuidade judiciária, quando lhe são impostos os ônus comuns da sucumbência. Afinal, se não tiver meios, não estará obrigado à satisfação e, se os tiver ou vier a tê-los, restará inteiramente satisfeito o vencedor.

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos feitos com a inicial e, assim, com fundamento no art. 269, I, do CPC, declaro resolvido o processo, com exame do mérito.

Por força da sucumbência, condeno os autores a pagar honorários advocatícios em proveito do patrocínio da ré, que arbitro em R$

> *1.000,00 (um mil reais), arbitramento feito com apoio no § 4º, do art. 20, do CPC. Isento os autores do pagamento de custas. P. R. I." (fls. 413/423)*

Em que pese o grande respeito e admiração que nutro pelo MM. Juiz sentenciante, ouso discordar do seu entendimento, pelos fundamentos que passo a expor.

No caso dos autos, estamos diante de uma ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*) de todos os atos processuais realizados em sede de ação reivindicatória, na qual não houve a citação do cônjuge Manoel Inocêncio Pereira, ora autor/apelante, casado com Sebastiana Soares Pereira, ré na ação reivindicatória em questão, sob o regime da comunhão universal de bens (fl. 40).

O art. 10, § 1º, I do CPC dispõe, expressamente:

> *"CPC, Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.*
> *§ 1o Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:*
> *I - que versem sobre direitos reais imobiliários; (...)"*

A ação reivindicatória possui natureza de direito real, justamente porque versa sobre direito real imobiliário. Confira-se:

> "*Ações reais imobiliárias. São as que dizem respeito a direitos reais sobre imóveis, como as dominiais (usucapião, reivindicatória, imissão na posse, desapropriação direta, nunciação de obra nova, etc.), como a negatória de servidão. Quando a causa de pedir (fundamento do pedido) for um direito real, caracteriza-se como ação real (Nery, RP 52/171). A ela contrapõe-se a ação pessoal, fundada em direito obrigacional. (...)"*[6]

Sobre o tema, a célebre lição de Pontes de Miranda:

> *"A ofensa à posse ocorre se se toma a posse, ou se se atinge a posse, alterando-a, sem ou contra o querer do possuidor (J. P. Riso,* Das Recht der Eigenmacht, *28). Ofende-se a propriedade se se ofende a posse de quem é proprietário e tem direito a ela, ou por outro modo se causa dano ao proprietário, ou se lhe nega registro tal como tem ele direito a que se faça. Mas a reivindicação é ação do proprietário para vindicar a coisa: supõe-se ter alguém, sem direito, a posse da coisa. Não é o mesmo que reintegrar-se na posse, nem vindicar a posse."*[7]

Aduz a r. sentença apelada que, no caso dos autos, embora comprovada a ausência de citação de um dos cônjuges na ação reivindicatória ajuizada pela TERRACAP, tal vício não caracteriza a nulidade da sentença mas, apenas, a sua ineficácia com relação ao cônjuge não citado, em razão do litisconsórcio necessário (CPC 47).[8]

Todavia, para a maior parte da doutrina e da jurisprudência, a hipótese é de existência de vício insanável, capaz de ensejar a nulidade de todo o processo, e não apenas a ineficácia da sentença com relação ao litisconsorte que não foi citado.

Nesse sentido, a lição de Nelson Nery Júnior em comentários ao citado art. 10, § 1º, I do CPC[9], *verbis*:

> *"Litisconsórcio necessário. Ao contrário do regime do* caput, *aqui é caso de litisconsórcio necessário em virtude de lei, porque a norma exige que ambos os cônjuges figurem no polo passivo da relação processual. A não integração do litisconsórcio passivo acarreta nulidade do processo. Caso sobrevenha sentença, terá sido dada inutilmente (*inutiliter data*), sendo ineficaz e prescindindo de ação rescisória para ser desconstituída, porque não é acobertada pela coisa julgada material (CPC 47)."*[10]

No mesmo sentido, a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> *"A sentença é nula ipso iure quando a relação processual em que se apóia acha-se contaminada de igual vício. Para reconhecê-lo não se reclama a ação rescisória, porque dita ação pressupõe coisa julgada*

> *que, por sua vez, reclama, para sua configuração, a formação e existência de uma relação processual válida.*
> *Se a sentença foi dada à revelia da parte, por exemplo, sem sua citação ou mediante citação nula, processo válido inexistiu e, consequentemente, coisa julgada não se formou. (...)*
> *Dá-se, então, a nulidade* ipso iure, *'tal que impede à sentença passar em julgado' (Lobão, Segundas Linhas, I, nota 578). É por isso que 'em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma', tal se pode também nos embargos à execução'. (...)*
> *Entre outros exemplos de nulidade absoluta da sentença, pode-se citar, além do caso de falta ou nulidade da citação do réu revel, aquele do processo que teve curso e julgamento sem a participação de todos os litisconsortes necessários. (...)"*[11]

Sobre o tema, a jurisprudência do STJ:

> *"(...) 2. A sentença proferida em processo que tramitou sem a citação de litisconsorte passivo necessário está impregnada de vício insanável (transrescisório) que pode ser impugnado por meio de ação autônoma movida após o transcurso do prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória.* Querela nullitatis *que encontra previsão nos arts. 475-L, I e 741, I, do CPC.*
> *3. Por ação autônoma de impugnação (*querela nullitatis insanabilis*) deve-se entender qualquer ação declaratória hábil a levar a Juízo a discussão em torno da validade da sentença.*
> *4. (...) 6. Recurso especial provido. (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 445.664 - AC (2002D 0079463-3), RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON, Data do Julgamento: 24 de agosto de 2010)"*

Confira-se, ainda, a jurisprudência do TJDFT:

> *"(...) A causa de pedir da ação reivindicatória é o direito de propriedade, direito real por excelência, o que evidencia a obrigatoriedade de formação de um litisconsórcio necessário entre os cônjuges (art. 10, § 1º, inciso I, CPC).*

Descabe falar em julgamento extra petita, *se a ineficácia é o efeito previsto pela lei à sentença proferida sem a formação do litisconsórcio necessário (art. 47, CPC).*
Tratando-se de matéria de ordem pública, a ineficácia se estende também ao único cônjuge citado. (...) (20050110370196APC, Relator SÉRGIO BITTENCOURT, 4ª Turma Cível, julgado em 07/04/2010, DJ 16/04/2010 p. 91)"
"(...) 1. Nas ações que versem sobre direitos reais imobiliários ambos os cônjuges devem ser citados. (Inteligência do art. 10, §1º, do CPC). O Juiz não pode decidir a lide sem integração litisconsorcial necessária ou unitária.
2. (...) 4. Sentença cassada. (20060410064114APC, Relator SANDRA DE SANTIS, 6ª Turma Cível, julgado em 13/06/2007, DJ 05/07/2007 p. 144)"
"PROCESSO CIVIL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA MOVIDA PELA TERRACAP - AÇÃO DE DIREITO REAL IMOBILIÁRIO - RÉU CASADO - AMBOS OS CÔNJUGES DEVEM INTEGRAR A LIDE - LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - INUTILIDADE DA SENTENÇA PROFERIDA - APELAÇÃO CONHECIDA E ACOLHIDA PRELIMINAR DE OFÍCIO - PROCESSO ANULADO - SENTENÇA CASSADA.
1. Sendo o réu casado e em se cuidando de Ação Reivindicatória, portanto de natureza real imobiliária, a lei processual (inciso I do § 1º do art. 10 c/c o at. 47 do CPC) impõe a necessária citação de ambos os cônjuges para integrar o polo passivo da lide, sob pena de ser ineficaz a sentença proferida.
2. Apelação conhecida, com o acolhimento da preliminar, de ofício, anulando o processo e cassando a sentença ineficaz, com a baixa dos autos ao juízo de origem para que ORDENE à autora o cumprimento do exigido no inciso I do § 1º do art. 10 do CPC, sob pena de ser declarado extinto o processo sem julgamento do mérito (Parágrafo único do art. 47 do CPC).(20030110806076APC, Relator BENITO TIEZZI, 3ª Turma Cível, julgado em 26/09/2005, DJ 29/11/2005 p. 421)"

Constada, portanto, a ausência de citação de um dos cônjuges na ação reivindicatória ajuizada pela TERRACAP, não há processo válido, tampouco coisa julgada, impondo-se a procedência do pedido da ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*), a fim de que sejam declarados nulos todos os atos processuais realizados na ação reivindicatória em tela.

Reformo, nesse ponto, a r. sentença apelada.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **dou provimento** ao apelo interposto pelos autores, Manoel Inocêncio Pereira e outra, a fim de julgar procedente o pedido da ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*) e declarar nulos todos os atos processuais realizados na ação reivindicatória nº 45676-8/99, determinando a reabertura de prazo para defesa dos réus.

Inverto os ônus de sucumbência.

É como voto.

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

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

DECISÃO

Dar provimento ao recurso. Unânime.

Notas

[1] **CPC, Art. 330.** *O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:*
I - *quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;*

[2] **CPC, Art. 10.** *O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.*
§ 1o Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:
I - que versem sobre direitos reais imobiliários;
II - resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles;

[3] **CC, Art. 1.225.** *São direitos reais:*
I - a propriedade;
II - a superfície;

III - as servidões;
IV - o usufruto;
V - o uso;
VI - a habitação;
VII - o direito do promitente comprador do imóvel;
VIII - o penhor;
IX - a hipoteca;
X - a anticrese.
XI - a concessão de uso especial para fins de moradia;
XII - a concessão de direito real de uso.

[4] **CC, Art. 1.228.** *O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.*

[5] **CPC, Art. 10.** *O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.*
§ 1o Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:
I - que versem sobre direitos reais imobiliários;

[6] *Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, "Código de Processo Civil Comentado", ed. Revista dos Tribunais, 9ª edição, p. 170*

[7] *Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, ed. Bookseller, 2001, 1ª edição, Tomo 14, p. 44*

[8] *CPC, Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.*

[9] *CPC, Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.*
§ 1o Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:
I - que versem sobre direitos reais imobiliários;

[10] *Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, "Código de Processo Civil Comentado", ed. Revista dos Tribunais, 9ª edição, p. 170.*

[11] *Humberto Theodoro Júnior, "Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento", V. I, ed. Forense, 48ª edição, 2008, p. 806/807.*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011135637-6

Apelantes - Carlos Alberto de Fontes e outros
Apelados - METRÔ DF - Companhia do Metropolitano do Distrito Federal e outros
Relator - Des. Mário-Zam Belmiro
Terceira Turma Cível

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. SEQUELAS DE POLIOMIELITE. EMPREGO DE AGENTE DE ESTAÇÃO. INAPTIDÃO PARA O EXERCÍCIO DO EMPREGO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO VÁLIDA. NULIDADE DA DECISÃO. COMPATIBILIDADE DA DEFICIÊNCIA COM AS ATRIBUIÇÕES DO EMPREGO. INTERESSE PÚBLICO. DIREITO À ADMISSÃO.

1- Verificada a irregularidade do ato que considerou os apelantes inaptos ao exercício do emprego pleiteado, em razão de sua deficiente motivação, contrariando a garantia constitucional do contraditório, outra solução não há, senão o reconhecimento de sua invalidade.

2 - O reconhecimento da inaptidão do candidato deve se pautar pela verificação da efetiva incompatibilidade entre a deficiência de que é portador e as atividades afetas ao emprego, sendo impertinente simples alegação de ausência de agilidade necessária em situações de emergência.

3 - Se a perfeita capacidade de locomoção fosse atributo necessário ao exercício do cargo, tal requisito deveria constar expressamente do edital, não se podendo admitir a conduta contraditória da Administração que promove a reserva de vagas aos portadores de deficiência, em cumprimento à determinação legal e, num segundo momento, nega-lhes o acesso ao emprego duramente conquistado.

4- O acolhimento do pleito dos apelantes atende ao princípio da supremacia do interesse público, porquanto as ações que fomentam a inserção dos portadores de deficiência no mercado de trabalho, na medida em que promovem a justiça social, trazem benefícios a toda sociedade.
5- Cumpre à Administração observar o preceito constitucional e legal que impõe a reserva de vagas aos portadores de deficiência, como também promover, de forma efetiva, o acesso aos cargos legitimamente conquistados, realizando as adaptações que se fizerem necessárias ao correto desempenho das atribuições.
6 - Recurso provido.

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

Brasília (DF), 20 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação (fls. 237/240) interposto contra sentença (fls. 226/234) que julgou improcedente o pedido inicial, consubstanciado na declaração de ilegalidade dos atos administrativos perpetrados pela Secretaria de Estado de Gestão Administrativa do Distrito Federal, pelos quais os autores foram considerados inaptos para o exercício das atividades do emprego de Agente de Estação Operacional da Companhia Metropolitano do Distrito Federal.

Buscaram os autores a nulidade da aludida decisão para o reconhecimento de seu direito à posse no emprego público de Agente de Estação, para o qual foram aprovados em concurso realizado pelo CESPE, regido pelo Edital nº 01/2004 - SGA/METRÔ[1], de 23 de setembro de 2004, nas vagas reservadas aos portadores de deficiência.

No entender do ilustre sentenciante, restou demonstrado que as necessidades especiais de que os apelantes são portadores não são compatíveis com as atribuições do emprego público pleiteado, motivo pelo qual deve ser mantida a decisão administrativa questionada.

Inconformados, perseguem os apelantes (fls. 237/240) a reforma do *decisum* monocrático, a fim de que lhes seja garantido o direito de posse e de exercício no aludido emprego público. Para tanto, pedem a nulidade da decisão que os considerou inaptos, pela ausência de fundamentação, e afirmam que possuem capacidade para o exercício das atribuições afetas ao emprego.

Em contrarrazões (fls. 126/129), o apelado rebate os argumentos lançados no apelo, pugnando pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTOS

Des. Mário-Zam Belmiro (Relator) - Presentes os pressupostos legais, conheço do recurso.

Consoante relatado, buscam os apelantes a reforma do julgado monocrático para que seja declarada a nulidade da decisão que os considerou inaptos para o exercício da atividade do emprego de Agente de Estação, em razão da deficiência de que são portadores, bem como o direito à admissão no aludido emprego.

Ao que se percebe dos autos, os apelantes concorreram às vagas destinadas aos portadores de deficiência por apresentarem sequelas de poliomielite[2]. Em razão da aludida deficiência, a Junta Médica formada para avaliar a capacidade dos apelantes os considerou inaptos para o exercício das atribuições afetas ao emprego.

No meu entender, os laudos elaborados pela junta médica não esclarecem suficientemente os motivos pelos quais os apelantes foram considerados inaptos para o exercício do emprego, se limitando a exarar o seguinte parecer: "**CONTRA** *indicado para exercer as atividades do cargo, descritas em anexo, sem colocar em risco a vida do próprio candidato ou de terceiros.*"[3]

Conforme se confere, a fundamentação constante dos laudos supracitados, onde foram apresentadas as razões da inaptidão dos apelantes, não atende ao princípio da motivação dos atos administrativos. É que da sucinta motivação externada pela junta médica não foi dado aos apelantes o conhecimento

dos exatos motivos pelos quais foram considerados inaptos, o que os impossibilitou o exercício do contraditório.

Com efeito, o ato ora impugnado não observou o disposto no artigo 19 da Lei Orgânica do Distrito Federal, que dispõe expressamente o dever de obediência da Administração Pública Distrital ao princípio da motivação, *verbis*:

> *"Art. 19. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Distrito Federal, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade,* ***motivação*** *e interesse público, e também ao seguinte: (...)." (destaquei)*

De igual modo, o artigo 50 da Lei Federal nº 9.784/99, recepcionada pela Lei Distrital 2.834/2001, impõe o dever de motivação dos atos administrativos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses, ou que decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública. Confira-se:

> *"Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*
> ***I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;***
> *II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;*
> ***III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;***
> *(...)*
> *§ 1º A motivação* ***deve ser explícita, clara e congruente****, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*
> ***§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.***
> *(...)."*

Ao contrário do consignado pelo douto Sentenciante, não é possível considerar a manifestação de fls. 89/97 como motivação complementar da decisão

questionada, uma vez que esta deve ser anterior ou concomitante à prática do ato, não se admitindo que seja feita posteriormente. Aliás, a aludida manifestação não foi destinada ao esclarecimento dos candidatos interessados, mas elaboradas após quase um ano da realização dos exames, possivelmente para instrução do presente feito, conforme se verifica de fls. 83/84.

Ressalte-se, ainda, que embora os apelantes não apresentem o mesmo grau de deficiência[4], o motivo da contraindicação ao exercício do emprego foi idêntico, denotando uma mera reprodução mecânica dos fundamentos, em afronta ao disposto no § 2º do supracitado normativo legal.

Desse modo, verificada a irregularidade do ato que considerou os apelantes inaptos ao exercício do emprego pleiteado, em razão de sua deficiente motivação, contrariando a garantia constitucional do contraditório, outra solução não há, senão o reconhecimento de sua invalidade.

Vale notar, nesse ponto, que é cediça a competência do Judiciário no controle da legalidade e legitimidade dos atos administrativos, o que inclui a análise da obediência aos princípios básicos da Administração, dentre os quais, o da motivação, que se constitui como elemento vinculador do ato administrativo em questão.

Sobre o tema, confira-se, por oportuna, a lição de Hely Lopes Meirelles, *verbis*:

> *"A competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, em especial os do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade, indissociáveis de toda atividade pública. (...)*
> *Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com*

conveniências do Governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito.
Não há confundir, entretanto, o mérito administrativo do ato, infenso a revisão judicial, com o exame de seus motivos determinantes, sempre passíveis de verificação em juízo.(...)
Idêntica é a orientação do STF, deixando julgado que 'a legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos sejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo."[5]

Nessa linha de entendimento, colaciono aresto do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO - INVALIDAÇÃO DE EXAME DE APTIDÃO FÍSICA EM CONCURSO PÚBLICO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO -
GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA IMPERATIVA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE - AGRAVO DESPROVIDO.
omissis
2. Todos os atos administrativos, inclusive, os discricionários são passíveis de controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR/88).
Esse controle, mormente nos atos discricionários, depende da devida motivação, como condição de sua própria validade.
3. Segurança concedida, em parte, para assegurar ao Impetrante - Agravado o direito líquido e certo da motivação do ato que invalidou seu teste de aptidão física, bem como as garantias do contraditório e da ampla defesa.
4. Agravo regimental desprovido."

> *(STJ, Sexta Turma, Ministro Paulo Medina, AgRg nos EDcl no RMS 17718/AC, DJ 12.06.2006, p. 542)*

Verificada a invalidade do ato que declarou os apelantes inaptos para o exercício das atividades afetas ao emprego de Agente de Estação Operacional, cumpre analisar seu direito à admissão no emprego em comento.

O Distrito Federal, em sua peça contestatória (fls. 80/88), afirma que a deficiência física apresentada pelos recorrentes os impede de exercer as funções básicas do aludido cargo, ressaltando informações prestadas pela Administração, *verbis*:

> *"Para exercer as atividades do cargo de agente de estação do Metrô--DF, local onde circulam milhares de pessoas, sem colocar em risco a vida do próprio candidato ou de terceiros,* ***é necessário, entre outras qualificações, uma perfeita capacidade de locomoção, pois trata-se de cargo no qual alguns atributos, principalmente, agilidade em situações de emergência, são imprescindíveis****. A contraindicação foi baseada em interesse público, que salvo melhor juízo, se sobrepõe aos direitos individuais. (...)"*[6] *(destaquei)*

Ainda que se considere a manifestação tardia da Administração, ao que se verifica, a declaração de inaptidão dos apelantes se pautou, sobretudo, na ausência de "*uma perfeita capacidade de locomoção*", considerando-se a agilidade um atributo imprescindível em situações de emergência.

No meu entender, o reconhecimento da inaptidão do candidato deve se pautar pela verificação de efetiva incompatibilidade entre a deficiência de que é portador e as atividades afetas ao cargo. A simples alegação de ausência de agilidade necessária em situações de emergência, por certo, não pode motivar a exclusão dos apelantes. A prevalecer tal entendimento, os apelantes não estariam aptos ao exercício de nenhuma atividade laboral, haja vista que situações de emergência podem surgir a qualquer hora, em qualquer lugar.

Com efeito, a pessoa portadora de necessidades especiais, ao se inscrever em concurso público, deve se atentar para as atribuições do emprego, previstas no edital, a fim de verificar a compatibilidade entre a deficiência que apresenta e o desempenho das atividades inerentes ao cargo pretendido.

Cumpre, então, verificar o disposto no edital, em relação às atividades afetas ao emprego em comento:

> *"DESCRIÇÃO SUMÁRIA DAS ATIVIDADES: executar serviços próprios das estações e dos terminais de integração, vendendo bilhetes, prestando informações e operando equipamentos vinculados às estações."*[7]
> *Como exemplos de atribuições, o documento de fls. 107/108 lista:*
> *- Preparar as instalações das estações para pleno serviço;*
> *- Realizar venda de bilhete e proceder à consolidação e fechamento do caixa de bilheteria;*
> *- Prestar informações ao público sobre a operação do sistema, inclusive sobre eventuais anormalidades e atrasos de trens;*
> *- Operar equipamentos vinculados aos serviços das estações, tais como: equipamentos de bloqueio, escadas rolantes, elevadores, grupos geradores diesel, rádio-telefone, subestações auxiliares, equipamento de audição pública, bombas d' água, bombas de esgoto, sistema de ventilação, painéis de disjuntores e outros equipamentos das estações;*
> *- Operar máquinas de chave e painéis de controle local, quando solicitado pelo CCO, desde que devidamente habilitado;*
> *- Operar centrais de informações e centrais de achados e perdidos;*
> *- Realizar atendimento de primeiros socorros e combate a incêndio;*
> *- Auxiliar o embarque e o desembarque de passageiros idosos e deficientes físicos;*
> *- Atuar na evacuação de passageiros e nas situações de emergência e acidentes, conforme as normas e os procedimentos vigentes, quando necessário;*
> *- Fiscalizar a entrada e a saída de usuários através das linhas de bloqueios;*
> *- Controlar e orientar o fluxo de usuários nas estações, terminais e acessos;*

- Proceder ao licenciamento de trens conforme normas vigentes, quando necessário;
- Verificar as condições de higiene e limpeza das estações, adotando as providências necessárias;
- Transmitir mensagens educativas/informativas ao público, utilizando equipamento apropriado;
- Guardar, registrar, movimentar, prestar contas de valores e numerários da estação, conforme procedimentos vigentes;
- Zelar pela conservação das instalações, equipamentos, mobiliários e demais bens da Companhia;
- Executar, quando necessário, apoio administrativo;
- Preencher documentos próprios das estações;
- Colaborar com os órgãos competentes na análise de acidentes, suas causas e meios de evitá-los;
- Organizar e arquivar documentos próprios das estações;
- Apoiar o corpo de segurança, quando necessário;
- Utilizar recursos de informática, tais como: microcomputadores, terminais de vídeo, impressoras, etc.;
- Cumprir as normas e os procedimentos vigentes;
- Executar outras tarefas correlatas da mesma natureza e nível de complexidade.

No que se refere à deficiência apresentada pelos apelantes, de acordo com informações colhidas no sítio do Ministério da Saúde, a poliomielite, ou "paralisia infantil", acomete "os membros inferiores, de forma assimétrica, tendo como principal característica a flacidez muscular, com sensibilidade conservada e arreflexia no segmento atingido."[8]

Em que pese a ausência de perícia médica específica, da análise atenta dos exemplos supracitados, verifica-se que os apelantes estão, de fato, aptos a exercer a maioria das atribuições afetas ao emprego perseguido. Com efeito, grande parte das atividades é passível de ser executada por pessoas com dificuldades de locomoção, ainda que cadeirantes.

No meu entender, o fato dos apelantes possuírem limitações para o desempenho de algumas tarefas que exigem mobilidade plena não é motivo para que lhes seja negado o acesso ao emprego pretendido.

Aliás, se a perfeita capacidade de locomoção fosse atributo necessário ao exercício do cargo, tal requisito deveria constar expressamente do edital, não se podendo admitir a conduta contraditória da Administração que promove a reserva de vagas aos portadores de deficiência, em cumprimento à determinação legal e, num segundo momento, nega-lhes o acesso ao emprego duramente conquistado.

Registre-se, ainda, que o atendimento ao pleito dos apelantes atende ao princípio da supremacia do interesse público, porquanto as ações que fomentam a inserção dos portadores de deficiência no mercado de trabalho, na medida em que promovem a justiça social, traz benefícios a toda sociedade.

A meu sentir, cumpre à Administração não somente observar o preceito constitucional[9] e legal[10] que impõe a reserva de vagas aos portadores de deficiência, mas, principalmente, promover, de forma efetiva, o acesso aos cargos legitimamente conquistados, realizando as adaptações que se fizerem necessárias ao correto desempenho das atribuições.

Nesse sentido, confira-se aresto do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL - DEFICIÊNCIA VISUAL - RESERVA DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - PRETERIÇÃO DO CANDIDATO EM RAZÃO DA LIMITAÇÃO FÍSICA - INCONSTITUCIONALIDADE - RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. Reconhece-se como discriminação legal em concurso público a chamada reserva de vagas para os portadores de necessidades especiais, prevista no art. 37, inciso VIII, CR/88; no art. 2º, inciso III, alínea "d", da Lei nº 7.853/89; no art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90, e no art. 37 do Decreto nº 3.298/99.*
>
> *2. Se a lei e o edital previram a reserva de vagas aos portadores de necessidades especiais e se a autoridade coatora aceitou a inscrição e submeteu a candidata a exames objetivos, não há motivo para não nomeá-la, pela simples alegação de sua limitação total da visão.*
>
> **3. O serviço público deve ser tecnologicamente aparelhado para o desempenho de atividades por agentes portadores de necessidades especiais, para atender ao princípio da isono-**

> **mia e da ampla acessibilidade aos cargos públicos.**
> *4. Recurso provido. (destaquei)*
> *(STJ, RMS 18401/PR)*

Por oportuno, destaco pronunciamento do ilustre Ministro Carlos Ayres Britto que, ao reconhecer o direito ao candidato portador de visão monocular de concorrer às vagas reservadas aos portadores de deficiência, brilhantemente ponderou:

> *"(...) nunca é demasiado lembrar que o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, 'como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista sem preconceitos'.* ***Sendo certo que reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica e política de ação afirmativa que se inscreve, justamente, nos quadros da sociedade fraterna que a nossa Carta Republicana idealiza a partir das suas disposições preambulares.***
> *(...) devo reconhecer que as razões acima expostas, aliadas à compreensão de que o valor social do trabalho constitui um dos fundamentos da República, já seriam suficientes para dar provimento ao recurso."*[11] *(destaquei)*

Destarte, tenho que merece amparo o pleito dos apelantes, seja porque impertinente o motivo invocado pela Administração para lhes considerar inaptos, seja pela verificação da compatibilidade da deficiência de que são portadores com o exercício das atribuições do emprego.

Por fim, vale notar que o servidor público somente adquire os direitos inerentes ao cargo após entrar em exercício. Desse modo, o reconhecimento do direito dos apelantes à admissão no emprego pretendido não gera efeitos financeiros retroativos, haja vista que o servidor só faz jus à remuneração após a efetiva prestação do trabalho.

Nesse sentido já me pronunciei em outra oportunidade, conforme se confere do seguinte aresto:

> *"DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. CANDI-*

> *DATO PORTADOR DE VISÃO MONOCULAR. DIREITO A CONCORRER ÀS VAGAS DESTINADAS AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. CITAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO NÃO CARACTERIZADO. EFEITOS FINANCEIROS RETROATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.*
> *1.NÃO HÁ LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO, UMA VEZ QUE INEXISTE QUALQUER RELAÇÃO DE DIREITO MATERIAL ENTRE OS DEMAIS CANDIDATOS APROVADOS PARA AS VAGAS RESERVADAS AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E A AUTORA.*
> *2.A TEOR DO DISPOSTO NO ENUNCIADO DE SÚMULA 377 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, "O PORTADOR DE VISÃO MONOCULAR TEM DIREITO DE CONCORRER, EM CONCURSO PÚBLICO, ÀS VAGAS RESERVADAS AOS DEFICIENTES".*
> *3.SE NÃO HOUVE TRABALHO PRESTADO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM REMUNERAÇÃO RETROATIVA, SOB PENA DE SE PROMOVER O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO SERVIDOR EM DETRIMENTO DO ESTADO.*
> *4.DEVE SER MANTIDA A SENTENÇA QUE OBSERVOU DEVIDAMENTE A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA E PROPORCIONAL, APLICANDO O DISPOSTO NO ARTIGO 21,* CAPUT, *DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.*
> *5.DESPROVIDOS OS RECURSOS DE APELAÇÃO E A REMESSA OFICIAL."*
> *(APC 2009 01 1 014557-0, DJ-e: 15.04.2010)*

No mesmo entendimento segue a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> *"AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSOS ESPECIAIS. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.*

CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS ESTABELECIDAS NO EDITAL DO CERTAME. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO. INDENIZAÇÃO. EFEITO FINANCEIRO RETROATIVO À DATA DA POSSE. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO A QUO FIRMADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ENUNCIADO 83, DA SÚMULA DO STJ.

omissis

2. A jurisprudência do STJ entende indevida a percepção de vencimentos, inclusive a título de indenização, a candidatos preteridos na ordem de classificação em certame público, posteriormente nomeados pela Administração, por força de decisão judicial, porquanto a percepção da retribuição pecuniária impõe o efetivo exercício do cargo.

3. Agravos regimentais da União e de Micheline Garcia Cavalcanti de Almeida aos quais se nega provimento."

(STJ, Relator Ministro Celso Limongi, AgRg no REsp 615459/SC, DJe 07.12.2009)

Com essas considerações, **DOU PROVIMENTO** ao apelo para reformar a sentença e declarar a nulidade da decisão exarada no Laudo da Junta Médica[12] que concluiu pela inaptidão dos apelantes para o exercício do emprego de Agente de Estação, para o qual obtiveram aprovação mediante concurso público realizado pelo CESPE, regido pelo Edital nº 01/2004 - SGA/METRÔ, de 23 de setembro de 2004, e condenar os apelados a promover a admissão dos recorrentes no aludido emprego, na cota reservada aos portadores de deficiência, observada a ordem de classificação.

Sem custas e honorários.

É o meu voto.

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

Cuida-se de Apelação Cível interposta por CARLOS ALBERTO DE FONTES E OUTRO, contra a r. sentença de fls. 226/234.

Na origem, os ora apelantes ajuizaram Ação anulatória de ato administrativo em desfavor do DISTRITO FEDERAL, objetivando anulação da

decisão que os considerou inaptos para o exercício das funções pertinentes ao cargo de Agente de Estação do Metrô - DF.

Alegam, para tanto, que se inscreveram no concurso para concorrerem na reserva de vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais, em razão de serem portadores de sequelas de poliomielite aguda. No entanto, foram considerados inaptos para o exercício das funções pertinentes ao cargo pleiteado em decisão administrativa que padeceria de nulidade, porquanto não estaria devidamente fundamentada e motivada.

O DISTRITO FEDERAL, por sua vez, apresentou contestação (fls. 98/115) alegando, em breve síntese, que os atos foram devidamente fundamentados, mormente porque demonstram que o nível de deficiência dos autores não é compatível com o exercício das funções exigidas para o cargo de Agente de Estação do Metrô - DF.

A COMPANHIA DO METROPOLITANO DO DISTRITO FEDERAL - METRÔ DF ingressou no feito como assistente litisconsorcial, também ofertando contestação pleiteando a improcedência dos pedidos da exordial (fls. 98/115).

Após regular trâmite do feito, o d. Magistrado *a quo* julgou improcedentes os pedidos deduzidos na inicial e condenou os autores ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais), no entanto, com exigibilidade suspensa ante o deferimento da gratuidade de justiça.

Irresignados, os autores interpuseram recurso de apelação (fls. 237/240) requerendo a reforma da r. sentença para declarar procedentes os pedidos da inicial, aduzindo, em suma, os mesmos fundamentos da exordial.

Contrarrazões ofertadas pela COMPANHIA DO METROPOLITANO DO DISTRITO FEDERAL - METRÔ DF às fls. 249/253.

É o breve relato.

Após detida análise dos autos, reputo que a r. sentença vergastada merece reparos.

Para o deslinde da controvérsia, cumpre analisar se o grau de deficiência dos apelantes é incompatível com o exercício das atribuições inerentes ao cargo de Agente de Estação do Metrô - DF.

Com efeito, o item 2.3 do Edital prevê o desempenho das seguintes atividades para o cargo pretendido pelos apelantes:

> *"(...) DESCRIÇÃO SUMÁRIA DAS ATIVIDADES: executar serviços próprios de estações e dos terminais de integração, vendendo bilhetes, prestando informações e operando os equipamentos vinculados às estações".*[13]

Os laudos das juntas médicas que contraindicaram a nomeação dos autores, por sua vez, esmiuçaram alguns exemplos de atribuições para o cargo, *in verbis*:

> *"- Preparar as instalações das estações para pleno serviço;*
> ***- Prestar informações ao público sobre a operação do sistema, inclusive sobre eventuais anormalidades e atrasos de trens;***
> *- Operar equipamentos vinculados aos serviços das estações, tais como: equipamentos de bloqueio, escadas rolantes, elevadores, grupos geradores diesel, rádio-telefone, subestações auxiliares, equipamento de audição pública, bombas d' água, bombas de esgoto, sistema de ventilação, painéis de disjuntores e outros equipamentos das estações;*
> *- Operar máquinas de chave e painéis de controle local, quando solicitado pelo CCO, desde que devidamente habilitado;*
> ***- Operar centrais de informações e centrais de achados e perdidos;***
> *- Realizar atendimento de primeiros socorros e combate a incêndio;*
> *- Auxiliar o embarque e o desembarque de passageiros idosos e deficientes físicos;*
> *- Atuar na evacuação de passageiros e nas situações de emergência e acidentes, conforme as normas e os procedimentos vigentes, quando necessário;*
> *- Fiscalizar a entrada e a saída de usuários através das linhas de bloqueios;*
> *- Controlar e orientar o fluxo de usuários nas estações, terminais e acessos;*
> ***- Proceder ao licenciamento de trens conforme normas vigentes, quando necessário;***
> ***- Verificar as condições de higiene e limpeza das estações, adotando as providências necessárias;***
> ***- Transmitir mensagens educativas/informativas ao público, utilizando equipamento apropriado;***

> ***- Guardar, registrar, movimentar, prestar contas de valores e numerários da estação, conforme procedimentos vigentes;***
> ***- Zelar pela conservação das instalações, equipamentos, mobiliários e demais bens da Companhia****;*
> ***- Executar, quando necessário, apoio administrativo****;*
> ***- Preencher documentos próprios das estações****;*
> *- Colaborar com os órgãos competentes na análise de acidentes, suas causas e meios de evitá-los;*
> ***- Organizar e arquivar documentos próprios das estações****;*
> *- Apoiar o corpo de segurança, quando necessário;*
> ***- Utilizar recursos de informática, tais como: microcomputadores, terminais de vídeo, impressoras, etc;***
> ***- Cumprir as normas e os procedimentos vigentes****;*
> *- Executar outras tarefas correlatas da mesma natureza e nível de complexidade." (grifei)*

Os autores possuem seqüelas de poliomielite aguda, mais conhecida como paralisia infantil, que impõem restrições aos seus movimentos, porquanto determinam, em geral, uma parcial paralisia dos membros inferiores.

Analisando as atividades descritas e o nível de deficiência dos autores, reconheço que existem atribuições que não lhes são compatíveis, no entanto, vejo que diversas outras atribuições são perfeitamente exercíveis por portadores desse grau de deficiência, como, por exemplo, a venda de bilhetes, o arquivamento de documentos, bem como as demais atividades grifadas na lista de atribuições acima.

Não se olvida que a contratação de deficientes físicos imponha restrições às atribuições que lhes poderão ser acometidas, no entanto, deve ser considerado que é dever da Administração Pública a adoção de ações afirmativas no sentido de incluir minorias no mercado de trabalho, principalmente em se tratando de concurso público.

Trata-se de um mecanismo de inclusão social que deve, na medida do possível, ser aplicado pelo Poder Público, assegurando a aplicação da acessibilidade aos portadores de deficiência física prevista no art. 37, VIII, da Constituição Federal.

Logo, existindo um rol considerável de atribuições que podem, sem qualquer prejuízo, serem realizadas pelos apelantes, reputo que atende melhor ao interesse público garantir-lhes a nomeação, mormente porque as vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais representam apenas 20%

dos aprovados no certame[14], de modo que é perfeitamente razoável e não traria nenhum prejuízo à Administração Pública que se reserve as atribuições compatíveis aos deficientes físicos.

Portanto, ainda que se entenda como regular a concisa motivação do laudo que julgou os apelantes inaptos para o exercício das atribuições do cargo de Agente de Estação do Metrô - DF (fl. 14,20 e 27), deve ser assegurada a nomeação dos apelantes, em razão da inquestionável compatibilidade de suas deficiências com a maioria das atribuições inerentes ao cargo para o qual concorreram.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO AO APELO,** para declarar nulo o ato administrativo que considerou os autores/apelantes inaptos para o exercício das atribuições do cargo de Agente de Estação do Metrô-DF, bem como para condenar a ré METRÔ DF - COMPANHIA DO METROPOLITANO DO DISTRITO FEDERAL a promover à nomeação dos apelantes, observada a ordem de classificação.

É como voto.

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

DECISÃO

Conhecer. Dar provimento ao recurso. Unânime.

Notas

1 *Fls. 34/51.*
2 *Fls.17 e 23.*
3 *Fls. 14 e 20.*
4 *Fls.14 e 20.*
5 *MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.707/708.*
6 *Fls. 89 e 96.*
7 *Fl. 38.*
8 *http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/gve7edwebatualpoliomielite.pdf*
9 *CF, artigo 37, inciso VIII.*
10 *Lei 8.112/90, artigo 5º, § 2º.*
11 *STF, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 26.071-1/DF.*
12 *Fls. 14 e 20.*
13 *Fl. 38.*
14 *Art, 5º, § 2º, da Lei nº. 8.112/90.*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006011131579-4

Apelante - Brasil Telecom S/A
Apelado - Messias Eugênio Guimarães
Relatora - Desa. Nídia Corrêa Lima
Terceira Turma Cível

EMENTA

DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONHECIMENTO. SUBSCRIÇÃO COMPLEMENTAR DE AÇÕES. EMPRESA DE TELEFONIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* REJEITADA. PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO AFASTADA. MÉRITO: VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO (VPA). DATA DE APURAÇÃO. BALANCETE DO MÊS DA INTEGRALIZAÇÃO. GRUPAMENTO DE AÇÕES.

A legitimidade passiva da BRASIL TELECOM S/A, sucessora da Telebrás, que incorporou a Telebrasília S/A por ocasião do processo de desestatização e cisão, decorre da celebração do contrato de participação financeira com o escopo de sucedê-la em direito e obrigações.

A dispensa da realização de perícia, antes deferida, não configura cerceamento de defesa nos casos em que a matéria controvertida é eminentemente de direito, ou quando há nos autos elementos suficientes para a formação do convencimento do magistrado.

Conforme entendimento pacificado pela 2ª Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça, não tem aplicação o prazo de prescrição fixado no art. 287, II, 'g' da Lei nº 6.404/76, introduzido pela Lei nº 10.303/2001, porquanto o direito pleiteado a título de subscrição suplementar de ações não constitui obrigação de caráter societário, mas direito de natureza pessoal obrigacional. Assim, em face da regra de transição descrita no artigo 2.028 do Código Civil, aplica-se, *in casu*, o lapso prescricional de 20 (vinte) anos, contado da data de assinatura do acordo.

Encontrado o Valor Patrimonial da Ação - VPA, consoante cálculo realizado "com base no balancete do mês da integralização", a apuração da diferença do número de ações a serem convertidas em pecúnia deve observar a cotação da data em que as ações foram negociadas ou transferidas.
Agravo Retido conhecido e não provido. Apelação Cível conhecida. Preliminar e prejudicial de mérito rejeitadas. No mérito, recurso não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os senhores Desembargadores da (o) 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Nídia Corrêa Lima - Relatora, Humberto Adjuto Ulhôa - Revisor e João Batista - Vogal, sob a presidência do(a) Desembargador(a) Nídia Corrêa Lima, em conhecer, rejeitar a preliminar e a prejudicial de prescrição e negar provimento ao recurso, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de Apelação interposto por BRASIL TELECOM S/A em face da r. sentença de fls. 463-467.

Na origem, MESSIAS EUGÊNIO GUIMARÃES ajuizou Ação de Conhecimento em desfavor da ora apelante, objetivando a suplementação de ações, com a percepção dos respectivos dividendos, em virtude de descumprimento do contrato de participação financeira firmado com a Telebrasília – Telecomunicações de Brasília, empresa do Sistema Telebrás.

A ré ofertou contestação suscitando preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e prejudicial de prescrição. Quanto ao mérito, alegou que a subscrição da quantidade de ações com base no valor desta em balanço financeiro posterior ao aporte encontrava-se amparada nas portarias 1361/76, 881/90 e 86/90.

Pela r. decisão de fls. 336/338 a d. Magistrada de primeiro grau rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva e a prejudicial de prescrição.

Em face da decisão que dispensou a produção de prova pericial (fl. 348), a ré interpôs agravo de instrumento, o qual foi convertido em agravo retido (fl. 428).

Pela r. sentença recorrida, a d. Juíza de primeiro grau julgou procedente a pretensão deduzida na inicial nos seguintes termos:

> *"Forte em tais razões, julgo PROCEDENTE o pedido para condenar a ré a (i) cumprir o contrato PEX 9013110296, com a entrega das ações da companhia correspondentes à diferença apurada entre as já recebidas e aquelas efetivamente devidas, destacando-se que o cálculo das ações devidas deverá levar em conta o valor patrimonial apurado com base no balancete do mês em que foi realizado o pagamento, nos termos da jurisprudência colacionada; (ii) pagar os dividendos decorrentes das novas ações que não foram disponibilizados ao autor no momento devido, valor esse acrescido de correção monetária e juros legais. Nessa última hipótese, a correção monetária computa-se desde a data em que dividendos deveriam ter sido pagos; os juros terão como termo inicial a data da citação.*
>
> *Por via de conseqüência, condeno a ré ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, esses que ora fixo em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.*
>
> *Oportunamente proceder-se-á à liquidação por arbitramento."*

Inconformada, a ré BRASIL TELECOM S/A interpôs recurso de apelação (fls. 472-499), pleiteando, inicialmente, o julgamento do Agravo Retido interposto às fls. 422-433. Suscitou preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e prejudicial de prescrição. Quanto ao mérito, discorreu acerca das normas aplicáveis aos critérios de emissão de ações e sustentou a legalidade "da emissão de ações de acordo com o valor patrimonial apurado no primeiro balanço após o cumprimento do contrato". Por fim, requereu que a complementação acionária observe o grupamento de ações ocorrido após a privatização.

Preparo regular à fl. 500.

Contrarrazões ofertadas às fls. 596-603.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Nídia Corrêa Lima (Relatora) - Conheço do Recurso de Apelação e do Agravo Retido, uma vez que presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

Cuida-se de Apelação Cível interposta por BRASIL TELECOM S/A em face da r. sentença de fls. 463-467.

Na origem, MESSIAS EUGÊNIO GUIMARÃES ajuizou Ação de Conhecimento em desfavor da ora apelante, objetivando a suplementação de ações, com a percepção dos respectivos dividendos, em virtude de descumprimento do contrato de participação financeira firmado com a Telebrasília – Telecomunicações de Brasília Companhia, empresa do Sistema Telebrás.

A d. Magistrada de primeiro grau rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva e a prejudicial de prescrição (fls. 336/338).

Em face da decisão que dispensou a produção de prova pericial (fl. 348), a ré interpôs agravo de instrumento, o qual foi convertido em agravo retido (fl. 428).

A d. Juíza sentenciante afastou a prejudicial de prescrição. Quanto ao mérito, julgou procedente a pretensão deduzida na inicial, para condenar a empresa ré ao cumprimento da obrigação de entregar a diferença relativa às ações da companhia já recebidas daquelas efetivamente devidas, cujo cálculo deverá estar de acordo com o valor patrimonial apurado com base no balancete do mês em que foi realizado o pagamento, bem como de pagar os dividendos decorrentes das novas ações, corrigidos da data em deveriam ter sido pagos e acrescidos de juros legais, a contar da citação. Por fim, condenou a parte ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixou em R$1.000,00 (mil reais).

Em suas razões de apelo, a ré BRASIL TELECOM S/A pleiteou, inicialmente, o julgamento do Agravo Retido interposto às fls. 422-433. Suscitou preliminar de ilegitimidade passiva ad causam e prejudicial de prescrição. No mérito, discorreu acerca das normas aplicáveis aos critérios de emissão de ações e aduziu a legalidade *"da emissão de ações de acordo com o valor patrimonial apurado no primeiro balanço após o cumprimento do contrato"* que rege a relação entre as partes. Por fim, requereu que a complementação acionária observe o grupamento de ações ocorrido após a privatização.

DO AGRAVO RETIDO

Nos termos do art. 523 do Código de Processo Civil, a empresa ré/apelante requereu a análise do Agravo Retido interposto contra decisão de fl. 348 que dispensou a produção de prova pericial.

Para tanto, a ré alegou que a realização de perícia na fase de conhecimento se faz indispensável, porquanto se destina a demonstrar se a emissão das ações foi, ou não, realizada de maneira adequada.

Razão não assiste à apelante.

Compulsando os autos, observa-se que a d. Magistrada de primeiro grau, de forma acertada, dispensou a produção da prova pericial, na medida em que concluiu que a aludida prova em nada contribuiria para o desfecho da demanda, já que a matéria pode ser apreciada por meio de prova documental.

Na verdade, trata-se de matéria exclusivamente de direito e quanto à eventual diferença do número de ações, tal discrepância pode ser apurada por meio de cálculo aritmético, pois envolve apenas os dados relativos à data da contratação, o valor integralizado, o valor patrimonial da ação vigente na data da contratação e o número de ações já subscritas, informações que podem ser obtidas pela própria apelante, mediante consulta a seus arquivos.

Desse modo, sendo a matéria exclusivamente de direito, a dispensa de prova pericial não constitui cerceamento ao direito de defesa.

Nesse sentido, colaciono arestos deste egrégio Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> *"PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. TELEBRÁS. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES E PAGAMENTO DE DIVIDENDOS. DIFERENÇA. MATÉRIA FÁTICA PASSÍVEL DE COMPROVAÇÃO PELA VIA DOCUMENTAL. É de todo desnecessária a produção de prova pericial para comprovar a adequação da emissão e subscrição das ações às normas regulamentares, eis que se trata de matéria exclusivamente de direito. A confrontação entre a quantidade de ações que o autor recebeu com a quantidade que teria recebido se a emissão tivesse ocorrido segundo os critérios que entende corretos, conquanto se trate de matéria fática, pode ser comprovada mediante documentos, razão porque a prova pericial é despicienda." (20100020049417AGI,*

Relator CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, julgado em 09/06/2010, DJ 24/06/2010 p. 62)

"DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONHECIMENTO. EMPRESA DE TELEFONIA. SUBSCRIÇÃO COMPLEMENTAR DE AÇÕES. CONVERSÃO EM PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. AGRAVO RETIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRESCRIÇÃO. (...) O juiz não está atrelado a uma ou outra prova requerida pelas partes, pois o princípio do livre convencimento motivado o autoriza a julgar o feito com base nas provas que lhe sejam conclusivas ao litígio, para extrair delas o convencimento necessário e, fundamentadamente, realizar a prestação jurisdicional. Daí porque inexiste cerceamento de defesa quando o juiz indefere a produção de prova pericial desnecessária ao deslinde da ação. (...) Agravo da Brasil Telecom S/A não conhecido. Agravo da Telebrás conhecido e parcialmente provido. Apelo conhecido e provido." (20080110427934APC, Relator ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, julgado em 05/05/2010, DJ 13/05/2010 p. 146)

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO,** mantendo incólume a r. decisão interlocutória de fl. 348.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA

A ré/apelante suscitou preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que as ações foram emitidas pela Telebrás, empresa que, nada obstante a cisão, subsiste com personalidade jurídica própria e continua em plena atividade. Aduziu que as ações foram negociadas na bolsa de valores em data anterior à privatização e que ao adquirir o controle acionário da Telebrasília, empresa do grupo Telebrás, a sucessão se deu de forma parcial, mantendo-se a empresa sucedida responsável pela liquidação das obrigações assumidas em data anterior à "desestatização".

A preliminar há de ser **rejeitada**, porquanto é cediço que a requerida foi constituída após a cisão da empresa Telebrás. Esta, por sua vez, era responsável pela Telebrasília S/A., que foi incorporada por ocasião do processo de desestatização. Ademais, o edital de licitação que orientou o processo de desestatização é indene de dúvida quanto à responsabilidade da sociedade empresária criada com a cisão

da TELEBRÁS, a teor do que dispõe o art. 229, § 1º, da Lei n. 6.404/76 (Lei das S/A's). Confira-se:

> *"Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.*
> *§1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados".*

Assim, tenho que compete à Brasil Telecom, como sucessora da empresa desestatizada e cindida, a responsabilidade pelas obrigações contratuais assumidas pela empresa sucedida, razão por que resta configurada sua legitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda.

Nesse sentido, a jurisprudência desta egrégia Corte, *ad litteram:*

> *"DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL - SOCIEDADE ANÔNIMA - SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES - DIREITO À COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES - CERCEAMENTO DE DEFESA - ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM PRESCRIÇÃO - NATUREZA PESSOAL DA PRETENSÃO - APLICAÇÃO DO ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 C/C ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - CRITÉRIO DE CAPITALIZAÇÃO DAS AÇÕES - CUMPRIMENTO DA PORTARIA MINISTERIAL - ABUSIVIDADE -TEORIA DA SUPRESSIO - VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO - BALANCETE DO MÊS DA INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL - SÚMULA 371/STJ. -* ***Considerando que a Brasil Telecom S/A, na cisão do Sistema Telebrás, incorporou a antiga Telebrasília, passou a ser responsável pelas obrigações***

da empresa sucedida, é parte legítima para figurar no polo passivo das ações em que se discute contrato de participação financeira firmado com a mencionada empresa extinta. *(...)" (20080111582512APC, Relator SÉRGIO BITTENCOURT, 4ª Turma Cível, julgado em 13/01/2010, DJ 25/01/2010 p. 93)*

"CIVIL. EMPRESARIAL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA EM SOCIEDADE POR AÇÕES. EMPRESAS DE TELEFONIA. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DE PREJUDICIAL DE MÉRITO DA PRESCRIÇÃO AFASTADAS. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. DATA DA ENTRADA EM VIGOR DA NOVEL LEGISLAÇÃO CIVIL. VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO. APURAÇÃO. BALANCETE DO MÊS DA INTEGRALIZAÇÃO. SÚMULA Nº 371 DO STJ. - ***A legitimidade da Brasil Telecom S.A. para figurar no polo passivo, em ação que tem como objeto atribuir responsabilidade decorrente de contrato celebrado com a Telecomunicações de Brasília S.A. - Telebrasília, por assumir o seu controle acionário por meio do processo de privatização da prestação de serviço de telefonia, é induvidosa. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada.*** *(...)" (20070111414635APC, Relator OTÁVIO AUGUSTO, 6ª Turma Cível, julgado em 06/05/2009, DJ 20/05/2009 p. 163)*

"CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. PRESCRIÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. VALOR. (...) 2 - ***Como a Brasil Telecom, na desestatização do setor de telefonia, sucedeu a Telebrasília, tem legitimidade para figurar no polo passivo de ação cuja finalidade é transferir a ela a responsabilidade por contratos de participação financeira celebrados com a extinta Telebrasília.*** *(...)"*

(20060111189049APC, Relator JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, julgado em 16/12/2009, DJ 20/01/2010 p. 156)

Destarte, **REJEITO** a preliminar.

DA PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO

A empresa ré/apelante sustentou que a pretensão deduzida na inicial restou fulminada pela prescrição, ao argumento de que deve ser aplicada a presente hipótese o prazo prescricional trienal previsto no art. 287, inc. III, alínea "g", da Lei 6.404/76, uma vez que o direito que o autor busca assegurar é decorrente de sua condição de acionista.

Sem razão a recorrente, uma vez que, consoante entendimento já pacificado pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, o direito pleiteado a título de subscrição suplementar de ações não constitui obrigação de caráter societário, mas direito de natureza pessoal obrigacional.

Cumpre destacar que a prescrição submetia-se ao disposto no art. 177 do Código Civil de 1916, o qual fixava em 20 (vinte) anos o lapso prescricional. Ocorre que o Código Civil de 2002 reduziu o prazo prescricional para 10 (dez) anos, conforme o seu artigo 205.

Tendo em vista que até a data da entrada em vigor da Nova Lei Civil já havia transcorrido mais da metade do prazo prescricional previsto na norma revogada, impõe-se a aplicação, in casu, do prazo de 20 (vinte) anos, consoante o disposto no art. 177 do CC/16 (art. 2.028).

Confira-se, a respeito, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça e desta egrégia Corte, *in verbis*:

> *"COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PROPÓSITO NITIDAMENTE INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO PARA SUBSCRIÇÃO COMPLEMENTAR DE AÇÕES. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INOCORRÊNCIA. DIREITO PESSOAL. PRAZO VINTENÁRIO OU DECENÁRIO. I.* ***A prescrição incidente nas ações que visem à subscrição complementar de ações rege-se pelo prazo vintenário ou decenário, conforme as regras do anterior ou do atual Código Civil, porquanto trata a espécie de direito pessoal. II. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, improvido este.*** *" (4ª Turma, AgR-REsp n. 1.026.619/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 29.09.2008)*
>
> *"CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL.*

PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO. ART. 287, II, 'G', DA LEI 6.404/76. INAPLICABILIDADE. (...) 4. ***Em se tratando de demanda que tem por objeto relação de natureza tipicamente obrigacional, não se aplica a prescrição de que trata o art. 287, II, 'g', da Lei n. 6.404/76. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá provimento****." (4ª Turma, ED-AG n. 981.100/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, unânime, DJe de 01.09.2008)*

"COMERCIAL. AÇÕES. SUBSCRIÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO. BRASIL TELECOM. PRESCRIÇÃO. 1 - ***Esta Corte firmou entendimento no sentido da não aplicação do lapso temporal previsto no art. 287, II, 'g' da Lei nº 6.404/76, introduzido pela Lei nº 10.303/2001, porquanto trata-se de direito obrigacional decorrente de contrato de participação financeira e não societário. Desta forma, incide, na espécie, a prescrição prevista no art. 177 do Código Civil de 1916 e nos arts. 205 e 2.028 do Código Civil de 2002. 2 - Agravo regimental desprovido."*** *(4ª Turma, AgR-REsp n. 845.763/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 01.10.2007)*

"OBRIGAÇÃO DE FAZER. AGRAVO RETIDO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. COMPLEMENTAÇÃO. TELEBRÁS. BRASIL TELECOM. LEGITIMIDADE PASSIVA. SUCESSÃO. DIFERENÇA DEVIDA. CÁLCULO. VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO NO MÊS DA INTEGRALIZAÇÃO. (...) II - ***A pretensão deduzida na ação que versa sobre o direito à complementação de ações em face do descumprimento de contrato de participação financeira firmado com sociedade anônima é de natureza pessoal, daí porque a prescrição é regulada pelo art. 177 do CC/16 (art. 205 e 2.028 do CC/02). Prejudicial afastada.*** *(...)" (20080110032603APC, Relator VERA ANDRIGHI, 1ª Turma Cível, julgado em 24/03/2010, DJ 13/04/2010 p. 101)*

Tem-se, portanto, que não se aplica ao caso em apreço o prazo prescricional previsto no art. 287 da Lei das Sociedades por Ações.

No que tange à prescrição relativa aos dividendos, tenho que igualmente há de ser afastada a prejudicial suscitada, uma vez que se trata de prestação acessória às ações, cujo termo inicial para a contagem do prazo prescricional deve ser o momento em que for reconhecido o direito à subscrição complementar de ações.

A corroborar o entendimento, colaciona-se, uma vez mais, a jurisprudência da colenda Corte Superior de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DIREITO PESSOAL. APLICAÇÃO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE. DEZ ANOS. SUBSTITUIÇÃO DO ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. PRESCRIÇÃO DOS DIVIDENDOS. INEXISTÊNCIA. ARTS. 403 E 844 DO CÓDIGO CIVIL E 461, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/SRF. IMPROVIMENTO. (...) III. Quanto à alegada prescrição trienal do art. 287, II, 'g', da Lei 6.404/76, a questão encontra-se pacificada, uma vez que, conforme posicionamento desta Corte, o direito à complementação de ações subscritas decorrentes de contrato firmado com sociedade anônima é de natureza pessoal e, conseqüentemente, a respectiva pretensão prescreve no prazo previsto no artigo 177 do Código Civil revogado (artigo 205 do código vigente). Correta a aplicação do prazo decenal previsto no art. 205 do Código Civil vigente, por ter substituído o prazo de vinte anos, previsto no artigo 177 do diploma passado. IV.* ***Não ocorre prescrição dos dividendos, pois, considerando que os dividendos constituem em prestação acessória, uma vez que decorrem diretamente de ações, a sua pretensão somente surge a partir do momento em que é reconhecido o direito à complementação do número de ações."(...) Agravo improvido."*** *(3ª Turma, AgR-REsp n. 1.038.699/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, unânime, DJe 03.09.2008)*

Nestes termos, **REJEITO** a prejudicial de prescrição.

MÉRITO

Quanto ao mérito, a empresa ré, após discorrer acerca das normas aplicáveis aos critérios de emissão de ações, sustentou a legalidade "*da emissão de ações de acordo com o valor patrimonial apurado no primeiro balanço após o cumprimento do contrato*" que rege a relação entre as partes.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos das portarias que vigoravam à época do negócio firmado entre as partes, a compra da linha telefônica estava condicionada à participação financeira do adquirente. Tal conclusão é ratificada pela Portaria n. 1881/90, do Ministério de Infraestrutura que, no item 3.1, descrevia que "*a tomada de assinatura de serviço público de telecomunicações fica condicionada à participação financeira do promitente-assinante, quando assim disposto em Portaria da Secretaria Nacional de Comunicações.*"

Assim, tem-se que a data da aquisição das ações é a mesma data da compra das linhas telefônicas.

Compulsando os autos, constata-se que o documento emitido pela própria BRASIL TELECOM S/A, e colacionado aos autos à fl. 23, demonstra a existência do contrato (PEX 9013110296), a data de sua assinatura, que é a mesma em que o capital foi integralizado (21.8.1995), bem como a quantidade de ações emitidas (2.592 ordinárias e 9.678 preferenciais).

Por certo, tais documentos, juntamente com os demais elementos colacionados aos autos, autorizam a análise da pretensão autoral, mostrando-se desnecessária a realização de perícia contábil na fase de conhecimento.

Quanto à subscrição das ações, tenho que deve ser utilizado o critério de acordo com o entendimento sumulado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, no qual o pagamento resultante da diferença de ações, em razão do contrato de participação financeira celebrado, deve ser baseado no valor patrimonial da ação (VPA) apurado pelo balancete do mês da respectiva integralização. Confira-se:

> "*Súmula nº. 371: Nos contratos de participação financeira para a aquisição de linha telefônica, o Valor Patrimonial da Ação (VPA) é apurado com base no balancete do mês da integralização.*"

Por ocasião do julgamento do REsp. 975.834, pela Segunda Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça, o eminente Ministro Hélio Quaglia Barbosa ressaltou que, nos contratos de participação financeira, o valor patrimonial da ação (VPA) deve ser fixado com base no balancete aprovado do mês de pagamento do

preço correspondente ou, se parcelado o desembolso, com base no balancete do mês do pagamento da primeira parcela.

Neste mesmo sentido, esta egrégia Corte de justiça já se posicionou. Confira-se:

> *"PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. BRASIL TELECOM S/A. PRELIMINAR REJEITADA. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO DE NATUREZA PESSOAL. APLICAÇÃO DO ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (CC/2003, ART. 205 E 2.028). PREJUDICIAL AFASTADA. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EMISSÃO DE AÇÕES NÃO ENTREGUES AO SUBSCRITOR. CONTRATO CELEBRADO PELA EXTINTA TELEBRASÍLIA ANTES DA CISÃO DA HOLDING TELEBRÁS S/A. VALOR PATRIMONIAL VIGENTE À ÉPOCA DA EFETIVA INTEGRALIZAÇÃO. (...) III - **É pacífico o entendimento de que a pessoa que subscreveu ações de uma sociedade anônima, por intermédio do denominado contrato de participação financeira, mas não recebeu a quantidade devida de ações, tem direito à complementação das ações subscritas, cujo valor deve ser aquele vigente ao tempo da integralização do capital, apurado com base no balancete do mês da respectiva integralização**. IV - Negou-se provimento ao recurso". (20080110084437APC, Relator JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, julgado em 01/04/2009, DJ 22/04/2009 p. 170).*
>
> *"DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. SOCIEDADE ANÔNIMA. TELEBRASÍLIA (HOJE BRASIL TELECOM S/A). AÇÕES NÃO ENTREGUES. SUBSCRIÇÃO. DIREITO À COMPLEMENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO. LEI Nº 6.404/76. INAPLICABILIDADE. NATUREZA PESSOAL DA OBRIGAÇÃO. CÓDIGO CIVIL. OBSERVÂNCIA. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35/2001. NÃO-APLICAÇÃO. VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO. BALANCETE MENSAL. (...) 3. **Na complementação de ações em contrato de participação finan-***

> ***ceira firmado entre a hoje Brasil Telecom S/A e o adquirente de linha telefônica deve-se ter por parâmetro a quantidade de ações correspondentes ao valor patrimonial referente à data de integralização. 4. O valor patrimonial da ação terá como base de apuração aquela relativa ao balancete do mês da respectiva integralização. Se o caso for de parcelamento do desembolso, o balancete será aquele do mês do pagamento da primeira parcela.*** *5. Recurso conhecido e provido". (20060111174452APC, Relator MARIO-ZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, julgado em 17/12/2008, DJ 12/03/2009 p. 85).*

Por fim, relativamente à execução da sentença, aduz a recorrente que devem ser considerados os grupamentos das ações ocorridos após a privatização, sob pena de haver a diluição injustificada da participação dos demais acionistas da Telemar, com violação ao disposto no art. 170, § 1º, da Lei n.º 6.404/76 (Lei das S/A's).

No entanto, tal questão não foi suscitada perante o Juízo *a quo*, tratando-se, na realidade, de inovação recursal, o que torna incabível o exame da pretensão, sob pena de afronta ao artigo 517 do Código de Processo Civil.

Ademais, tal questão deverá ser dirimida por ocasião da liquidação da sentença, ocasião em que será apurada a diferença entre as ações recebidas e as efetivamente devidas ao autor.

Vale observar, ainda, que da leitura do art. 170, caput e § 1°, da Lei das Sociedades Anônimas, não há qualquer vedação à subscrição de novas ações, ao revés, há determinação de que *"depois de realizados 3/4 (três quartos), no mínimo, do capital social, a companhia pode aumentá-lo mediante subscrição pública ou particular de ações", sendo que "o preço de emissão deverá ser fixado, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas (...)".*

Destaco, por oportuno, que, em se tratando de obrigação de fazer, observada a impossibilidade de cumprimento, a condenação poderá ser convertida em perdas e danos, segundo o interesse do autor, nos termos do art. 633 do Código de Processo Civil. Nesta hipótese, a apuração da diferença do número de ações a serem indenizadas deve observar a cotação da data em que as ações foram negociadas ou transferidas.

Por fim, cumpre manter a condenação da r. sentença recorrida quanto ao ônus de sucumbência, uma vez que, ainda que provida em parte a pretensão

recursal, foi mantida a condenação da ré/apelante ao cumprimento da obrigação de entregar a complementação de ações da companhia, tendo o autor, ora apelado, decaído apenas de parte mínima de seu pedido.

Com essas considerações, **REJEITO A PRELIMINAR E A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO. QUANTO AO MÉRITO, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA RÉ,** mantendo íntegra a r. sentença recorrida.

É como voto.

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Vogal) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença, proferida pela MMª Juíza de Direito da 14ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília que, nos autos da ação de complementação de obrigação movida por Messias Eugênio Guimarães contra Brasil Telecom S/A e Telebrás – Telecomunicações Brasileira S/A, julgou procedente o pedido para condenar a requerida a cumprir o contrato PEX 9013110296, com a entrega das ações da companhia correspondentes à diferença apurada entre as já recebidas e aquelas efetivamente devidas, destacando-se que o cálculo das ações devidas deverá levar em conta o valor patrimonial apurado com base no balancete do mês em que foi realizado o pagamento, nos termos da jurisprudência colacionada, pagar os dividendos decorrentes das novas ações que não foram disponibilizados ao autor no momento devido, valor esse acrescido de correção monetária, desde a data em que deveriam ter sido pagos e juros legais, a partir da citação. Condenou, ainda, a requerida no pagamento das custas e dos honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º do CPC.

Principio pelo das preliminares suscitadas nas razões recursais e do agravo retido interposto pela requerida/apelante.

AGRAVO RETIDO

Pugna a ora recorrente pelo exame do agravo retido interposto, no qual sustenta a ocorrência de cerceamento de defesa, uma vez que a d. magistrada dispensou a produção de prova pericial.

Salienta que a realização de perícia contábil era indispensável para demonstrar a legalidade do procedimento adotado quando da subscrição das ações.

À luz do disposto nos artigos 130 e 131 do CPC, o juiz é soberano na análise das provas, cabendo a ele a determinação das provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, para que decida, fundamentadamente, de acordo com a sua convicção.

No presente caso, a d. magistrada julgou-se apta à análise da questão posta *sub examine*, por entender que as provas carreadas aos autos eram suficientes para formar seu convencimento.

E examinando os documentos contidos nos autos e as alegações tecidas por ambas as partes, constata-se que inexiste controvérsia acerca dos fatos narrados pelo autor, no tocante à aquisição de linha telefônica junto à Telebrasília, o pagamento dos valores e a subscrição das ações em data diversa, por ocasião da emissão, em conformidade com as portarias normativas vigentes à época.

Ora, como se pode verificar, até mesmo nas razões ora expostas pela apelante, a forma como o valor patrimonial das ações foi calculado não é controverso, sendo a questão tratada exclusivamente de direito, cabendo examinar somente a legalidade da normatização que cuidava da matéria, mostrando-se, por isso, totalmente descabida a produção de prova pericial com esse intento.

Assim, rejeito a preliminar de cerceamento e nego provimento ao agravo retido.

ILEGITIMIDADE PASSIVA

Sustenta a recorrente sua ilegitimidade passiva sob o fundamento de que a Telebrás não foi sucedida pela apelante, notadamente no que diz respeito à obrigação de emissão de ações decorrentes de contratos de participação financeira firmados entre janeiro de 1975 e dezembro de 1995.

Ab initio, não prospera a alegação da apelante de que não é sucessora da Telebrás. É de conhecimento geral que a Brasil Telecom Participações S/A (BTP) foi constituída da cisão parcial da Telebrás S/A, enquanto a Brasil Telecom S/A, antiga Telepar S/A incorporou as empresas que compunham o sistema Telebrás, restando patente a sucessão ocorrida.

Insta destacar, neste particular, as disposições dos artigos 229, § 1°, e 233, parágrafo único, da Lei das Sociedades Anônimas, *in verbis*:

> *"Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.*
> **§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão;** *no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.*
> *(...)*
> *Art. 233. Na cisão com extinção da companhia cindida, as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da companhia extinta. A companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão.*
> *Parágrafo único. O ato de cisão parcial poderá estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a companhia cindida, mas, nesse caso, qualquer credor anterior poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação dos atos da cisão".*

Por sua vez, o Edital MC/BNDS N° 01/98, por sua vez, dispõe no Capítulo 5 que, *in verbis* (fls. 192/193):

> "Para todos os fins e efeitos, as obrigações de qualquer natureza, incluindo, mas não se limitando às de natureza trabalhista, previdenciária, civil, tributária, ambiental e comercial, referentes a atos praticados ou fatos geradores ocorridos até a data da aprovação da cisão parcial, inclusive, permanecerão

> de responsabilidade exclusiva da TELEBRÁS, com exceção de contingências passivas cujas provisões tenham sido expressamente consignadas nos documentos anexos ao laudo de avaliação (...)
>
> **A partir da aprovação da cisão pela Assembléia Geral Extraordinária acima referida, caberão respectivamente a cada uma das COMPANHIAS, na forma do disposto no artigo 229, § 1° da Lei n° 6.404/76, todos os direitos e obrigações referentes a cada uma das parcelas de patrimônio da TELEBRÁS vertidas às COMPANHIAS, cabendo à TELEBRÁS todos os direitos e obrigações referentes à parcela remanescente do patrimônio, sem solidariedade entre a TELEBRÁS e cada uma das COMPANHIAS nem solidariedade entre estas últimas entre si. (...)"** (Grifei)

Indiscutível, portanto, a legitimidade da Brasil Telecom S/A para a presente ação, vez que por disposição expressa do edital que regeu a desestatização do sistema brasileiro de Telecomunicações, uma vez aprovada a cisão parcial da empresa Telebrás – Telecomunicações Brasileiras S/A, aplica-se às sociedades que absorveram parcela do seu patrimônio o art. 229, § 1°, da Lei das S/A(s).

Afasto, portanto, a preliminar de ilegitimidade passiva da apelante.

PRESCRIÇÃO

Afirma a ora apelante a ocorrência da prescrição já que aplicável à hipótese o prazo de três anos previsto no art. 287, II, alínea "g", da Lei nº 6.404/76.

No tocante à prejudicial aventada, a jurisprudência do Eg. STJ firmou-se no sentido de que o lapso prescricional aplicável à espécie é o cominado pelo art. 177 do Código Civil de 1916 ou pelo art. 205 do Código Civil em vigor, e não o da Lei n° 6.404/76, confira-se:

> "COMERCIAL. AÇÕES. SUBSCRIÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO. BRASIL TELECOM. PRESCRIÇÃO.
> 1 - Esta Corte firmou entendimento no sentido da não aplicação do lapso temporal previsto no art. 287, II, "g" da Lei nº 6.404/76, introduzido pela Lei nº 10.303/2001,

> porquanto trata-se de direito obrigacional decorrente de contrato de participação financeira e não societário. Desta forma, incide, na espécie, a prescrição prevista no art. 177 do Código Civil de 1916 e nos arts. 205 e 2.028 do Código Civil de 2002.
> 2 - Agravo regimental desprovido". (AgRg no REsp. n° 845763/RS. Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES. 4ª Turma. DJ: 01/10/2007. P. 283).

Na hipótese, celebrando as partes os contratos de participação financeira para aquisição de linhas telefônicas em 21.08.1995 (fl. 23), nesta data teve início o cômputo do prazo prescricional de 20 (vinte) anos cominado pelo art. 177 do Código Civil de 1916.

Saliento que o novo prazo prescricional, qual seja, de 10 anos, estabelecido pelo CC/2002, atingiu o autor, em razão da regra de transição prevista no art. 2.028, do mesmo Código, uma vez que ainda Não havia transcorrido mais da metade do prazo, quando da entrada em vigor do novo Código. De toda sorte, somente a partir de janeiro de 2003, inicia-se a contagem do novo prazo prescricional, qual seja, 10 anos, findando apenas em 2013.

Assim, observado o raciocínio acima, resta evidente a não ocorrência da prescrição, cumprindo ressaltar que o direito aos dividendos também não se encontra prescrito, uma vez que somente a partir do reconhecimento à subscrição das ações faltantes é que se inicial a contagem do prazo prescricional, como já decidiu a e. Corte Superior.

Por essas razões, rejeito a prejudicial de mérito aventada.

MÉRITO

No mérito, verifico que as anotações por mim realizadas, quando da revisão do recurso em julgamento, encontram-se em consonância com a análise proferida pela e. Relatora, razão pela qual a acompanho, nos termos do seu ilustrado voto.

Destaco, por oportuno, que a matéria já foi por mim examinada quando do julgamento da APC nº 680808/2007, ocasião em que externei meu posicionamento no mesmo sentido ora esposado pela e. Relatora.

Forte nessas razões, **conheço e nego provimento ao agravo retido. Conheço do apelo. Rejeito a preliminar e a prejudicial de mérito e, no mérito, nego provimento à apelação,** mantendo na íntegra o *decisum.*

É como voto.

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

DECISÃO

Conhecido. Rejeitar a preliminar e a prejudicial de prescrição. Negou-se provimento ao recurso. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011021015-5

Apelante - Honildo Amaral de Mello Castro
Apelado - Condomínio do Bloco K da SQS 216
Relator - Des. José Divino de Oliveira
Sexta Turma Cível

EMENTA

CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONDOMÍNIO. USO DE DUAS VAGAS NA GARAGEM. CONVENÇÃO CONDOMINIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER. INOBSERVÂNCIA. IRREGULARIDADE FORMAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. CARÊNCIA DE AÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO. USUCAPIÃO. REJEITADAS. NATUREZA DA RELAÇÃO. NULIDADE DA ASSEMBLEIA. NÃO CABIMENTO. *ASTREINTES*. MANUTENÇÃO DO VALOR.

I - Constatado que a parte impugnou os fundamentos alinhavados pelo magistrado para reconhecer o direito da parte adversa, não há se falar em não conhecimento do recurso por inobservância de regularidade formal;

II - O magistrado é o destinatário da prova, de modo que compete a ele avaliar a necessidade de outros elementos para formar seu convencimento em cada demanda. Ao entender que a lide está em condições de ser julgada, sem necessidade de dilação probatória, a prolação da sentença constitui uma obrigação, máxime em face dos princípios da economia e celeridade processuais;

III - Demonstrado que a pretensão inicial não encontra óbice no ordenamento jurídico pátrio, além de ser útil e necessária para se obter o resultado almejado e postulado por parte legítima, presentes estão as condições da ação;

IV - Se, da entrada em vigor do atual Código Civil, em janeiro de 2003, já houver transcorrido mais da metade do prazo previsto na lei anterior, deve-se aplicar o prazo desta, a teor

da regra de transição do art. 2.028 do Código Civil/2002. Não decorrido o prazo respectivo, não há prescrição da pretensão;

V - A usucapião, seja qual for sua modalidade, pressupõe decurso de tempo, posse mansa e pacífica e o *animus domini.* Para a usucapião ordinária, deve-se demonstrar, ainda, o justo título e a boa fé; para a usucapião especial urbana, exigem-se como requisitos suplementares que a área urbana seja de até 250 m^2, haja a moradia, e não possua outro imóvel; e, para a usucapião especial rural, requer-se, além da moradia e da inexistência de propriedade de outro imóvel, tratar de área rural de até 50hec, que tenha se tornado produtiva por trabalho do usucapiente ou de sua família;

VI - A situação jurídica em questão qualifica-se como permissão de uso temporário e remunerado, que, dada a transitoriedade e a faculdade de supressão de uso a qualquer tempo pelo real possuidor, autoriza o autor a impor ao réu o cumprimento da obrigação. Ademais, a resistência do réu fere o princípio da confiança, expressão da boa fé objetiva (*venire contra factum proprio*);

VII - A despeito da falta de interesse quanto ao pedido de nulidade da Assembleia Geral Extraordinária, que aprovou o Regimento Interno do Condomínio, não há provas de que o réu não tenha recebido a carta convocatória em seu apartamento, ou que deixou de recebê-la, embora tivesse comunicado outro endereço para qual deveriam ser remetidas. Além disso, inexistindo disposição específica para a aprovação do regimento interno, esta deva ocorrer por maioria simples dos votos dos condôminos presentes, conforme art. 13 da Convenção.

VIII - As *astreintes* possuem natureza inibitória do descumprimento de obrigação, e não acessória, de modo que não se vincula ao valor da causa, ao revés, pode, inclusive, ultrapassar o valor do principal.

IX - Negou-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, José Divino de Oliveira - Relator, Vera Andrighi - Revisora, César Loyola - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Jair Soares, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Negou-se provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 3 de novembro de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de conhecimento, com pedido de liminar, subordinada ao procedimento comum de rito ordinário, ajuizada pelo CONDOMÍNIO DO BLOCO K DA SQS 216 em face de HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO.

O autor narra, em síntese, ter sido instituído em março de 1991, após a alienação pela União dos imóveis funcionais aos servidores ocupantes, sendo que, dos trinta e seis adquirentes, treze utilizavam duas vagas de garagem, conforme termo permissionário administrativo. Afirma que, com a sua instituição, as vagas excedentes a uma por apartamento passaram à propriedade comum, as quais, por força de Convenção, puderam ser utilizadas pelos então ocupantes até ulterior elaboração do Regimento Interno. Aprovado, determinou-se que as vagas excedentes fossem sorteadas, semestralmente, entre os interessados, para fins de rodízio. Em cumprimento ao decidido, notificou os condôminos que ocupavam duas vagas para escolherem uma delas para permanecer vinculada à respectiva unidade, assim como procedessem à desocupação da vaga remanescente. Aduz que dos treze condôminos, apenas o demandado e outro condômino manifestaram resistência à determinação. Sustenta vincular o título dominial apenas a uma vaga de garagem, não havendo qualquer direito, possessório ou dominial, sobre a segunda. Postula a concessão de antecipação de tutela para determinar ao demandado que promova a escolha da vaga que lhe interesse no prazo de 15 dias, ou que se abstenha de utilizar as duas vagas, sob pena de multa diária de mil reais. No mérito, requer sua confirmação.

A antecipação de tutela foi indeferida às fls. 70.

Devidamente citado, o réu apresentou resposta, na forma de contestação (fls.75/135), na qual pleiteia a fungibilidade da defesa, para que seja recebida como embargos à execução; sustenta a inépcia da inicial, por impossibilidade jurídica do

pedido; a prescrição da pretensão; a usucapião sobre a vaga excedente; a nulidade da Assembleia Geral Extraordinária, que aprovou o Regimento Interno, por falta de convocação pessoal e de *quorum* especial; a ausência de domínio ou posse do Condomínio sobre a área; a impossibilidade de transferência de domínio por Convenção Condominial; a existência de diferença entre as garagens, sendo a área que ocupa menor que as demais, além de contar com parede na lateral, que dificulta o estacionamento; e a abusividade da ***astreinte***. Requer a extinção do processo sem resolução do mérito e, alternativamente, a sua improcedência, ou a redução da multa diária. Em pedido contraposto, pede a autorização para que escolha uma das vagas da garagem situada em frente ao elevador da prumada de seu apartamento, a nulidade de Assembleia, e o reconhecimento da responsabilidade do condomínio e da síndica por eventuais danos causados por terceiros.

Os pedidos deduzidos na inicial foram julgados procedentes, para determinar que o réu indique qual das vagas pretende manter vinculada a sua unidade, bem como para que se abstenha de usar a vaga remanescente, sob pena de multa diária de R$ 200,00 (duzentos reais), limitada a R$ 20.000,00 (vinte mil reais), sem prejuízo da adoção de outras medidas coercitivas; **extinto o processo, sem resolução do mérito**, quanto aos pedidos contrapostos de declaração de nulidade da assembleia condominial de 19.10.2006 e de responsabilização do condomínio e da síndica pelas consequências da escolha da vaga de garagem; e **improcedente** o pedido contraposto de autorização para escolher uma das vagas da garagem situada em frente ao elevador da prumada de seu apartamento (fls. 176/187).

Inconformado, o autor recorre ao Tribunal, arguindo preliminar de cerceamento de defesa e repisando os argumentos de defesa. Pede a reforma da sentença.

Preparo regular (fls. 271).

Contrarrazões à apelação às fls. 281/294.

É o relatório.

VOTOS

Des. José Divino de Oliveira (Relator) -

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO

O autor suscita preliminar de não conhecimento do recurso, ao argumento de que as razões recursais estão dissociadas dos fundamentos da sentença (CPC, art. 514, II).

Analisando a sentença e as razões recursais, verifico que, embora o apelante esteja reiterando os argumentos expendidos na contestação, ataca os capítulos da sentença, arguindo, inclusive, preliminar de cerceamento de defesa.

Dessa forma, independentemente da pertinência ou não das suas razões, atacou os fundamentos da sentença, aduzindo argumentos para anulá-la ou modificá-la, razão pela qual **REJEITO** a preliminar.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

O apelante suscita preliminar de cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, que implicou em indeferimento do pedido de produção de prova pericial, e da determinação de desentranhamento de laudo pericial juntado pelo autor, o qual serviria para subsidiar pedido de nulidade processual.

O magistrado é o destinatário da prova, de modo que compete a ele avaliar a necessidade de outros elementos para formar seu convencimento em cada demanda. Ao entender que a lide está em condições de ser julgada, sem necessidade de dilação probatória, a prolação da sentença constitui uma obrigação, máxime em face dos princípios da economia e celeridade processuais.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. MATÉRIA AFETA AO MÉRITO. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ARTIGOS 130, 131 E 427 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. [...]
>
> Nos termos do artigo 130, do Código de Processo Civil, cabe ao magistrado, "de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias." Ademais, segundo preceitua o artigo 131, do CPC, "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."
>
> Consoante disposto no artigo 427, do referido diploma legal, ao

> magistrado é facultada a dispensa da prova pericial quando as partes apresentarem documentos elucidativos que considerar suficiente para o desate da lide. [...].".[1]
> "APELAÇÃO. INTERESSE RECURSAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. COMPLEMENTAÇÃO. TELEBRÁS. BRASIL TELECOM. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO. DIFERENÇA DEVIDA. SÚMULA 371 DO STJ. [...]
> II - Versando a lide sobre matéria exclusivamente de direito, desnecessária a produção de prova pericial. Rejeitada preliminar de cerceamento de defesa. [...]."[2].

No que se refere ao desentranhamento do laudo pericial determinado de ofício pelo magistrado por ocasião do julgamento do recurso de embargos de declaração, como restou assentado no AGI 7771-1, não há se falar em esgotamento da jurisdição do sentenciante, que se mantém competente para a prática de diversos atos, não apenas relacionados ao processamento de eventuais recursos, mas também no que se refere à efetivação, provisória ou definitiva, daquilo que ficou decidido na própria sentença.

Por outro lado, há se reconhecer, como de fato se reconheceu, que "*proferida a sentença, sem que determinado documento tenha sido precedentemente desentranhado, ainda que produzido unilateralmente pela parte, não pode o julgador determinar a sua retirada dos autos, sob o fundamento de que a sua convicção não se originou nem repousou na referida prova, sob pena de impossibilitar o órgão* ad quem *de proceder ao exame integral da questão, agora devolvida ao Tribunal, em decorrência da interposição do recurso de apelação (CPC, art. 515)*".[3]

A procedência deste agravo de instrumento, entretanto, não implica em reconhecimento de cerceamento de defesa, porquanto assegurado ao Tribunal o conhecimento de todas as provas produzidas, as quais serão agora apreciadas conforme livre convencimento motivado dos eméritos pares, ressaltando que o referido documento se encontra acostado às fls. 215/226.

REJEITO a preliminar.

PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO

O apelante argui preliminar de carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, ilegitimidade ativa e falta de interesse de agir, ao argumento

central de que o Condomínio não possui título dominial ou possessório sobre as vagas de garagem excedentes.

Não lhe assiste razão.

As pretensões de impor ao réu à obrigação de escolher uma das duas garagens das quais faz uso e de se abster de utilizar a outra não encontra óbice no ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual não há se falar em impossibilidade jurídica do pedido.

O interesse de agir revela-se igualmente presente, diante da utilidade da jurisdição, isto é, da possibilidade de se obter o resultado almejado, e da necessidade do pronunciamento judicial para alcançá-lo, pondo fim ao conflito intersubjetivo de interesses.

A propósito, convém destacar que não se trata de ação de execução, que requer título executivo, mas de ação ordinária, com pedido de tutela específica de obrigação de fazer e de não fazer, nos termos do art. 461 do CPC.

Por último, o Condomínio do Bloco K da SQS 216 é parte legítima para ajuizar demanda em que se pretende fazer valer as prescrições da sua Convenção e do seu Regimento Interno acerca da destinação de treze vagas excedentes.

Esclarece-se, por oportuno, que a substrato fático subjacente ao julgamento dos Edcl do Resp 306.800/DF[4], em que se concluiu pela legitimidade da União para figurar no feito, não se assemelha a presente, uma vez que naquela discutia-se suposta turbação da Caixa Econômica Federal, como *longa manus* da União, ao promover o registro de imóveis, individualizando a unidade imobiliária como composta por apenas uma das vagas, quando o possuidor entendia ter direitos possessórios sobre as duas; ao passo que nesta demanda - repisa-se - o autor pretende a observância da Convenção Condominial e do seu Regime Interno, que determinou o sorteio das treze vagas sobressalentes aos interessados, para fins de rodízio.

Assim, à luz da teoria eclética da ação, há coincidência entre as partes processuais e os sujeitos da relação jurídica material deduzida em juízo.

Ainda sobre o tema, há se anotar que as teses de violação ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido confundem-se com o mérito, devendo por ocasião de sua análise serem apreciadas.

REJEITO a preliminar.

PREJUDICIAL DE MÉRITO - PRESCRIÇÃO

O apelante argui, ainda, prejudicial de mérito de prescrição da pretensão inicial, ao argumento de que o vínculo existente entre as partes é de direito real, devendo se aplicar o prazo prescricional decenal do art. 205 do Código Civil/2002.

Tradicionalmente, as ações eram classificadas conforme a natureza do direito material invocado ou pelo tipo de bem jurídico pretendido. Assim, as distinguiam em **reais**, quando fundadas em direito real, isto é, em uma relação entre homem e coisa, e **pessoais**, quando originada de direito obrigacional, ou seja, em um ato ou abstenção que vincula o sujeito ativo ao sujeito passivo.

A propósito do tema, preleciona a abalizada doutrina:

> *"A distinção precípua é intuitiva; nos direitos reais, os titulares apoderam-se dos bens, utilizando-os diretamente. Cuida-se de situações de subordinação de coisas a pessoas. Os direitos reais se apresentam como referidos a uma coisa, pois não são outorgados para a realização pessoal do titular, no exercício da posição de vantagem sobre o objeto.*
> *Já nos direitos obrigacionais, requer-se primeiramente um comportamento de outra pessoa, como condição de acessibilidade aos bens almejados. [...] Caracterizam-se os direitos obrigacionais pela formação de relações jurídicas de crédito entre pessoas determinadas (ou determináveis), sendo certo que o credor coloca-se em posição de exigir um comportamento do devedor, caracterizado por uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Aliás, o termo obrigação significa exatamente um dever específico que vincula determinada pessoa em relação à outra.".*[5]

Atualmente, no entanto, há uma tendência de se aproximar as situações reais e obrigacionais, reduzindo-se a dicotomia concebida pelos positivistas, tanto que - como lembra Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald - os direitos reais podem surgir de negócios jurídicos (ex: registro de compra e venda); alguns direitos reais são criados unicamente para dar eficácia às relações obrigacionais (ex: os direitos reais de garantia); há obrigações entre as partes mesmo nas relações reais; além de direitos obrigacionais com eficácia real (ex: locação averbada em registro imobiliário)[6].

No presente caso, postula-se o cumprimento de uma obrigação estabelecida em ato ***interna corporis*** do condomínio, e não o exercício dos poderes inerentes à propriedade, tratando-se, pois, de ação essencialmente pessoal.

Não se está a olvidar que a matéria ***sub judice*** requer análise de questões atinentes ao direito das coisas, mormente diante da ampliação objetiva trazida pelo réu, com teses de defesa de usucapião, melhor posse, entre outros. Mas, a presença de questões imobiliárias não possui o condão de convolar a demanda em ação real.

A pretensão do autor surgiu com o não cumprimento do dever de indicar a vaga que gostaria de vincular ao seu apartamento, conforme art. 3º, § 1º, da Convenção do Condomínio, datada de 26/03/1991 (fls. 15/44)[7], e, portanto, quando ainda vigente o Código de Beviláqua. Logo, àquela época, cuidava-se de prescrição vintenária.

Nesse contexto, é aplicável a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil/2002, segundo a qual "*serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada*".

Com efeito, da entrada em vigor do atual Código Civil, em janeiro de 2003, já havia transcorrido quase doze anos de vigência da Convenção, isto é, mais da metade prazo previsto no Código Civil anterior. Assim, o prazo para o exercício da pretensão se encerraria somente em 25/03/2011, razão pela qual não há se reconhecer a prescrição.

Entretanto, conforme consignado na sentença, "o réu vem usando a garagem continuamente ao longo desses anos, ignorando as regras condominiais. A cada reiteração de conduta, pelo uso de duas garagens sem respaldo para tanto, nasce uma nova pretensão" (fls. 180).

REJEITO a prejudicial.

USUCAPIÃO

O apelante apresenta, ainda, exceção de prescrição aquisitiva de usucapião, ao fundamento de que exerce posse mansa e pacífica há mais de vinte e seis anos sobre as duas garagens.

A usucapião, seja qual for sua modalidade, pressupõe decurso de tempo, posse mansa e pacífica e o *animus domini*. Para a usucapião ordinária, deve-se demonstrar, ainda, o justo título e a boa fé; para a usucapião especial urbana, exigem-se como requisitos suplementares que a área urbana seja de até 250 m^2, haja a moradia, e não possua outro imóvel; e, para a usucapião especial rural,

requer-se, além da moradia e da inexistência de propriedade de outro imóvel, tratar de área rural de até 50hec, que tenha se tornado produtiva por trabalho do usucapiente ou de sua família.

No caso em apreço, inexistiu posse até o advento da Lei nº 8.025/90, que autorizou a venda de imóveis funcionais ao seu legítimo ocupante, e do Decreto Regulamentar nº 99.266/90, que promoveu a desafetação administrativa, porquanto bem público de uso especial até então, sob o qual recai mera detenção.

Por conseguinte, insuscetível de prescrição aquisitiva, por ausência de requisito legal, por se tratar de bem fora do comércio, nos termos do enunciado de súmula n. 340 do STF; do art. 183, § 3º e do art. 191, parágrafo único, ambos da Constituição Federal.

Além disso, o uso da segunda vaga era de caráter precário, baseado em termo administrativo permissionário firmado com a União, e, posteriormente, por disposição da Convenção[8], não sendo passível de usucapião.

Isso por que a posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, nos termos do art. 486 do Código Civil de 1916[9], cuja inteligência foi mantida no Código Civil/2002.

A propósito do tema, enfatiza a doutrina:

> *"em virtude da causa originária da posse, excluem-se da usucapião os possuidores que exercem temporariamente a posse direta por força de obrigação ou direito (art. 1.197 do CC)."*.[10]
>
> *"O animus domini precisa ser frisado para, de logo, afastar a possibilidade de usucapião dos fâmulos da posse. Em seguida, devem ser excluídos os que exercem temporariamente a posse direta, por força de obrigação ou direito, como, dentre outros, o usufrutuário, o credor pignoratício e o locatário. Nenhum deles pode adquirir, por usucapião, a propriedade da coisa que possui em razão de usufruto, penhor ou locação. É que, devido à causa da posse, impossível se torna possuírem como proprietários. Necessário, por conseguinte, que o possuidor exerça posse com animus domini. Se há obstáculo objetivo a que possua com esse animus, não pode adquirir a propriedade por usucapião."*.[11]

A ocupação da vaga excedente, por força de atos de mera permissão, portanto, não pode resultar qualquer efeito jurídico, mesmo com o transcorrer do tempo, pois impossível a aquisição da propriedade por meio da usucapião.

A ausência de *animus domini* é confirmada pelo pagamento de taxa extra de uso da vaga sobressalente, estipulada no art. 3º, § 2º, da Convenção, conforme declarações de fls. 55/56[12] e 102[13] e balancetes de fls. 60 e 64.

Ora, o próprio apelante declara ter sido notificado extrajudicialmente para o cumprimento das obrigações ora postuladas em julho de 1997 (fls. 91[14]), a afastar a tese de posse mansa e pacífica.

Em última análise, falta-lhe justo título para amparar a usucapião ordinária sobre a vaga extra, mormente por que consta do registro imobiliário apenas uma vaga de garagem, consoante escritura pública de fls. 57.

Não configurou, igualmente, usucapião extraordinária, para a qual o art. 550 do Código Civil/1916, vigente à época, exigia o exercício de posse pelo prazo vintenário, sem interrupção, nem oposição, em razão do não cumprimento do requisito temporal para a aquisição de propriedade nestes termos, consideradas a regra de transição já mencionada e a interpelação extrajudicial ocorrida em 1997 (fls. 122).

Por fim, não há se falar em usucapião especial urbana, pois não há provas da pessoalidade da posse, pelo contrário, ao que tudo indica, não houve habitação efetiva na coisa, porquanto o apelante atuava no estado do Amapá (fls. 94); nem da inexistência de propriedade de outro imóvel urbano ou rural, já que não apresentou certidões negativas dos registros imobiliários dos locais onde possuía residência, ou mesmo ofereceu declaração genérica de não possuir outro imóvel.

A Lei nº 8.025/90, regulamentada pelo Decreto nº 99.266/90, autorizou a União a vender os imóveis funcionais, preferencialmente ao seu legítimo ocupante, a partir da qual ficaria rescindido automaticamente o termo de ocupação.

O art. 15, II, da referida Lei estabelece como compromisso do permissionário à adesão à convenção de administração do edifício. De igual forma, estipulou o decreto regulamentar que, nos edifícios residenciais, a administração das partes comuns e a responsabilidade por sua manutenção serão repassadas aos respectivos moradores, que constituirão uma comunhão de interesses regida pelos princípios da composse, com aplicação subsidiária da legislação sobre condomínio em edificações, devendo promover a celebração de convenção de administração pelos moradores, com a eleição dos primeiros administradores (art. 35).

Em cumprimento, o autor aprovou a sua Convenção em 26/03/1991 (fls. 15/44), estipulando que das 49 vagas existentes no subsolo do edifício, caberia a cada unidade do condomínio uma vaga, segundo numeração já existente, sendo que os ocupantes de mais de uma deveria indicar a que preferia vincular ao seu apartamento, autorizando-se, ainda, que continuassem ocupando a outra até posterior elaboração do regimento interno, mediante o pagamento de taxa de 20% do valor da taxa mensal do condomínio. Confiram-se:

> "**Art. 3º**, [...]
> §1º No subsolo localizam-se as vagas de garagens, em número de 49, sendo uma privativa de cada apartamento, no total de 36, segundo numeração já existente. O condômino que ocupa mais de uma vaga deverá indicar a que prefere vincular ao seu apartamento.
> § 2º Para uso das vagas excedentes, em número de 13, será exigido o recolhimento de uma taxa extra de 20% (vinte por cento) sobre a taxa mensal de condomínio, cabendo a preferência de uso, em caráter provisório, aos atuais ocupantes, até ulterior deliberação quando elaboração do Regimento Interno." (fls. 20).

Posteriormente, em 19/10/2006, o Condomínio aprovou o Regimento Interno, cujo art. 37 disciplinou o uso dessas vagas comuns, que deixariam de ser de uso restrito dos ocupantes originais para serem objetos de sorteio entre os interessados em locá-las, para o semestre, e mediante a continuação do pagamento da taxa extra. Confira-se:

> **"Art. 37** As vagas de garagem, em quantidade de trinta e seis, são vinculadas aos apartamentos, uma por uma, de acordo com numeração idêntica à da unidade residencial, e de uso reservado do respectivo morador. As vagas excedentes, em número de treze, são de propriedade do Condomínio.
> § 1º As vagas de garagem são de uso privativo dos moradores do edifício, não podendo, a qualquer título, ser destinadas a pessoas nele não residentes.
> § 2º Semestralmente são sorteadas as vagas de propriedade do

> Condomínio, para efeito de rodízio entre os interessados. O sorteio ocorrerá durante Assembleia Extraordinária convocada especificamente para esta finalidade. Só poderão participar do sorteio os moradores que se encontrarem em dia para com suas obrigações condominiais.
> § 3º (...)
> §4º Todos os ocupantes de vagas extras pagarão ao Condomínio taxa de ocupação correspondente a 20% (vinte por cento) do valor da cota ordinária mensal de condomínio." (fls. 49).

Nesse contexto, não há se falar em situação consagrada de uso de duas vagas da garagem, ou em transferência de domínio de ambas quando da compra e venda do imóvel, ou de uma delas por convenção condominial. Não subsiste, pois, as teses de ato jurídico perfeito ou direito adquirido.

A situação do recorrente qualifica-se como permissão de uso temporário e remunerado, que, dada a transitoriedade e a faculdade de supressão de uso a qualquer tempo pelo real possuidor, autoriza o autor a impor que o réu promova a escolha de uma das vagas, abstendo-se do uso da outra.

Nesse sentido, colaciono doutrina abalizada:

> *"Consistindo a permissão apenas em atos jurídicos stricto sensu mandamentais e não em negócios jurídicos, a qualquer tempo o concedente poderá impor um procedimento pela outra parte, no sentido de desconstituir a detenção. Há um verdadeiro estado de sujeição, em que o permitente pode denunciar a situação jurídica do usuário. Hipoteticamente, quando* **A** *permite verbalmente que seu vizinho* **B** *utilize a sua vaga de garantem, no prédio em que ambos residem, poderá a qualquer tempo revogar o consentimento, sem que o usuário* **B** *a tal possa opor-se."*[15].

A tese de que não houve definição, ou dimensionamento, da área correspondente a vaga de garagem, de modo que teria ficado com espaço menor que os demais condôminos, não tem fomento jurídico.

O simples exame das fotografias acostadas às fls. 131/133 comprovam que o espaço ocupado pelo réu comporta dois veículos médios, tratando-se, pois, de duas vagas autônomas, independentemente das suas dimensões.

Corrobora a assertiva as afirmações do apelante às fls. 55 - **"mantenho as duas vagas, ocupadas pelos meus veículos e que são de responsabilidade do Condomínio a suas preservações, enquanto estacionados nas garagens"** - e fls. 230 -**"em razão de possuir dois veículos, o apelante os comportou no espaço de garagem vinculado ao seu apartamento"**. (grifei).

Não é demais ressaltar que o objeto da demanda não cuida da metragem das vagas, tampouco da engenharia da garagem, sendo certo, contudo, que o réu faz uso de duas vagas na garagem do edifício, a despeito de ter ciência de que uma delas pertence ao condomínio, seja pela previsão da convenção instituidora do condomínio, seja pelo pagamento da taxa extra, seja pelo fato de o título aquisitivo do seu apartamento reportar-se a uma vaga e não a um espaço.

Por conseguinte, fere o princípio da confiança, expressão da boa fé objetiva, a intenção do apelante de firmar-se sobre espaço que comporta duas vagas de garagem, sabendo que não detém a propriedade sobre uma delas, mas mera permissão de uso temporário e remunerado.

A alegação do *venire contra factum proprio*, portanto, protege o autor e não o réu, que não pode contradizer conduta anterior, frustrando a expectativa de direito de terceiros.

Acerca do tema, reproduzo mais uma vez abalizada doutrina:

> *"Fundamenta-se a vedação de comportamento contraditório, incoerente, na tutela jurídica da confiança, impedindo que seja possível violar as legítimas expectativas despertadas em outrem. A confiança, por seu turno, decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva (bem definida pela doutrina germânica como* **Treu und Glauben***, isto é, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes). [...].*
> *De mais a mais, é preciso observar que a* ***solidariedade social****, contemplada no art. 3º da Carta Constitucional, apresenta-se, por igual, como fundamento da proibição de comportamento contraditório por impor o respeito e consideração aos interesses de terceiro, impedindo comportamentos egoísticos.".*[16]

Também não se cogita de *supressio,* cujo instituto demanda a confiança da parte, motivada pela inatividade do opoente a ponto de lhe trazer a expectativa de que nunca exercitará o direito, o que não ocorre no presente caso, pois a Convenção de 1991 era clara em autorizar o uso da vaga sobressalente em caráter temporário - "até ulterior deliberação quando elaboração do Regimento Interno"

-, além de ter o autor notificado o réu em 1997 para cumprir as obrigações de escolher uma das vagas e se abster da outra.

O argumento de nulidade da Assembleia Geral Extraordinária de 19/10/2006, que aprovou o Regimento Interno do Condomínio do Bloco K da SQS 216, não importa qualquer utilidade para o deslinde da causa, pois as obrigações pleiteadas estavam delineadas desde a convenção que instituiu o Condomínio em 1991.

De toda sorte, não há fomento jurídico que exija a convocação dos condôminos para Assembleia de moradores por meio de edital publicado em Diário Oficial da União ou em jornal de grande circulação.

Certo, entretanto, que deve ser dado conhecimento aos interessados sobre sua realização, que, à luz do art. 7º da Convenção, dar-se por meio de "edital afixado nas partes internas de cada portaria do Bloco, ao lado do quadro do Regimento Interno e por carta circular protocolada e endereçada aos condôminos residentes no Bloco" (fls. 22). O art. 10, alínea "c", estabelece ainda que "as convocações, nos termos do art. 7º da Convenção, serão enviadas aos apartamentos dos respectivos condôminos, salvo se estes tiverem feito, em tempo oportuno, comunicação de outro endereço para o qual devem ser remetidas, através de AR." (art. 23).

Dessa forma, competia ao réu comprovar que não recebeu a referida carta em seu apartamento, ou que deixou de recebê-la, embora tivesse comunicado outro endereço para qual deveria ser remetida.

No que se refere ao *quorum* de aprovação, dispõe o artigo 9º, § 3º, *m,* da Lei 4.591/64 que a Convenção deverá conter a forma e o *quorum* para a aprovação do Regimento Interno quando não incluídos na própria. Estabeleceu-se, assim, que:

> "**Art. 13:** As decisões das Assembleias Gerais serão tomadas por maioria simples dos votos de todos os condôminos presentes, salvo quando se tratar de assuntos que exijam maioria absoluta, 2/3 (dois terços) ou unanimidade, conforme especificado nesta Convenção." (art. 24).
> "**Art. 14,** [...]
> **§ 2º**: Para alteração da Convenção e do Regimento Interno, destituição do Síndico, Subsíndico, dissolução do Conselho Consultivo, modificações das partes comuns, serão exigidos

> votos que representem, no mínimo, dois terços (2/3) das frações ideais que compõem o Condomínio, manifestados em Assembleia Geral Extraordinária, convocada para tal fim." (art.26)

Logo, houve previsão de *quorum* especial de 2/3 das frações ideais que compõem o condomínio para a alteração da Convenção e do Regimento interno, e não para a sua aprovação.

Destarte, inexistindo disposição específica para a aprovação do regimento interno, esta deva ocorrer por maioria simples dos votos dos condôminos presentes, conforme art. 13 da convenção.

Por fim, não se revela abusiva a *astreinte* estipulada em sentença, a justificar sua redução.

Cumpre esclarecer que a *astreintes* possuem natureza inibitória do descumprimento de obrigação, e não acessória, de modo que não se vincula ao valor da causa, ao revés, pode, inclusive, ultrapassar o valor do principal.

A respeitável sentença é irreprochável.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

É como voto.

Desa. Vera Andrighi (Revisora) - Conheço da apelação, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO interpôs apelação (fls. 228/70) da r. sentença (fls. 176/87) que, nos autos da ação de obrigação de fazer e não fazer ajuizada pelo CONDOMÍNIO DO BLOCO K da SQS 216, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial para, *in verbis*:

> "1) DETERMINAR ao requerido que indique qual das duas vagas que usa pretende manter vinculada à sua unidade residencial, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de aplicação do artigo 636 do Código de Processo Civil.
> 2) DETERMINAR ao requerido que se abstenha de usar a vaga de garagem remanescente (a vaga não escolhida) a partir da data da indicação da vaga de garagem que vinculou à sua unidade residencial, sob pena de multa diária de R$ 200,00 (duzentos reais), limitada a R$ 20.000,00 (vinte mil reais), sem

> prejuízo da adoção de outras medidas coercitivas que possam garantir o cumprimento da obrigação imposta, nos termos do artigo 461, §5º c/c o artigo 643 do Código de Processo Civil.
> 3) Extingo esta fase procedimental com fundamento no artigo 269, inciso I do CPC.
> 4) Extingo, sem resolução do mérito, os pedidos contrapostos de declaração de nulidade da assembleia condominial de 19.10.2006 (CPC, art.267, inciso IV) e de responsabilização do condomínio e da síndica pelas consequências da escolha da vaga de garagem (CPC, art.267, inciso VI).
> 5) JULGO IMPROCEDENTE o pedido contraposto que objetiva permitir ao requerido a escolha de uma das vagas da garagem situada em frente ao elevador da prumada de seu apartamento, o que faço com fundamento no artigo 269, inciso I do CPC.
> 6) CONDENO o requerido em custas processuais e honorários advocatícios estipulados em R$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do artigo 20, §4º do CPC."

Nas razões de apelação, o réu reitera todos os fatos e fundamentos expostos na peça de defesa. Argui, em preliminar: 1) nulidade da r. sentença; 2) nulidade da assembleia geral extraordinária ocorrida em 19/10/06; 3) carência de ação por ausência de interesse processual e legitimidade; argui, ainda, prejudicial de prescrição da pretensão autoral e pede a declaração de usucapião da área denominada "garagem excedente", com prequestionamento do art. 1.238, parágrafo único, do CC/16. No mérito, sustenta que o condomínio-apelado não detém a propriedade da "garagem excedente", porquanto não trouxe aos autos o título, tampouco o registro do imóvel. Alega que o condomínio-apelado não pode transformar em área comum, uma vaga de garagem utilizada por mais de 26 anos pelo apelante-réu. Afirma que o condomínio-apelado se comportou de forma conivente a sua posse, ao permitir o uso da vaga pelo período entre a instituição da Convenção do Condomínio (1991) e a aprovação do Regimento Interno (2006) e que, portanto, não pode *venire contra factum proprium* e violar a boa-fé objetiva do possuidor.

Pede o acolhimento das preliminares de nulidade da r. sentença, da assembleia geral extraordinária e de carência de ação; o acolhimento da prejudicial de prescrição e a declaração de usucapião da área de garagem que ocupa. Alternativamente, a improcedência do pedido inicial e a inversão dos ônus da sucumbência.

Da nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa

Narra que pugnou pela produção de prova pericial para comprovar que a área de garagem que ocupa não corresponde a duas vagas individuais, mas é espaço físico com dimensões diferenciadas, cuja metragem é inferior a soma de duas garagens padrão. Assevera que em razão dessa peculiaridade, detém o direito de posse da área de garagem que utiliza há 23 anos. Afirma que (fl. 235) *"desde a contestação e durante toda a fase de instrução, as partes pugnaram pela produção de prova pericial para se aferir essa desigualdade nas dimensões nas garagens dos moradores."* Sustenta que ambas as partes requereram a produção da prova pericial, mas o i. Magistrado *a quo* considerou-a desnecessária, além de ter determinado o desentranhamento do laudo juntado unilateralmente pelo condomínio-apelado.

É incontroverso que ambas as partes requereram a produção da prova pericial, conforme o temo de audiência de conciliação (fl. 171). No entanto, o Magistrado é o destinatário das provas e detém o poder de deferir as pertinentes, bem como indeferir a produção daquelas que considera inúteis para a decisão do litígio.

Desse modo, convém ressaltar que cabe ao Juiz a valoração das provas, em razão do princípio do livre convencimento motivado que rege o processo civil, consoante dispõe o art. 131 do CPC, *in verbis*:

> "Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."

O i. Magistrado *a quo*, em observância ao dispositivo legal, fundamentou que (fl. 178):

> "As provas foram coligidas sob o crivo dos princípios norteadores do devido processo legal, mormente o contraditório e a ampla defesa, nos termos constitucionais.
> O feito se encontra maduro para prolação de sentença, haja vista a satisfatoriedade da prova documental para a elucidação dos fatos, atraindo a regra do art. 333, inciso I do CPC.
> A produção de prova oral e pericial não se justifica, pois a controvérsia se limita à obrigação, ou não, do réu em escolher uma das duas vagas de garagem que usa, abstendo-se de usar a outra. Por outro lado, a parte ré não justificou a pertinência da prova oral."

Na circunstância, a produção de prova pericial para "*... se aferir essa desigualdade nas dimensões nas garagens dos moradores...*" (fl. 235) é inútil, porquanto o julgamento se restringe à obrigação do apelante-réu em escolher uma vaga dentre as duas que ocupa e se abster de utilizar a remanescente. Ainda que se constate eventual desigualdade nas dimensões das vagas utilizadas pelos diversos moradores, essa assertiva não assegurará ao apelante-réu o direito de utilizar duas vagas.

Rejeito a preliminar de nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa.

Da nulidade da assembleia geral extraordinária de 19/10/06

Sustenta que não foi convocado pessoalmente para a assembleia geral extraordinária ocorrida em 19/10/06 (fls. 46/53) e que não participou das deliberações, portanto, seus efeitos não lhe afetam e pede a nulidade daquela reunião condominial.

A questão não será examinada por esta e. Turma Cível, sob pena de supressão de instância. A propósito do tema o i. Magistrado *a quo* asseverou que:

> "Não conheço do pedido do réu destinado à anulação da assembleia condominial de 19.10.2006. O pedido contraposto se fundamenta nos mesmos fatos articulados na inicial. Não é objeto desta ação a legalidade da mencionada assembleia, mas apenas a obrigação de fazer e não fazer. Se o requerido

desejar discutir a regularidade da assembleia, poderá fazê-lo em ação própria. Pedido contraposto extinto sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV do CPC. Ademais, se por alguma razão não vigorar tal argumento, mesmo assim não possui relevância se Assembleia Geral Extraordinária de 19.10.2006 está nula ou não, por deficiência de quorum ou outro motivo qualquer.

A bem da verdade, o documento de fl.57 é crucial para o deslinde do feito. Nele consta a seguinte informação sobre a descrição do imóvel:

"Apartamento nº 206, do Bloco "K", da SQS 216, desta Capital, composto de suíte (quarto, vestiário e banheiro), dois quartos sociais, banheiro social, circulação, lavabo, sala, hall de entrada, varanda, cozinha, área de serviço, quarto de empregada, banheiro de empregada **e uma vaga de garagem a ele vinculada**, situada no subsolo (...)" (Negrito meu).

Segundo estabelecia o artigo 530 do Código Civil de 1916, a propriedade imóvel adquirir-se-ia pela transcrição do título de transferência no Registro de Imóvel, pela acessão, pelo usucapião e pelo direito hereditário (incisos I a IV), disciplina mantida pelo regramento atual.

O promovido, ao comprar o apartamento, adquiriu apenas 1 (UMA) GARAGEM.

A dita "garagem excedente", bem imóvel, só poderia ser adquirida por uma das formas previstas em lei. Assim, afastada a hipótese da usucapião, ausente a aquisição pelo registro do título e descogitadas as demais hipóteses, não resta outra alternativa senão afirmar que o requerido jamais adquiriu a propriedade da "vaga de garagem excedente". E se não é do réu nem de outro condômino, a "garagem excedente" é área comum.

Torna-se desnecessária que uma Assembleia Condominial proclame que pertence ao condomínio uma área comum. O que não se admite é o promovido se apropriar de uma área em detrimento do uso desta mesma área pelos demais condôminos.

> A falta de indicação, pelo requerido, da vaga de garagem que pretende vincular ao seu apartamento, em detrimento de terceiros, merece a pronta intervenção judicial para determinar ao réu que escolha uma das duas vagas que faz uso e que se abstenha de usar a vaga remanescente, salvo na hipótese de ser contemplado no sorteio a que alude o artigo 37, § 2º do Regimento Interno do Condomínio (fl. 49)."

Assim, a legalidade da convocação para a assembleia-geral não foi objeto de exame pelo Sentenciante, o que obsta a análise por este Órgão Colegiado. Ademais, o apelante-réu não impugnou especificamente o fundamento do não conhecimento do pedido contraposto, tampouco sustentou o cabimento do pedido daquela natureza. Apenas limitou-se a ratificar as razões da nulidade da assembleia geral em face da ausência de convocação pessoal e do quórum especial. Saliente-se, entretanto, que o apelante-réu poderá utilizar dos meios processuais adequados para arguir as supostas irregularidades.

Rejeito a preliminar de nulidade da assembleia geral condominial.

Da carência de ação - falta de legitimidade e interesse processual

O apelante-réu defende que o condomínio-apelado não possui legitimidade tampouco interesse processual para postular a presente obrigação de fazer e não fazer, porquanto não comprovou a posse ou a propriedade das "garagens excedentes", que pretende transformar em área comum. Sustenta que não há título de domínio ou registro imobiliário, nos termos do art. 585 do CPC. Aduz que a convenção de condomínio não transfere direito real sobre bem imóvel, nem de natureza possessória. Defende, ainda, que o presente feito exige um título judicial, extrajudicial, obrigacional, contratual ou legal que assegure a tutela pretendida.

A presente demanda foi ajuizada com fundamento nos art. 287 e art. 461 e §§, do CPC, que dispõem:

> "Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão

antecipatória de tutela (arts. 461, §4º e 461-A).

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que asseguram o resultado prático equivalente ao do adimplemento."

Sobre o tema, a lição de Fredie Didier Jr., em "Curso de Direito Processual Civil - Execução", no que importa:

"O *caput* do art. 461 limita seu âmbito de incidência às obrigações de fazer e de não fazer. A rigor, obrigação é apenas uma espécie do gênero dever jurídico. Trata-se de dever que tem sua gênese vinculada ao chamado direito obrigacional, no que se distingue de outros tipos de deveres, com aqueles vinculados aos direitos reais, aos direitos de família e aos direitos sucessórios. Assim, segundo PONTES DE MIRANDA, "em sentido estrito, 'obrigação é a relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre a uma delas, ao debitor, ou a algumas, pode ser exigida, pela outra, creditor, ou outras, prestação.
A despeito disso, a menção que se faz no art. 461 deve ser interpretada da forma mais ampla possível, estendendo-se a todos os deveres jurídicos que tenham por objeto um fazer ou um não fazer, ainda que não tenham propriamente natureza obrigacional. (grifo nosso)
(...)
Feita esta ponderação inicial, cumpre esclarecer que, doravante, será utilizado o vocábulo "obrigação" em sentido amplo. Cumpre, pois, entender o que se deve entender por obrigação de fazer e não fazer.
Um dos elementos que compõem a noção de obrigação, ao lado dos sujeitos (elemento subjetivo) e do vínculo jurídico (elemento abstrato), é o seu objeto (elemento objetivo). Costuma-se cindir o objeto da obrigação em (i) objeto imediato, consistente na conduta do devedor (é a chamada prestação

> debitória), que pode ser positiva (obrigação de dar e de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer), e (ii) objeto mediato, consistente na coisa a ser entregue nas obrigações de dar ou no fato (ação ou omissão), nas obrigações de fazer e de não fazer (é o chamado objeto da prestação debitória).
> As obrigações (repita-se: em sentido amplo) tuteladas pelo art. 461 do CPC são aquelas que têm por objeto imediato uma conduta positiva ou negativa do devedor e que têm por objeto mediato uma prestação de fato, assim entendida aquela que exige uma atividade pessoal do devedor.
> (...)
> De acordo com a redação do art. 461 do CPC, "na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento". Esse dispositivo, já se viu, trazido pela Reforma Legislativa de 1994, veio deixar clara a opção do legislador de privilegiar a tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer, seja ela legal ou contratual, fungível ou infungível.
> É o que, repita-se, passou a ser chamado de princípio da primazia da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, segundo o qual se deve buscar dar ao credor tudo aquilo e exatamente aquilo que ele obteria se o devedor tivesse cumprido espontaneamente a obrigação que lhe cabia, isto é, tudo aquilo e exatamente aquilo que o credor obteria se não fosse necessário provocar a atividade jurisdicional para imposição da ordem." (Ed. Podivm, págs. 415/20)

Neste feito, não há título executivo extrajudicial ou judicial que embase a obrigação de fazer e não fazer. Aliás, tais títulos não são pré-requisitos para tanto, conforme se depreende da doutrina transcrita, porquanto o art. 461 se estende a toda relação jurídica que tenha como objeto um fazer ou um não fazer. A relação jurídica que une o apelante-réu e o condomínio-apelado, nesta lide, é identificado pelo vínculo condômino e condomínio, submetido às regras do Regimento Interno (fls. 46/50), bem como da Convenção de Condomínio (fls. 15/44). Desse modo,

é desnecessária a apresentação do título de propriedade, ou qualquer outro título extrajudicial elencado no art. 585 do CPC. Ademais, o litígio não versa sobre direito real, mas sobre o direito das obrigações derivadas tanto do Regimento Interno, quanto de sua Convenção.

Por fim, transcrevo os fundamentos do i. Magistrado *a quo* acerca do tema (fl. 178): "*Cumpre ainda dizer que o ilustre patrono do réu confunde os institutos da ação de conhecimento de obrigação de fazer e de não fazer (que busca a tutela específica) com a fase procedimental do cumprimento da sentença que impôs a obrigação de fazer e de não fazer (CPC, art. 461). Não há, portanto, necessidade de "título executivo" para manejar a presente ação.*"

Em conclusão, o condomínio-apelado detém legitimidade porque é parte na relação jurídica estabelecida com o apelante-réu, bem como possui interesse processual na modalidade necessidade, enquanto persiste a resistência do réu à pretensão do autor.

Da prejudicial de prescrição

O apelante-réu argumenta que este feito não tem natureza obrigacional, mas decorre de um direito real e, portanto, o prazo prescricional a ser considerado é de dez anos, previsto no art. 177 do CC/16.

Consoante anterior decisão, a presente demanda relata fatos decorrentes do direito das obrigações, ou seja, da obrigação do apelante-réu em optar por apenas uma das duas vagas de garagem que utiliza, e da obrigação de não mais valer-se da vaga remanescente, a partir daquela escolha. Essa obrigação decorre das avenças celebradas entre os condôminos. Não há posse esbulhada ou turbada, tampouco propriedade reivindicada, apenas, obrigação resistida.

Assim, o prazo prescricional que rege a lide é o relativo ao direito das obrigações. Sobre o tema, e com a licença do MM. Juiz, transcrevo os fundamentos da r. sentença para adotá-los como razões de decidir, *in verbis:*

> "Prescrição do direito de ação: Não há prescrição do direito de ação, por duas razões.
> a) Da não expiração do prazo prescricional:
> O enfrentamento da questão passa pela regra de transição prevista no art.2.028 do Código Civil, *verbis*:

"Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada."

Durante o tempo em que o réu utilizava a vaga de garagem sob o manto do Termo Administrativo Permissionário da UNIÃO, não correu prescrição contra o condomínio.

Isto porque o instituto da prescrição nasce do Princípio da *Actio Nata*, segundo o qual o direito de ação nasce a partir da pretensão resistida.

Portanto, a princípio, a pretensão do autor que ora se busca nasceu a partir do momento em que a Convenção de Condomínio foi instituída, ou seja, 26.3.1991 (fl.41)quando então firmou-se a regra do art.3º, §1º daquela Convenção (fl. 20), *verbis*:

"§1º No subsolo localizam-se as vagas de garagens, em número de 49, sendo uma privativa de cada apartamento, no total de 36, segundo numeração já existente. O condômino que ocupa mais de uma vaga deverá indicar a que prefere vincular ao seu apartamento." (Negrito meu).

Naquela época (1991), vigorava o Código Civil de autoria do notável jurista cearense Clóvis Beviláqua, cuja disciplina previa o prazo prescricional de 20 anos para as ações pessoais - CC/16, art.177.

Com a entrada em vigor do atual Código Civil em janeiro de 2003, quase 12 anos após a data da entrada em vigor da Convenção do Condomínio do Bloco K da SQS 216, aplica-se a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002, assim considerando transcorrida mais da metade do prazo prescricional (10 anos). Conclui-se que o prazo para o exercício do direito de ação se encerraria somente em 25.3.2011, razão pela qual não há prescrição a ser reconhecida.

b) Do uso contínuo da garagem: esmo que por alguma razão seja desconsiderado o argumento acima, outro argumento sobressai em desfavor da alegada prescrição. Como se disse, o direito de ação nasce da pretensão resistida (*actio nata*).

> O réu vem usando a garagem continuamente ao longo desses anos, ignorando as regras condominiais. A cada reiteração de conduta, pelo uso de duas garagens sem respaldo para tanto, nasce uma nova pretensão.
> Preliminar rejeitada."

Rejeito a preliminar de prescrição da pretensão autoral.

Do usucapião

O usucapião é modo extraordinário de aquisição da propriedade imóvel e transmuda o possuidor em proprietário.

O usucapião ordinário exige a presença da posse e do lapso temporal, do justo título e da boa-fé. A posse deve ser *ad usucapionem* (com convicção de dono), pacífica e ininterrupta. O justo título é necessário para permitir a transferência da propriedade (suscetível de ser usucapida). E, finalmente, para a comprovação da boa-fé basta que esteja presente durante todo o decurso da posse.

Na circunstância, a posse do apelante-réu, a despeito de ser e ininterrupta e "com convicção de dono", não é pacífica porque originariamente usufruída por meio de permissão do Poder Público, uma vez que o imóvel habitacional era funcional. Em decorrência da alienação do imóvel aos ocupantes, acordou-se, na Convenção do Condomínio (fl. 20) que a ocupação da "vaga excedente" seria provisória (art. 3º, § 2º) até a elaboração do Regimento Interno. E, com a deliberação desta norma (fls. 46/50), determinou-se que as "vagas excedentes" passariam à propriedade do condomínio-apelado, porque não adquiridas pelos condôminos (art. 37). O apelante-réu foi notificado da deliberação (fl. 54), mas permaneceu ocupando a vaga. A partir daquele ajuste e consequente notificação, a posse do apelante-réu perdeu o caráter pacífico. Assim como a boa-fé deixou de estar presente durante todo o transcurso da posse.

É importante salientar, ainda, que não há justo título capaz de embasar o pedido de usucapião porque não há documento válido, certo e real que comprove a posse, tampouco causa hábil a ensejar a transferência de propriedade ao apelante-réu.

Em conclusão, os requisitos para a aquisição da propriedade por meio do usucapião ordinário não estão presentes porque não foram observados os pressupostos do art. 1.242 do CC/02.

Por outro lado, as exigência do usucapião especial, na modalidade urbana, também não foram obedecidas uma vez que o art. 1.240 do CC/02 e o art. 183 da CF/88 exigem metragem específica da área pretendida, não superior a 250m²; exercício de posse mansa e pacífica, e que o imóvel seja único para residência do possuidor ou sua família, em homenagem ao princípio da função social da propriedade. Nesta causa, a metragem da garagem pretendida, acrescida à metragem do apartamento, excede o mínimo legal; a posse não é pacífica e o imóvel não é a única residência do apelante-réu, que reside também em Macapá-AP (fl. 75).

Por fim, o usucapião extraordinário também não é cabível na espécie. Certo que essa modalidade exige tão somente a posse *ad usucapionem* (com convicção de dono), mansa e pacífica pelo prazo de quinze anos, sendo presumidos o justo título e a boa-fé. No entanto, como já asseverado, a posse deixou de ser pacífica a partir da notificação para a escolha de uma dentre as duas ocupadas pelo apelante-réu. Assim, houve oposição à posse do apelante-réu porque contestada pelo condomínio-apelado, nos termos do art. 1. 238 do CC/02.

Indefiro o pedido de declaração de usucapião da área da garagem pretendida.

Do mérito

O apelante-réu adquiriu o imóvel situado na SQS 206, bloco "K", apto. 206, Brasília - DF da União Federal, no dia 27/12/90 (fl. 57), com as seguintes características:

> "IMÓVEL: Apartamento nº 206, do Bloco "K", da SQS-216, desta Capital, composto de suíte (quarto, vestiário e banheiro), dois quartos sociais, banheiro social, circulação, lavabo, sala hall de entrada, varanda, cozinha, área de serviço, quarto de empregada, banheiro de empregada e uma vaga de garagem a ele vinculada, situada no subsolo, com área privativa de 162,714 m², área de uso e propriedade comum de 94,378m², área total de 257,092m² e a respectiva fração ideal de 0,027777 do terreno constituído pela projeção nº 04 e das partes comuns. Proprietária: UNIÃO FEDERAL." (grifo nosso)

Após a alienação dos imóveis funcionais que fazem parte daquele edifício, instituiu-se o condomínio-apelado por meio da Convenção de Condomínio do Bloco "K" da SQS 216 (fls. 15/41) em 26/03/91 que estabeleceu:

> "Os abaixo assinados, proprietários ou promitentes compradores de unidades autônomas do Bloco "K" da Super Quadra Sul 216 desta cidade de Brasília, Distrito Federal, por este instrumento estabelecem a presente Convenção de Condomínio, a cujo cumprimento ficam obrigados todos os seus convenentes e moradores."

Com relação às vagas da garagem, a Convenção assentou que (fl. 20):

> "Art. 3º. (...)
> §1º No subsolo localizam-se as vagas de garagens, em número de 49, sendo uma privativa de cada apartamento, no total de 36, segundo numeração já existente. O condômino que ocupa mais de uma vaga deverá indicar a que prefere vincular ao seu apartamento.
> §2º Para uso das vagas excedentes, em número de 13, será exigido o recolhimento de uma taxa extra de 20% (vinte por cento) sobre a taxa mensal de condomínio, cabendo a preferência de uso, em caráter provisório, aos atuais ocupantes, até ulterior deliberação quando da elaboração do Regimento Interno."

O apelante-réu, ocupante de duas vagas na garagem, foi contemplado a título precário com a utilização daqueles espaços até futura deliberação por meio de Regimento Interno a ser votado pelos condôminos. Saliente-se que o título era precário porque a segunda vaga não foi adquirida pelo apelante-réu por meio do contrato de compra e venda com a União Federal. O registro do imóvel (fl. 57) é claro ao assegurar somente uma vaga de garagem vinculada ao apartamento nº 206.

Quando da elaboração do Regimento Interno em 19/10/06 (fls. 46/50), os condôminos decidiram que:

> "Art. 37. As vagas de garagem, em quantidade de trinta e seis,

> são vinculadas aos apartamentos, uma por uma, de acordo com numeração idêntica à da unidade residencial, e de uso reservado do respectivo morador. As vagas excedentes, em número de treze, são de propriedade do Condomínio.
> § 1º. As vagas de garagem são de uso privativo dos moradores do edifício, não podendo, a qualquer título, ser destinadas a pessoas nele não residentes.
> § 2º. Semestralmente serão sorteadas as vagas de propriedade do Condomínio, para efeito de rodízio entre os interessados. O sorteio ocorrerá durante Assembleia Extraordinária convocada especificamente para esta finalidade. Só poderão participar do sorteio os moradores que se encontrarem em dia para com suas obrigações condominiais."

Posteriormente, o apelante-réu foi devidamente notificado para optar entre uma das vagas que ocupava a título precário (fl. 54), mas não se manifestou. Entretanto, em face do vínculo obrigacional que o une às regras e normas do condomínio-apelado, possui o dever jurídico de submeter-se à decisão aprovada legitimamente pelos condôminos acerca da ocupação das vagas na garagem.

Em conclusão, o apelante-réu não é proprietário de duas vagas na garagem do condomínio-apelado. A vaga de garagem excedente não está vinculada à aquisição do apartamento nº 206. O objeto da compra e venda contemplou apenas o apartamento e uma vaga na garagem. Os pedidos da ação de obrigação de fazer e não fazer devem ser julgados procedentes para que o apelante-réu faça a escolha da vaga que pretenda vincular ao seu apartamento, bem como se abstenha de ocupar a vaga remanescente.

Isso posto, conheço da apelação, rejeito as preliminares de nulidade da r. sentença, da assembleia geral extraordinária e de falta de interesse processual e legitimidade, bem como a prejudicial de prescrição e indefiro o pedido de declaração de usucapião; no mérito, nego provimento à apelação.

É o voto.

Des. César Loyola (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Negou-se provimento. Unânime.

Notas

1 *20090110847867APC, Relator ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, DJ 23/09/2010, acórdão n. 448635.*

2 *20090110683564APC, Relator VERA ANDRIGHI, 6ª Turma Cível, DJ 02/09/2010, acórdão n. 441624.*

3 *20100020077711AGI, Relator JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, DJ 23/09/2010, acórdão n. 449023.*

4 *"PROCESSUAL - COMPETÊNCIA - INTERDITO PROIBITÓRIO - AMEAÇA FUNDADA EM TÍTULO EMITIDO PELA UNIÃO FEDERAL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.*

- *Se a suposta ameaça à posse origina-se em título gerado pela União Federal, compete à Justiça Federal o conhecimento do interdito proibitório que visa obviar tal ameaça. É que a concessão do interdito, no caso, tem como pressuposto a desconstituição do título malsinado." (EDcl no REsp 306800/DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, DJ 22/11/2004 p. 330).*

5 *FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.* **Direitos reais.** *6ª Ed., 3ª Tir. Rio de Janeiro, Ed. Lumem Juris, 2010, p. 15.*

6 *Ibidem, p. 14.*

7 *"Art. 3º, §1º No subsolo localizam-se as vagas de garagens, em número de 49, sendo uma privativa de cada apartamento, no total de 36, segundo numeração já existente. O condômino que ocupa mais de uma vaga deverá indicar a que prefere vincular ao seu apartamento." (fls. 20).*

8 *Art. 3º, § 2º: "Para uso das vagas excedentes, em número de 13, será exigido o recolhimento de uma taxa extra de 20% (vinte por cento) sobre a taxa mensal de condomínio, cabendo a preferência de uso, em caráter provisório, aos atuais ocupantes, até ulterior deliberação quando elaboração do Regimento Interno.". (fls. 20 - g.n.)*

9 *Art. 486. Quando, por força de obrigação, ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas, de quem eles a houveram, a posse indireta.*

10 *FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 288.*

11 *GOMES, Orlando.* **Direitos Reais.** *19ª Ed., rev. atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, Ed. Forense, 2004, p. 189.*

12 *"[...] c) recebe, mensalmente, a taxa de ocupação desta segunda garagem em separado.".*

13 *"[...] o Requerido paga uma taxa mensal pela ocupação da área excedente.".*

14 *"Em 24 de julho de 1997, portanto 13 anos após a posse e 6 anos e 4 meses após a Convenção, o Condomínio-Autor fez notificação extrajudicial - doc. Anexo - ao Requerido "denunciado a locação" (sic), sofrendo contra-notificação - Doc. Anexo - demonstrativa de que não possuía nenhum direito a amparar-lhe a pretensão".*

15 *FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 76.*

16 *FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.* **Direito civil: Teoria Geral.** *8ª Ed., 2ª Tir. Rio de Janeiro, Ed. Lumem Juris, 2010, p. 609/610.*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011090154-4

Apelante - Alysson Fagundes Braga
Apelado - Lourival Ferreira de Moura Júnior
Relator - Des. Humberto Adjuto Ulhôa
Terceira Turma Cível

EMENTA

PROCESSO CIVIL E EMPRESARIAL. SOCIEDADE LIMITADA. QUEBRA DA *AFFECTIO SOCIETATIS*. DISSOLUÇÃO. AGRAVO RETIDO: CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE SÓCIO OCULTO. IMPOSSIBILIDADE. APURAÇÃO DE HAVERES. QUANTIDADE IDÊNTICA DE QUOTAS ENTRE OS SÓCIOS. ALEGAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DESPROPORCIONAL NA INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL. NÃO ACOLHIMENTO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. EXISTÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA.

1. À luz do disposto no artigo 131 do Código de Processo Civil, o juiz é soberano na análise das provas produzidas, devendo decidir, fundamentadamente, de acordo com o seu convencimento. Inexiste o alegado cerceamento de defesa se a prova testemunhal requerida se mostra, de todo, dispensável, dada a matéria tratada, qual seja, retirada de sócio de sociedade limitada, devendo ser observado as regras constantes do contrato societário que estipulam a responsabilidade e direitos dos sócios de acordo com as cotas de cada um.

2. Inexiste a figura do sócio oculto na sociedade por cota de responsabilidade limitada, na qual todos os sócios são obrigados a contribuir na proporção de suas frações para a integralização do capital social. Assim, se não há referência da participação do segundo requerido no contrato societário, justifica-se a extinção do feito, sem resolução de mérito em relação a este, por ilegitimidade passiva.

3. Em sociedades contratadas por prazo indeterminado, a retirada de um sócio é direito que pode ser exercido a qualquer tempo.
4. A quantidade de quotas que integram o patrimônio dos sócios corresponde, proporcionalmente, ao direito de participar nos haveres da sociedade, em caso de liquidação.
5. Se os demandantes livremente pactuaram a distribuição de metade das quotas para cada um dos sócios, não merece acolhida a alegação de contribuição desproporcional na integralização do capital social, eis que induvidosa a determinação do artigo 1.007 c/c 1.053 do Código Civil, que preceitua direito proporcional às quotas em matéria de lucros e perdas.
6. Agravo retido conhecido e não provido. Apelo conhecido e não 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 Batista Teixeira - Revisor, Nídia Corrêa Lima - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Nídia Corrêa Lima, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Negar provimento ao agravo retido e ao apelo. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 8 de setembro de 2010.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o da ilustrada sentença de fls. 1349/1361, que transcrevo, *in verbis:*

> *"ALYSSON FAGUNDES BRAGA propôs a presente ação, com pedido de tutela antecipada, contra LOURIVAL FERREIRA DE MOURA JUNIOR e CLÁUDIO CAMARGO ARTHOU SANTANA, partes qualificadas nos autos, aduzindo, em síntese, que o autor e o primeiro réu alteraram o contrato da empresa ALLTEC DESENVOLVIMENTO DE SISTEMA DE INFORMÁ-*

TICA LTDA. com a inclusão do primeiro réu no quadro societário, enquanto o segundo réu seria incorporado futuramente ao referido quadro, após o seu desligamento do Exército, sendo que o autor é o responsável pela gerência e administração da sociedade.

Informa que "as partes" desenvolveram página na internet onde comercializavam espaços para anúncios (www.preferencianacional.com), nos moldes de um classificado virtual, conforme registro realizado em nome do segundo réu; que a empresa foi estabelecida em sala alugada, de propriedade do genitor do primeiro réu, sendo ele o aporte financeiro dos sócios; que as partes locaram uma casa para funcionar como estúdio, locação realizada em seu nome (autor) e novas despesas foram realizadas com a compra de equipamentos, pintor, condomínio etc, para a implantação do projeto, suportadas pelo autor, em nome próprio, e com a promessa de reembolso dos demais sócios, ora réus, que não chegou a ocorrer; que teve o gasto de R$ 20.000,00, e um novo aporte era necessário, no valor de R$ 15.000,00, que teve de suportar sozinho; que os réus prometeram o reembolso, após a "baixa" do Exército, que não chegou a ocorrer; que o primeiro réu chegou a fazer retiradas; que os sócios autorizaram a realização de empréstimos, como foi feito junto ao BRADESCO no valor de R$ 12.000,00; que efetivamente o site começou a operar em novembro, e somente em fevereiro é que os clientes começariam a pagar; que o primeiro réu adquiriu plano empresarial de telefonia celular móvel e placa para conexão sem fio de internet, mesmo sendo o autor o administrador da sociedade.

Informa que começaram a agir sem o conhecimento do autor; que receberam o primeiro faturamento da empresa, integralmente, e não repassaram para o autor; que discordou da decisão de fazer novo aporte financeiro para a circulação de uma revista com o mesmo editorial do site, e que, ao pedir o seu desligamento da sociedade, foi-lhe ofertado o valor de R$ 12.000,00, o que não foi aceito.

Discorre sobre a revista, onde formula suas críticas, sua colaboração no desenvolvimento do conteúdo da página eletrônica, informa ter gasto o valor de R$ 3.500,00, com o pagamento de cheques para compra de mobiliário e notebook, e informa que vem sendo impedido de exercer suas funções de sócio-gerente.

Conclui pedindo a concessão da gratuidade da justiça, de tutela antecipada consistente na indisponibilidade dos bens da sociedade e de seus sócios, o bloqueio do uso do site, e a busca e apreensão de todas as revistas, bem como a proibição de novas publicações, sob pena de pagamento de multa. Ao final, pede a declaração de dissolução parcial da sociedade, com o impedimento dos réus de realizar novas operações sociais até a efetiva reparação dos danos e o recebimento de seus haveres, em dinheiro, em única parcela, além da condenação dos autores ao pagamento da indenização por danos materiais consistente no valor devido em razão do não repasse de seus percentuais de lucro, além da condenação ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios.

Citados, os réus apresentaram contestação, por intermédio do mesmo patrono, onde arguiram a ilegitimidade passiva ad causam do segundo réu, uma vez que não participa como sócio da empresa ALLTEC, sendo, unicamente, o proprietário e criador do site preferencianacional.com, não sendo sócio da empresa.

Discorrem sobre a criação do referido site eletrônico, em dezembro de 2004, utilizando-se de seus conhecimentos técnicos de analistas de sistemas, e, após uma demonstração do site ao autor, ocorrida em abril/maio de 2006, houve seu interesse na montagem de estúdio fotográfico com a participação do primeiro réu, como efetivamente ocorreu, e, quando de sua implantação, coube ao réu, Lourival, a edição das fotografias, ao autor os trabalhos administrativos e financeiros do estúdio fotográfico e ao segundo réu, CLAUDIO, a administração do sistema do portal WEB por ele criado junto ao provedor de hospedagem (Locaweb) e outros serviços do portal que eram executados em sua residência. Isso, sem nenhuma participação do autor no desenvolvimento, análise, normalização do banco de dados e no layout da página; que o site encontra-se registrado em nome de Cláudio, eis que fora o seu idealizador e responsável pelo desenvolvimento, cujo registro foi realizado em 10/12/2004; que o autor tinha apenas a finalidade de montar o seu ambiente para fotografia, equipado com mobílias e eletrônicos pagos parcialmente pelos réus; que Lourival formalizou sua entrada na empresa após realizar compras no valor de R$ 10.000,00, em nome da ALLTEC;

que o autor e o primeiro réu fizeram empréstimo de R$ 12.000,00, no Bradesco, para viabilizar o estúdio fotográfico; que o empréstimo foi "adquirido" pela ALLTEC; que o portal já funcionava na sala alugada pelo genitor de Lourival, e a mudança do endereço realizada na alteração contratual foi para permitir a operação da empresa e a contratação de serviços de telefonia móvel e de internet para suporte ao estúdio fotográfico; que o autor alugou em seu nome a suposta sede da empresa ALLTEC, onde funcionava seu estúdio fotográfico, e, após alguns meses, abandonou o imóvel, obrigando os réus a honrarem o pagamento; que os réus pagaram R$ 30.000,00 para viabilizar o negócio, enquanto o autor nada pagou, e, ao ser cobrado, este não concordou, razão por que lhe foi ofertado o valor de R$ 13.000,00, valor real que havia investido na sociedade, assumindo, os réus, os prejuízos, inclusive os cheques por ele emitido (autor) foram devolvidos, sem fundo, mesmo tendo os réus depositado os valores.

Informam que os gastos maiores foram pagos pelo genitor do primeiro réu e ressarcidos, posteriormente, pelos réus, e que toda movimentação da empresa foi lançada no livro caixa; que não houve promessa de ressarcimento dos valores investidos pelo autor após sua saída; que o autor efetivamente ajudou na montagem do estúdio fotográfico, porém nunca honrou o pagamento de sua cota parte para quitar as dívidas contraídas para o funcionamento da ALLTEC; que não foi identificado o suposto investimento do autor na empresa, especialmente porque os cheques por ele emitidos foram devidos sem fundos e foram pagos pelos réus; que as projeção realizados para o equilíbrio das despesas e receitas não ocorreu, e que as despesas inviabilizaram a empresa; que o autor propôs a sua inclusão na sociedade com o investimento de R$ 30.000,00, referente ao veículo VW GOLF, e o valor da indenização trabalhista, que não chegaram a ser investidas na sociedade; que o valor buscado é muito além do que contribuiu.

Informam que houve um depósito no valor de R$ 250.000,00 na conta-corrente da ALLTEC, sem conhecimento dos réus, que apuraram tratar-se dos serviços realizados em nome da empresa para cumprimento do contrato de Assessoria Técnica de Sistemas,

enquanto o sistema não foi desenvolvido pela empresa, e, ao ser questionado, o autor não soube explicar, apesar da transferência de parte do valor para sua conta-corrente; que foram emitidas três notas fiscais em nome da empresa, pelo autor, que não informou os destinos; que o autor causou o prejuízo de R$ 50.000,00 para empresa, e se nega a pagar, e, na verdade, deseja a venda dos bens do estúdio, do portal (sistema) e do domínio para que a dívida feita de R$ 62.000,00, fosse paga com a venda do suposto sistema.
Informam acerca da revista, dos recursos apurados, a sua distribuição, e a venda de 910 revistas das 5.000 impressas, com prejuízo financeiro que impediu nova publicação. Pediram a improcedência dos pedidos. Juntaram documentos de fls. 116/1280.
Houve réplica (fls. 1288/1302), e os autos vieram para sentença, decisão objeto de agravo retido."

Acrescento que o MM. Juiz julgou parcialmente procedente o pedido, unicamente, para declarar a retirada de ALYSSON FAGUNDES BRAGA da sociedade ALLTEC DESENVOLVIMENTO DE SISTEMA DE INFORMÁTICA LTDA., e determinar a apuração dos haveres societários, considerando o balanço patrimonial de julho de 2007, com o pagamento dos haveres a favor do autor, se existente, em dinheiro, em uma única parcela, resolvendo o mérito na forma do art. 269, I, do CPC. Extinguiu o feito em relação a CLÁUDIO CARMARGO ARTHOU SANTANA, na forma do art. 267, VI, do CPC e condenou o autor ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do patrono do referido requerido, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), de acordo com o disposto no § 4º, do art. 20, do CPC. Ainda em face da sucumbência recíproca e proporcional, condenou autor e réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00, a teor do art. 20, § 4º, do CPC, com observância do art. 21 do CPC e a Súmula 306 do STJ, isentando, contudo, o requerente do pagamento, em razão dos benefícios de gratuidade da justiça concedidos.

Não resignado, apela o autor às fls. 1366/1372, pugnando, preliminarmente, pelo exame do agravo retido, no qual sustenta que o julgamento antecipado da lide, no presente caso, configura claro cerceamento de defesa. Esclarece que a prova testemunhal requerida é absolutamente possível e imprescindível para o deslinde da lide, não sendo o caso de incidência da regra do art. 227 do CC.

Em suas razões recursais, afirma a legitimidade do segundo requerido, Cláudio Camargo Arthou Santana, para figurar no polo passivo da presente lide. Salienta a vinculação do site, em torno do qual a empresa girava, ao requerido, sendo claro que este postava ativamente como empreendedor na empresa.

No mérito, assevera o apelante que não houve sucumbência recíproca, sendo sua vitória significativa, pelo menos nessa fase.

Esclarece que a r. sentença merece reforma na parte em que não determinou, desde já, a apuração dos aportes promovidos pelas partes e sua devolução pelos sócios, sendo certo que a integralização ocorreu de forma desproporcional às cotas de cada sócio, justificando que a responsabilidade nos haveres e deveres também observem tal proporcionalidade, quando da liquidação.

Entende que o valor ofertado pelos requeridos para pagamento dos haveres do autor deve sinalizar o patamar mínimo na fixação dos valores apurados, sob pena de prejuízo deste.

Requer, assim, o conhecimento e provimento do presente recurso para, acolhendo a preliminar, cassar a r. sentença, ou não sendo esse o entendimento, pede a reforma do *decisum* para declarar legítimo o requerido Cláudio e determinar que em sede de liquidação se proceda a apuração dos haveres e deveres de acordo com a efetiva contribuição de cada sócio, devendo, ainda, ser observado o crédito mínimo do autor no montante reconhecido pelos requeridos, adequando-se, de qualquer sorte, os consectários sucumbenciais.

Preparo regular (fl. 1373).

Sem contrarrazões (Certidão de fl. 1373).

É o relatório.

VOTOS

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença, proferida pelo MM. Juiz da 10ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF que, nos autos da ação de dissolução parcial de sociedade c/c apuração de haveres e perdas e danos movida por Alysson Fagundes Braga contra Lourival Ferreira de Moura Junior, julgou parcialmente procedente o pedido, unicamente, para declarar a retirada de ALYSSON FAGUNDES BRAGA da sociedade ALLTEC

DESENVOLVIMENTO DE SISTEMA DE INFORMÁTICA LTDA., e determinar a apuração dos haveres societários, considerando o balanço patrimonial de julho de 2007, com o pagamento dos haveres a favor do autor, se existente, em dinheiro, em uma única parcela, resolvendo o mérito na forma do art. 269, I, do CPC. Extinguiu o feito em relação a CLÁUDIO CARMARGO ARTHOU SANTANA, na forma do art. 267, VI, do CPC e condenou o autor ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do patrono do referido requerido, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), de acordo com o disposto no § 4º, do art. 20, do CPC. Ainda em face da sucumbência recíproca e proporcional, condenou autor e réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00, a teor do art. 20, § 4º, do CPC, com observância do art. 21 do CPC e a Súmula 306 do STJ, isentando, contudo, o requerente do pagamento, em razão dos benefícios de gratuidade da justiça concedidos.

Principio pelo exame do agravo retido.

AGRAVO RETIDO

Sustenta o agravante que o julgamento antecipado da lide, no presente caso, configura claro cerceamento de defesa, uma vez que a prova testemunhal requerida, além de absolutamente possível é imprescindível para o deslinde da lide, não sendo o caso de incidência da regra do art. 227 do CC.

Com efeito, a lei processual autoriza o juiz a proceder ao julgamento antecipado da lide nos casos em que a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova, a teor do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

No presente caso, o MM. Juiz sentenciante julgou-se apto à análise da questão *sub examine*, por entender que "*...a matéria fática é incontroversa, pendente de julgamento o mérito desta ação, que reside em saber, unicamente, se é legal a retirada do autor da sociedade, e, em caso positivo, se lhe assiste direito ao recebimento de valores, razão por que entendi da desnecessidade de realização de outras provas, especialmente porque na fase da liquidação, se for o caso de existir ativo a ser partilhado, haverá a realização da prova pericial.*" (fl. 1355).

À luz do disposto no artigo 131 do Código de Processo Civil, o juiz é soberano na análise das provas produzidas, devendo decidir, fundamentadamente, de acordo com o seu convencimento.

Na hipótese vertente, como salientado pelo d. magistrado a prova testemunhal requerida é, de todo, dispensável, uma vez que os documentos constantes dos autos são suficientes para a solução da lide, dada a matéria tratada,

qual seja, retirada de sócio de sociedade limitada, devendo ser observadas as regras constantes do contrato societário que estipulam a responsabilidade e direitos dos sócios de acordo com as cotas de cada um.

Assim, a prova testemunhal não poderia alterar o que determina o contrato social, sendo, por isso, desnecessária.

Pelo exposto, ante a ausência do alegado cerceamento de defesa, **nego provimento ao agravo retido.**

Em suas razões recursais, afirma o autor/apelante a legitimidade do segundo requerido, Cláudio Camargo Arthou Santana, para figurar no polo passivo da presente lide, salientando a sua vinculação ao site, em torno do qual a empresa girava, restando claro que este postava ativamente como empreendedor na empresa, não se justificando a extinção do feito, sem resolução de mérito, em relação a este.

Sem razão o apelante.

Por certo que a participação do requerido Cláudio Camargo deveria constar do contrato societário, sem tal registro, impõe-se reconhecer a ilegitimidade do mesmo para figurar no polo passivo da presente lide.

Ademais, a posição imputada ao requerido pelo apelante, qual seja, de sócio oculto sequer é permitida na sociedade por cota de responsabilidade limitada, na qual todos os sócios são obrigados a contribuir na proporção de suas frações para a integralização do capital social, sendo que cada um responde limitadamente na medida em que integralizar suas cotas.

Sobreleva dizer que, se houve participação do requerido Cláudio Camargo na administração da sociedade, essa ocorreu de forma irregular, por negligência ou até consentimento dos próprios sócios. Contudo, tal situação não importa em participação acionária deste, não tendo o mesmo legitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda que objetiva a dissolução da sociedade e apuração de haveres.

Dessa forma, impõe-se reconhecer o acerto da r. sentença ao extinguir o feito, sem resolução de mérito, em relação ao requerido Carlos Camargo, por ilegitimidade passiva deste.

O apelante sustenta, ainda, que a r. sentença merece reforma na parte em que não determinou, desde já, a apuração dos aportes promovidos pelas partes e sua devolução pelos sócios, sendo certo que a integralização ocorreu de forma desproporcional às cotas de cada sócio, justificando que a responsabilidade nos haveres e deveres também observem tal proporcionalidade, quando da liquidação.

Entende que o valor ofertado pelos requeridos para pagamento dos haveres do autor deve sinalizar o patamar mínimo na fixação dos valores apurados, sob pena de prejuízo deste.

Em que pese os argumentos expendidos pelo apelante, tenho que não lhe assiste razão.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que as sociedades comerciais se sustentam na unidade de desígnios e no interesse comum dos sócios. Manifestado, de forma incontroversa, o desejo de retirada, nos termos postos na inicial, compete ao magistrado proceder à dissolução da sociedade, pois o vínculo associativo não deve persistir, por via compulsória, em um quadro de quebra da *affectio societatis*.

De acordo com o artigo 1.029 do Código Civil, "**qualquer sócio pode retirar-se da sociedade**", previsão que confere legitimidade ao pedido do autor, sócio desinteressado na manutenção do pacto empresarial, aliás, desinteresse esse, também demonstrado pelo requerido/apelado.

Na jurisprudência dos tribunais, o aludido direito é reconhecido reiteradamente:

> **"É assente no Direito Comercial o princípio de que o sócio não pode ser obrigado a permanecer na sociedade, insulado no seu contexto social, uma vez rompida a harmonia entre os demais, traduzida na '*affectio societatis*', tendo o sócio dissidente o direito de retirar-se da sociedade - direito de recesso".**
>
> (APC5287199, Relator DÁCIO VIEIRA, 5ª Turma Cível, julgado em 15/12/2003, DJ 24/06/2004 p. 64)
>
> **"Uma vez quebrado o vínculo subjetivo existente entre os sócios, o qual pode ser traduzido pelo *affectio societatis*, não é lícito obrigar o dissidente a permanecer na sociedade, de modo que a dissolução parcial ou total da mesma é o caminho a ser trilhado, mesmo porque não há como obrigar duas ou mais pessoas se manterem sócias em uma determinada sociedade outrora constituída. Qualquer dos sócios poderá ao seu livre alvedrio retirar-se da sociedade, ocasião em que reclamará seus haveres".**

> (20040150043758APC, Relator JOÃO EGMONT, 1ª Turma Cível, julgado em 10/05/2006, DJ 21/09/2006 p. 63)
> **"Havendo ruptura na *affectio societatis* e vedação de alienação de quotas a terceiros, autoriza-se a dissolução parcial da sociedade como mecanismo mais adequado à equalização dos interesses conflitantes".**
> (REsp 510.387/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14.12.2004, DJ 01.02.2005 p. 540)
> **"Ocorrendo a exclusão de sócio em sociedade limitada por quebra da *affectio societatis*, deve a apuração dos haveres ser precedida de verificação física e contábil (balanço geral - apuração integral).**
> (REsp 61.321/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 13.02.2001, DJ 02.04.2001 p. 284).

No tocante à existência de mácula no direcionamento da r. sentença em função da falta de realização da prova testemunhal requerida, como já dito alhures, quando do exame do agravo retido, não vislumbro a sua ocorrência, pois a prova documental colacionada é suficiente para promover o deslinde da causa, norteada por questões eminentemente de direito.

Melhor sorte não socorre o apelante quando afirma que a apuração de haveres e deveres deve considerar que a integralização ocorreu de forma desproporcional às cotas de cada sócio.

Como já ressaltado acima, cuida-se de sociedade limitada, razão pela qual a apuração deve observar a quantidade de cotas atribuídas a cada sócio, de acordo com o constante no contrato societário.

Insta destacar que a divisão de cotas é feita livremente entre os sócios, por certo, observando a participação e contribuição na integralização do capital social, já que o maior número de cotas significa maior direito nos lucros, maior responsabilidade, entre outros.

A alteração contratual de fls. 14/17, estabelece claramente, em sua cláusula quinta, que o capital social reparte-se em cinquenta quotas, pertencendo vinte cinco delas ao primeiro sócio, ou seja, ao autor e outras vinte e cinco ao requerido Lourival Ferreira de Moura Junior.

A cláusula décima quinta do contrato societário estabelece, *verbis:*

> **"Ao término de cada exercício social os lucros e perdas apurado deste período serão distribuídos entre os sócios de acordo com sua participação no Capital Social".** (fl. 17)

Por inteligência do artigo 1.007 c/c 1.053 do Código Civil, **o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas**. Assim sendo, se os sócios decidiram dividir os riscos em igualdade de condições, hão de partilhar os lucros nos mesmos moldes.

Infundada, portanto, a alegação do apelante de contribuição desproporcional para integralização, fato esse não demonstrado expressamente no contrato, uma vez que as cotas da sociedade restaram repartidas meio a meio entre os sócios, autor e requerido.

Ora, se a integralização foi feita de modo desproporcional, a divisão das quotas deveria espelhar essa situação. Porém, se o contrato societário aponta para a divisão igualitária das quotas, essa é a proporção correta a ser observada, razão pela qual não merece acolhida a insurgência do apelante.

Seguindo o mesmo raciocínio, não deve prevalecer o valor mínimo, anteriormente ofertado pelo apelado, a ser pago ao apelante, uma vez que somente na liquidação, os haveres e deveres serão apurados, momento em que se descobrirá se há ou não valores a serem pagos ao apelante, conforme observado no dispositivo da r. sentença.

Ademais, segundo dispõe o art. 1.031 do CC, *verbis:*

> "Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado."

Dessa forma, somente após a análise desse balanço especial, durante a liquidação, considerada a data da resolução, ou seja, da retirada do autor da sociedade, poderá ser apontado o valor correto de suas quotas e, por certo, de eventuais haveres.

Por fim, resta o exame do inconformismo do autor quanto à sucumbência recíproca, entendendo o mesmo que sua vitória foi significativa, nessa fase, devendo o requerido suportar o pagamento total das custas e dos honorários advocatícios.

Mais uma vez sem razão o apelante.

Conquanto não se possam considerar os pedidos cautelares constantes da inicial, é certo que a retirada do autor da sociedade não foi obstada pelo requerido que, inclusive, ofertou-lhe proposta para sua saída, conforme afirmado pelo autor e confirmado pelo requerido.

Na verdade, o autor buscou o Judiciário por não concordar com o valor ofertado para sua retirada, razão pela qual o pedido foi acolhido, determinando-se, consequentemente, a apuração dos haveres e deveres, mediante liquidação.

Contudo, o autor/apelante também requereu a condenação dos requeridos nas supostas perdas e danos que foram, frise-se, corretamente, afastadas pelo *decisum*. Assim, tendo sucumbido parcialmente em seus pedidos, correta a divisão dos ônus sucumbenciais realizada pela r. sentença, nos termos do art. 21 do CPC.

Forte nessas razões, **conheço e nego provimento ao agravo retido. Conheço e nego provimento ao apelo**, mantendo íntegra a r. sentença.

É como voto.

Des. João Batista Teixeira (Revisor) - Presentes os pressupostos que autorizam a admissibilidade da presente apelação, dela se conhece.

Na origem, ALYSSON FAGUNDES BRAGA ajuizou AÇÃO ORDINÁRIA DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE C/C APURAÇÃO DE HAVERES COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA em face de LOURIVAL FERREIRA MOURA JÚNIOR e CLÁUDIO CAMARGO ARTHOU SANTANA, objetivando a dissolução da sociedade por quotas de responsabilidade limitada ALLTEC DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS DE INFORMÁTICA LTDA.

A sentença de fls. 1349/1361, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a retirada do sócio ALYSSON FAGUNDES BRAGA da sociedade e determinar a apuração de seus haveres com base no balanço de julho de 2007, com pagamento, se existente, em dinheiro e em parcela única. Extinguiu o processo em relação a CLÁUDIO CAMARGO ARTHOU SANTANA e condenou o autor ao pagamento de honorários de 1.000,00 em favor do patrono do requerido.

Em razão da sucumbência recíproca e proporcional, condenou o autor e o réu ao pagamento das custas e de honorários advocatícios de R$ 1.000,00, devendo as partes observar o artigo 21 do CPC e a Súmula 306 do STJ, isento o autor de pagamento em razão dos benefícios da gratuidade de justiça a ele deferida.

Apelou o autor (fls. 1366/1372) postulando o exame do agravo retido e buscando a manutenção de CLÁUDIO CAMARGO ARTHOU SANTANA no polo passivo da lide, aduzindo que deve ser observado na apuração de haveres o crédito mínimo do autor reconhecido pelos requeridos, com adequação dos consectários sucumbenciais.

Preparo comprovado (fls.1373).

Não foram apresentadas contrarrazões apesar de regularmente intimada a parte (fls. 1375).

Considerando que a análise por mim efetuada acerca das teses agitadas no recurso está em consonância com os fundamentos apresentados pelo eminente relator, acolho, com a devida vênia, os fundamentos declinados e o acompanho em todos os termos de seu voto.

Em face do expendido, CONHEÇO DO RECURSO, nego provimento ao agravo retido e, no mérito, NEGO PROVIMENTO a APELAÇÃO para manter intacta a douta sentença desafiada.

É como voto.

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

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento ao agravo retido e ao apelo. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007071039508-0

Apelante - Maíra Carvalho Ferreira Santos
Apelado - Condomínio do Edifício Residencial Bouganville
Relator - Des. Teófilo Caetano
Quarta Turma Cível

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. OBRIGAÇÕES CONDOMINIAIS. CONDOMÍNIO EDILÍCIO. CONSTITUIÇÃO. CONVENÇÃO. APROVAÇÃO POSTERIOR. SOCIEDADE DESPERSONALIZADA. EQUIPARAÇÃO. TAXAS. CRIAÇÃO E APROVAÇÃO ANTES DA APROVAÇÃO DO ATO CONSTITUTIVO. PAGAMENTO. PROPRIETÁRIA. CONDÔMINA. IMPERATIVIDADE. MULTA E JUROS. EFEITOS DA MORA. PROVA ORAL. IRRELEVÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

1. Da inutilidade da prova oral postulada para o fornecimento de quaisquer subsídios passíveis de auxiliarem a resolução da matéria controvertida, notadamente quando destinada à comprovação de fato irrelevante e desprovido de controvérsia, resulta a imperiosidade necessidade de a lide ser resolvida antecipadamente, não emergindo da observância desse regramento cerceamento de defesa por não se coadunar com o devido processo legal a colheita de provas desprovidas de efetividade e utilidade.

2. A criação de condomínio edilício à margem das exigências legais resulta na germinação de efeitos e conflitos que, ante sua relevância e alcance social, não podem ficar à míngua de modulação judicial, ensejando a inexorabilidade dos fatos e a missão confiada ao Judiciário de resolver os conflitos sociais a suplantação do formalismo, determinando que lhe seja assegurado o mesmo tratamento dispensado às sociedades despersonalizadas, culminando com o re-

conhecimento de que, antes mesmo da sua regularização mediante a aprovação e registro da sua convenção, está revestido de capacidade e legitimação para estar em Juízo ativa e passivamente.

3. Conquanto regularizado o condomínio quando há muito estava em funcionamento de fato, fomentando serviços e benfeitorias no proveito indiscriminado de todos os proprietários das unidades autônomas que o integram, está provido de legitimidade para reclamar do titular de imóvel que o compõe as taxas aprovadas nas reuniões sociais havidas e o equivalente ao rateio do tributo gerado pelo lote no qual fora erigido o empreendimento edilício antes da sua regularização, pois, como destinatário dos incrementos fomentados, não pode nenhum condômino ficar imune à obrigação de concorrer para seu custeio.

4. Assimilada a condição de condômina imputada à parte ré e não sobejando controvérsia acerca da inadimplência que lhe fora imputada e ensejara o aviamento da ação de cobrança, a formulação de defesa lastreada na insubsistência das taxas perseguidas redunda na fixação do encargo de desqualificar as cotas pretendidas na sua pessoa, consoante regula a cláusula geral de repartição do ônus probatório que está inserta no artigo 333, inciso II, do CPC, determinando que, dele não se desincumbido, o aduzido seja desconsiderado e o pedido acolhido.

5. O vencimento da obrigação condominial é delimitado pelo fixado pela convenção, determinando que a mora reste caracterizada e irradie seus efeitos no momento em que se aperfeiçoa a inadimplência do condômino, ou seja, quando deixa de pagar na data previamente fixada, a partir de quando as prestações inadimplidas devem ser atualizadas monetariamente e incrementadas pelos acessórios moratórios fixados pelas disposições convencionais, observada a limitação estabelecida pelo legislador.

6. Apelação conhecida e desprovida. Unânime.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 15 de setembro de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de **ação de cobrança, subordinada ao procedimento comum sumário**, manejada pelo **Condomínio do Edifício Residencial Bouganville** em desfavor de **Maíra Carvalho Ferreira dos Santos** objetivando o recebimento das taxas condominiais ordinárias e extraordinárias que individualizara, do produto derivado do rateio do IPTU gerado pelo lote no qual fora edificado o prédio e das parcelas que se vencerem no curso da ação e deixarem de ser adimplidas, devidamente atualizadas monetariamente e acrescidas dos encargos moratórios prescritos pela sua convenção. Como estofo das pretensões, argumentara, em suma, que, conquanto seja proprietária de unidade autônoma que o integra - apartamento 1.001 e respectiva vaga de garagem -, a ré, ignorando a legislação aplicável à espécie e desprezando as obrigações que estão debitadas a todos os condôminos, encontra-se inadimplente quanto à quitação das cotas condominiais que discriminara, o que, exauridas as possibilidades de composição ou recebimento amigável do que lhe é devido, o obrigara a invocar a tutela jurisdicional com o escopo de receber o que lhe cabe. Esclarecera que, conquanto ainda esteja em fase final de regularização, já existe de fato há quase 5 (cinco) anos, fomentando serviços e executando obras em proveito de todos os condôminos, não podendo a ré safar-se da satisfação do que lhe cabe por também ser alcançada pelos benefícios que fomenta, notadamente porque as parcelas que reclama foram regularmente aprovadas em reuniões assembleares.

Admitida a inicial, realizara-se a audiência de conciliação prévia preconizada pelo artigo 277 do estatuto processual vigente, ocasião em que, frustrada a composição amigável do conflito de interesses estabelecido entre os litigantes, a ré agitara defesa tempestiva, suscitando preliminar e prejudicial de mérito, e, quanto ao mérito, defendendo a rejeição do pedido, conquanto

reconheça que desde o mês de dezembro de 2003 detém a posse direta do imóvel que gerara as parcelas perseguidas[1]. O autor se manifestara sobre a defesa, refutando o nela aventado e defendendo o acolhimento do pedido no molde em que fora inicialmente aduzido[2].

Aperfeiçoado o itinerário procedimental, sobreviera sentença, que, refutando a preliminar e a prejudicial de mérito suscitadas na defesa, acolhera o pedido, condenando a ré no pagamento da importância de R$ 6.025,98, devidamente atualizada monetariamente a partir do vencimento das parcelas que a integram, de multa de 2% e dos juros de mora legais a partir da citação, sob o argumento de que, em sendo proprietária de unidade autônoma que integra o condomínio, deve concorrer para o custeio das despesas rateadas entre todos os condôminos, se afigurando irrelevante para a irradiação da obrigação o fato de a convenção do condomínio ainda não estar registrada, consoante já assentado na Súmula 260 do Superior Tribunal de Justiça[3].

Inconformada, a ré apelara almejando, em preliminar, a cassação da sentença, sob o fundamento de que, em não tendo sido viabilizada a produção da prova oral que reclamara com o objetivo de evidenciar que algumas parcelas cobradas foram geradas antes do recebimento das chaves do apartamento que adquirira, seu direito de defesa restara cerceado, ensejando a invalidação do decidido e a retomada do fluxo processual de forma a ser aprazada e realizada audiência de instrução e julgamento.

Quanto ao mérito, defendera a reforma da sentença e a rejeição do pedido, argumentando, conquanto não negue que efetivamente é proprietária do apartamento individualizado na inicial e que, inclusive, já assumira sua posse direta, que, em tendo a sentença reputado como suficiente para viabilizar a cobrança das parcelas reclamadas a aprovação da convenção do condomínio, assinalando que é dispensável seu registro, ficava patente que, em não tendo havido, ainda, a aprovação da convenção, conforme asseguram os documentos que aparelham a inicial, afigura-se inviável lhe serem exigidas quaisquer parcelas. Aventara que, inexistindo a regular constituição do autor, se qualifica como simples associação, redundando que, em não podendo ser compelida a associar-se, consoante dispõe o artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal, não pode ser obrigada a concorrer para o custeio das despesas inerentes à entidade da qual não é associada.

Argumentara, de outra parte, que, em tendo recebido o apartamento somente no final do ano de 2005, as parcelas reclamadas que foram geradas antes desta ocasião não lhe podem ser exigidas, pois não havia se associado ao autor e não

detinha a condição de condômina. Alegara que as parcelas referentes ao "fundo de reserva" e as custas processuais reclamadas não são devidas, pois desprovidas de origem legítima, o mesmo sucedendo com as taxas extras, vez que não exibidos os comprovantes atinentes aos serviços e obras aos quais estavam vinculados e destinavam-se a custear. Sustentara que o equivalente ao rateio do IPTU gerado pelo lote no qual fora edificado o prédio no qual está inserido o apartamento que adquirira não viera aparelhado com o comprovante do pagamento havido a esse título nem foram esclarecidos os critérios do rateio promovido, o que desqualifica o pretendido e obsta sua condenação nessa obrigação. Assinalara, alfim, que a multa moratória que lhe fora imposta é indevida, pois não lhe fora viabilizada a quitação das obrigações que reconhecera em sede extrajudicial, a despeito das iniciativas que envidara com esse objetivo[4].

O autor, devidamente intimado, contrariara o apelo, refutando a argumentação nele alinhada e pugnando pelo seu improvimento[5].

O apelo é tempestivo, está subscrito por advogada regularmente constituída, fora devidamente preparado e corretamente processado[6].

VOTOS

Des. Teófilo Caetano (Relator) - Cabível, tempestivo, preparado e subscrito por advogada regularmente constituída, satisfazendo, pois, os pressupostos objetivos e subjetivos de recorribilidade que lhe são próprios, conheço do apelo.

Cuida-se de ação de cobrança de taxas condominiais aviada por condomínio em desfavor de condômina inadimplente em que, aperfeiçoada a relação processual e cumprido o ritual procedimental, sobreviera sentença, que, refutando a preliminar e a prejudicial de mérito suscitadas na defesa, acolhera o pedido, condenando a ré no pagamento da importância de R$ 6.025,98, devidamente atualizada monetariamente a partir do vencimento das parcelas que a integram, de multa de 2% e dos juros de mora legais a partir da citação, sob o argumento de que, em sendo proprietária de unidade autônoma que integra o condomínio, deve concorrer para o custeio das despesas rateadas entre todos os condôminos, se afigurando irrelevante para a irradiação da obrigação o fato de a convenção do condomínio ainda não estar registrada, consoante já assentado na Súmula 260 do Superior Tribunal de Justiça. Inconformada, a ré apelara almejando a cassação ou reforma da sentença e sua alforria, total ou parcial, da condenação que lhe fora imposta.

Considerando que a apelante agitara defesa processual, antes do exame do mérito a arguição deve ser apreciada. A preliminar suscitada, de nulidade da sentença decorrente do cerceamento do seu direito de defesa, fora suscitada sob o fundamento de que, em não tendo sido viabilizada a produção da prova oral que reclamara com o objetivo de evidenciar que algumas parcelas cobradas foram geradas antes do recebimento das chaves do apartamento que adquirira, seu direito de defesa restara cerceado, ensejando a invalidação do decidido e a retomada do fluxo processual de forma a ser aprazada e realizada audiência de instrução e julgamento.

Conquanto efetivamente a apelante tenha reclamado a produção de prova oral destinada a aparelhar a argumentação que alinhara, arrolando uma testemunha na contestação, não sobeja fato controvertido passível de ser elucidado através da oitiva de testemunhas. Consoante pontuara, almejava evidenciar a data em que recebera o apartamento que gerara as parcelas perseguidas de forma a ser alforriada da obrigação de custear as prestações geradas antes do implemento desse evento. Esse fato, além de incontroverso, afigura-se inteiramente irrelevante para conferir subsídio ao desenlace da controvérsia. O que é relevante, conforme apreendido pela própria apelante, é a aferição se o apelado já estava constituído como condomínio quando se iniciaram a geração das parcelas que persegue e, ainda, se, não estando constituído formalmente sob essa forma, lhe é viável postular o pagamento das parcelas que individualizara. A elucidação dessas questões, obviamente, deve ser pautada exclusivamente pela prova oral coligida, denunciando que a prova oral aventada é írrita para o fim ao qual estava destinada.

Ademais, consoante assinalado, a data em que recebera as chaves do apartamento que gerara as parcelas perseguidas restara aferida de forma incontroversa, denotando que, em se tratando de fato incontroverso, é dispensável sua comprovação. E isso se verificara porque, consoante se afere do assinalado na contestação, recebera as chaves do apartamento no mês de dezembro de 2003[7], e não no final de 2005, conforme inovara no recurso, e o apelado, ao se manifestar sobre a defesa, não impugnara essa assertiva, determinando que seja assinalada sem nenhuma ressalva. A par dessas circunstâncias, que infirmam inteiramente o cabimento e pertinência da prova oral aventada, sobeja a inferência de que, se almejava comprovar materialmente a data em que recebera as chaves do apartamento, assumindo sua posse direta, deveria simplesmente ter coligido aos autos o termo que inexoravelmente firmara com incorporadora por ocasião do

ato, o que não se verificara. Sua inércia, obviamente, não pode militar em seu favor, resultando que, se não produzira a prova documental que lhe era viável no momento apropriado, não pode aventar que seu direito de defesa fora cerceado quando almejava suprir sua incúria através de prova dispensável e imprópria para a comprovação do fato. **Esteado nesses argumentos, rejeito, portanto, a preliminar em tela, passando a examinar o mérito.**

De acordo com o aduzido no apelo afere-se que a apelante, conquanto não negue que efetivamente é proprietária de apartamento que integra o apelado - apartamento 1.001 e respectiva vaga de garagem -, o que, aliás, é impossível, visto que sobeja certidão imobiliária que lhe confere essa qualificação, atestando que efetivamente é a titular de aludida unidade imobiliária[8], almeja safar-se de obrigações que estão afetas a todos os condôminos por terem sido beneficiados pelos serviços, obras e melhorias levados a efeito mediante a conjugação de esforços dos proprietários das unidades que integram a entidade condominial. Dos documentos coligidos aos autos pelo apelado apura-se que, conquanto sua convenção somente tenha sido aprovada no dia 10 de abril de 2007, sua constituição e funcionamento retroagem ao dia 22 de maio de 2000, quando fora aprovada minuta de convenção e passara a ser gerido de acordo com o nela disposto e com a deliberação dos proprietários das unidades que integram o edifício[9].

A título ilustrativo deve ser assinalado que o hiato havido entre a data do início das atividades condominiais e a data em que houvera a formalização da convenção decorrera, segundo se afere dos elementos coligidos, intercorrências ocorridas nas obras do edifício. Os problemas havidos na construção não impediram, contudo, que os adquirentes das unidades que integram o condomínio se reunissem, ensejando sua criação, ainda que não formalizada, como meio de iniciarem a defesa dos seus direitos e a efetivação dos serviços e obras da responsabilidade da coletividade. Tanto é assim que a apelante se tornara proprietária do apartamento individualizado no dia 22 de novembro de 2000, data em que a compra e venda que firmara fora registrada, resultando na transferência do domínio da unidade para o seu nome, devendo ser assinalado que a escritura que ensejara o aperfeiçoamento do ato fora lavrada no dia 22 de maio de 2000, ou seja, na mesma data em que o condomínio iniciara suas atividades.

Das premissas alinhadas de acordo com o acervo documental que guarnece os autos deriva a certeza de que, em tendo sido formalmente constituído somente no dia 10 de abril de 2007, a maior parte das parcelas que persegue foram geradas quando ainda não estava formalmente constituído, pois retroagem

ao mês de janeiro de 2003. Essa nuança, ao invés do aventado pela apelante com o nítido propósito de auferir os benefícios fomentados pelo condomínio sem concorrer para o custeio das despesas que demandaram, não legitimam sua alforria da obrigação de concorrer, diante da sua condição de proprietária de unidade autônoma integrante do condomínio, para o fomento das despesas geradas pelo condomínio, ainda que geradas antes da sua constituição formal.

Conquanto inexorável que efetivamente o apelado não estava constituído sob o prisma das exigências que regulam a constituição do condomínio edilício quando iniciara suas atividades, a constatação de que começara a operar, movido pela conjunção de interesses e esforços de parte dos adquirentes das unidades que integram o correspondente edifício, resultando em proveito e benefícios para todos os novéis proprietários, legitima que exija o correspondente ao rateio das despesas fomentadas pelas taxas aprovadas em reuniões havidas com esse objetivo. A apelante, a despeito de não integrar o rol dos adquirentes que assumiram a dianteira do empreendimento condominial, efetivamente auferira todos os benefícios e vantagens derivados da sua constituição, pois, conforme já acentuado, é proprietária de unidade imobiliária inserida no edifício que determinara sua germinação.

Da irreversível certeza de que a apelante, na condição de proprietária de unidade autônoma inserida no edifício, passara a usufruir dos serviços e benfeitorias indistintamente fomentados pelo apelado a todos os adquirentes das unidades que o integram, incorporando-os direta ou indiretamente ao apartamento que adquirira, germina a contrapartida de, auferindo dos serviços e melhoramentos fomentados pelo ente condominial, necessariamente concorrer para seu custeio mediante o pagamento das taxas condominiais fixadas através de deliberação tomada em reunião assemblear. A irregularidade havida no início das atividades condominiais não é apta a ilidir essas inequívocas inferências.

O vínculo estabelecido entre os adquirentes e promissários adquirentes de imóveis situados no empreendimento que ensejara a criação do condomínio edilício irradia diversas e substanciosas implicações jurídicas. O fato de o condomínio ter iniciado sido criado e iniciado suas atividades à margem das exigências legais, somente vindo a regularizar sua constituição quando já se encontrava há mais de 7 (sete) anos em atuação, não obstara que, antes mesmo da sua regularização formal, se constituísse em instrumento de fomento de serviços e de viabilização da inserção de benfeitorias em benefício de todos os proprietários das unidades que o integram. É que, resultando da conjugação de interesses e esforços de parte dos

adquirentes, consubstanciara fórmula de agregação e representação dos interesses dos adquirentes das frações que o integram. Os conflitos derivados da criação dos condomínios assim erigidos não podiam, pois, ficar imunes à interseção do órgão estatal municiado de competência para dizer o direito e resolver os conflitos de interesses.

O corolário da realidade inexorável que emergira da proliferação de condomínios originários de loteamentos irregulares ou que iniciaram suas atividades antes de estarem formalmente constituídos, conforme sucedera com o apelado, fora sua assimilação como entidade equiparada à sociedade sem personalidade jurídica de forma a viabilizar seu funcionamento até que venham a se transmudar em condomínios regularmente constituídos. Assim assimilados os condomínios no interesse dos próprios condôminos, passaram a ser reconhecidos como providos de capacidade processual e legitimação para estar em juízo. Ora, os efeitos e conflitos inerentes à criação dos entes despersonalizados não podem ficar à míngua de modulação jurisdicional. A força dos fatos e a missão confiada ao Judiciário ensejara a suplantação do formalismo como forma de absorção das demandas originárias dos "condomínios irregularmente criados".

Conseguintemente, em sobejando dos autos a comprovação de que o apelado fora formalmente constituído como forma de viabilizar a agregação de todos os detentores de direitos sobre as unidades que o integram, tendo sido sua convenção confeccionada à época da sua "criação", vindo a ser posteriormente formalmente aprovada, efetivamente está revestido de legitimação e capacidade para residir em juízo e perseguir o adimplemento das contribuições condominiais de todos aqueles que detém a qualidade de condôminos por serem titulares de direitos sobre as unidades que o integram. O fato de sua convenção ainda não estar registrada na forma exigida pela legislação não é suficiente para deixá-lo desprovido de reconhecimento jurídico e de reclamar os direitos que emergem da sua convenção ante a adesão aos termos do nela contido decorrentes do simples fato de os titulares de direitos derivados das unidades que o integram passarem a deter essa qualidade.

O mesmo ocorre com a legitimação de, diante da recusa de proprietária de unidade que o integra em concorrer para o custeio dos benefícios que também lhe advieram, reclamar a satisfação do rateio aprovado nas reuniões sociais havidas após sua criação e início de suas atividades, mas antes da aprovação da sua convenção. Conforme acentuado, os serviços e benfeitorias que agregara ao edifício resultaram em benefício indiscriminado para todos os proprietários

das unidades que o integram. A contrapartida é que, usufruindo do fomentado, todos os detentores de unidades autônomas devem concorrer para o custeio das taxas aprovadas nas reuniões havidas. Essa obrigação germina da natureza do condomínio edilício e é corroborada pelo princípio que repugna o locupletamento ilícito e encontra atualmente ressonância legal (CC, art. 884).

Assim é que esta egrégia Casa de Justiça, diante da realidade insofismável que emergira da proliferação dos denominados "condomínios irregulares" e agindo de forma pragmática e conforme o mandamento constitucional segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída do exame do Judiciário, há muito estratificara o entendimento de que, equiparando-se às sociedades sem personalidade jurídica, estão revestidos de legitimação e capacidade para estar em Juízo, ativa ou passivamente, pois os efeitos jurídicos derivadas das suas criações não podem ficar imunes ao controle e à interseção judicial. Essas assertivas são ratificadas pelos precedentes adiante sumariados, que, frise-se, consubstanciam simples amostra da jurisprudência firmada há muito acerca da matéria, *verbis*:

> *"CONDOMÍNIO. IRREGULARIDADE DE SUA CONSTITUIÇÃO. COBRANÇA DE TAXAS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. A personalidade jurídica do condomínio e sua capacidade judicial postulatória surgem com sua constituição de fato com a comunhão de interesses, ainda que desatendidos os requisitos formais do art. 24 da Lei 4.591/64. Assim, os condôminos, independentemente de tratar-se de condomínio regular ou irregular, devem contribuir para as despesas comuns, devidamente aprovadas em assembleia." (TJDF, 1ª Turma Cível, Apelação Cível n.º 2003011042155-8 APC DF, Reg. Int. Proces. 200614, Relator Desembargador Roberval Casemiro Belinati, data da decisão:1./08/2004, publicada no Diário da Justiça de 26/10/2004, pág. 144)*

> *"CIVIL - LEGITIMIDADE PASSIVA DE CONDOMÍNIO IRREGULAR. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - INTERDITO PROIBITÓRIO - INDEFERIMENTO DA INICIAL 01. Malgrada a ausência de registro de sua convenção, o condomínio, como ente sem personalidade jurídica, possui legitimidade ativa e passiva. 02. A simples existência de fato já autoriza*

o condomínio a estar em juízo, postulando ou defendendo direitos. 03. Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, eis que a pretensão não encontra óbice no ordenamento jurídico, e a natureza do bem questionado não leva à impossibilidade como tal. 04. Apelo acolhido para determinar o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do feito. Unânime." (TJDF, 5ª Turma Cível, Apelação Cível n.º 2005011052793-9 APC DF, Reg. Int. Proces. 236823, Relator Desembargador Romeu Gonzaga Neiva, data da decisão: 23/01/2006, publicada no Diário da Justiça de 23/02/2006, pág. 96)

"CIVIL E PROCESSO CIVIL - CONDOMÍNIO IRREGULAR - COBRANÇA DE DESPESAS CONDOMINIAIS - LEGITIMIDADE E CAPACIDADE PARA ESTAR EM JUÍZO - RECURSO PROVIDO E SENTENÇA ANULADA - DECISÃO UNÂNIME. A irregularidade formal do Condomínio, i. é, Convenção sem Registro, não é causa que obsta a sua presença em juízo, para a defesa de direitos próprios ou da coletividade condominial. A própria legislação, no sítio do artigo 12, inciso VII, do CPC, reconhece, até mesmo, a capacidade judicial, ativa e passiva, das sociedades sem personalidade jurídica. Assim, nada impede, em termos de juridicidade instrumental, que o Condomínio irregular esteja em juízo, no acerto "interna corporis" com os seus condôminos." (TJDF, 1ª Turma Cível, Apelação Cível n.º 2003011057863-6 APC DF, Reg. Int. Proces. 197412, relator Desembargador Eduardo de Moraes Oliveira, data da decisão: 01/03/2004, publicada no Diário da Justiça de 09/09/2004, pág. 38)

CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONDOMÍNIO IRREGULAR. COBRANÇA DE TAXAS CONDOMINIAIS. LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO DE CONVIVENTES. STJ. PRECEDENTES. 1. Conquanto não disponha o "condomínio" autor de personalidade jurídica, existindo apenas de fato, tem legitimidade ativa para propor

ação de cobrança de taxas de rateio contra morador que se beneficia dos serviços e obras edificadas em prol da coletividade do residencial. 2. O Col. STJ, sensível à realidade fundiária deparada no Brasil, e, em especial, no Distrito Federal, pacificou essa diretiva, a fim de evitar o enriquecimento sem causa daqueles que não contribuem com as melhorias sustentadas pela maior parte dos moradores, porém, em contrapartida, lucram com a valorização do seu patrimônio (Precedente, REsp. 490419/SP). 3. Sentença afastada." (TJDF, 2ª Turma Cível, Apelação Cível n.º 2003011006304-8 APC DF, Reg. Int. Proces. 192491, Relator Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos, data da decisão: 18/03/2004, publicada no Diário da Justiça de 09/06/2004, pág. 46)

"PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO IRREGULAR. LEGITIMATIO AD PROCESSUM. *1. O condomínio irregular apoia-se em ato convencional, em que se resume a vontade dos alegados condôminos de se organizarem, para a consecução de objetivos comuns, em área sobre a qual exercem ao menos a posse, como exteriorização do domínio. 2. Embora não possua personalidade jurídica, o condomínio irregular detém capacidade de estar em juízo (*legitimatio ad processum*), atendendo, pois, a um dos pressupostos para a válida constituição e regular desenvolvimento do processo." (TJDF, 1ª Turma Cível, Apelação Cível n.º 2000011089236-8 APC DF, Reg. Int. Proces. 152768, Relatora Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, data da decisão: 03/12/2001, publicada no Diário da Justiça de 15/05/2002, pág. 78)*

Aflorando da argumentação alinhavada que o fato de o apelado ter sido formalmente constituído em data subsequente a geração da maior parte das parcelas que persegue não enseja a alforria da apelante da obrigação de, ante sua condição de proprietária, concorrer para o custeio das despesas geradas pelos serviços, obras e melhorias fomentados pelo condomínio, notadamente porque não subsiste lastro para que o ente condominial seja tratado, antes da formalização

da sua constituição, como associação, vez que deve ser emoldurado como sociedade despersonalizada, a resolução das demais arguições alinhadas prescinde de argumentação mais alentada. O fato de a apelante ser proprietária de unidade imobiliária que integra o condomínio, por si só, lhe enseja a obrigação de concorrer para as despesas condominiais, independentemente da data em que passara a deter a posse direta do apartamento que lhe pertence, pois, conforme já frisado, reverteram-se em benefícios, diretos ou indiretos, para todos os condôminos.

Outrossim, derivando a pretensão formulada das taxas ordinárias, extraordinárias e destinadas à formação de fundo de reserva aprovadas em reuniões assembleares, sua exigibilidade prescinde da comprovação da destinação dos importes. A obrigação de pagamento das taxas deriva da simples aprovação em reunião social. Aprovadas, portanto, as parcelas perseguidas, todos os condôminos devem concorrer para seu custeio. Essa certeza ilide o aduzido acerca da impossibilidade de cobrança das taxas extras por não terem sido exibidos os comprovantes da sua destinação. Ora, aprovado o rateio do necessário ao fomento das despesas condominiais, todos os condôminos restam enlaçados à obrigação de concorrer para seu custeio.

O mesmo sucede com o equivalente ao rateio do IPTU/TLP gerado pelo lote no qual fora erigido o edifício. Com efeito, se todos os condôminos devem concorrer para o custeio do tributo, pois irradia da propriedade comum, não subsiste lastro apto a ensejar a alforria da apelante safar-se dessa obrigação. A seu turno, se questionara o alcançado pelo rateio promovido pelo apelado, competia-lhe infirmar o importe que lhe fora imputado. Incorrendo em desídia quanto ao encargo probatório que lhe ficara debitado, enseja a assinalação da discriminação promovida como acerto e conforme a divisão do montante devido pelo número de condôminos.

A título ilustrativo deve ser assinalado que a desqualificação do acerto do rateio do tributo imputável a todos os condôminos, além de ônus imputado à apelante por traduzir fato modificativo do direito invocado em seu desfavor (CPC, art. 333, II), era facilmente aparelhável. Bastava que consultasse o sítio eletrônico da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal para obter informações acerca da expressão do tributo. Obtida a informação, restava tão somente dividir o montante que alcançara pelo número de condôminos, resultando dessa equação a apuração do que lhe é imputável. Se não adotara essa providência, ficando patente que não se desincumbira do encargo que lhe estava afeto, o rateio promovido e os importes individualizados pelo apelado devem ser assinalado sem nenhuma ressalva.

Já as alegações que aduzira almejando infirmar as custas processuais que teriam sido inseridas na condenação que lhe fora imposta e a multa que deve incrementar a obrigação que a aflige não encontram respaldo no estabelecido na sentença e na regulação legal conferida à questão. Consoante está estampado na sentença, do montante apurado pelo condomínio como expressão das taxas condominiais inadimplidas e do rateio do tributo gerado pelo lote - R$ 6.321,63[10] - fora decotado o equivalente às custas processuais que desembolsara ao ajuizar a ação e que havia inserido na conta - R$ 295,65 -, resultando na importância história de R$ 6.025,98, que correspondente à condenação que lhe fora imposta. Fica patente, portanto, que no montante da obrigação não foram inseridas as custas inicialmente desembolsadas, que, de qualquer forma, deverão incrementar a obrigação que está afeta à apelante ante o princípio da sucumbência.

Alfim, em não tendo a apelante solvido as obrigações que lhe estão afetas ante sua condição de proprietária, incorrendo em mora, sujeita-se à incidência dos encargos moratórios legalmente receitados. Consoante dispõe o § 1º do artigo 1.336 do Código Civil, o condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de 1% (um por cento) ao mês e multa de até 2% dois por cento sobre o débito. Considerando que os encargos moratórios imputados à apelante guardam estrita subserviência a essa previsão legal, devem ser preservados, notadamente porque, como inadimplente, não pode ficar imune à incidência dos incrementos legalmente preceituados com o objetivo de, penalizando o inadimplente, conferir compensação ao condomínio pela demora no recebimento do que lhe é devido.

O que sobeja intangível, ademais, é que a apelante não negara sua inadimplência, não aventara que teria solvido qualquer das parcelas individualizadas pelo apelado nem desqualificara os demonstrativos apresentados. A expressão da sua inadimplência, no momento do aviamento da ação, não é passível de nenhuma ressalva, devendo os demonstrativos exibidos pelo apelado serem acolhidos sem qualquer censura. Como é comezinho, todo condômino está obrigado a concorrer para as despesas comuns inerentes ao condomínio, competindo-lhe solver as parcelas originárias do rateio efetuado na forma estabelecida pela competente convenção condominial. Ante a obrigação que o aflige, o condômino, deixando de solver qualquer das parcelas aferidas na forma prevista na convenção, torna-se inadimplente, não carecendo a caracterização da sua inadimplência de qualquer medida premonitória proveniente do condomínio. A mora, na espécie, irradia e gera os efeitos que lhe são próprios no momento em que a obrigação fora inadimplida (CC, arts. 394 e 397).

Ao condômino acionado, em contrapartida, é a quem, no exercício do contraditório e do direito de defesa que lhe são resguardados, fica debitado o encargo de, questionando o importe alcançado pelas parcelas perseguidas, infirmá-las, comprovando que não alcançam a expressão apontada pelo condomínio ou que já solvera as taxas reclamadas. É que a desqualificação das taxas relacionadas ou a comprovação de que foram quitadas consubstanciam fatos modificativos e extintivos do direito material invocado, ensejando que o encargo da sua demonstração fique debitado ao condômino, consoante regula a cláusula geral de repartição do ônus probatório que está inserta no artigo 333, inciso II, do CPC.

Alinhadas essas premissas resplandece inexorável que o aduzido pelo apelante ressente-se de sustentação. Aliado ao fato de que não negara sua condição de condômina, não refutara a inadimplência que lhe fora imputada, assumindo-a de forma linear, inclusive porque não exibira nenhum comprovante de pagamento hábil a atestar que quitara qualquer das parcelas que integram o pedido. Ora, se assimilara sua qualidade de condômina e não refutara a inadimplência que lhe fora imputada, aceitando-a de forma passiva, somente lhe restava, como forma de alforriar-se da obrigação de quitar as taxas relacionadas pelo apelado ou ao menos mitigar a expressão da sua obrigação, evidenciar que as parcelas relacionadas não haviam sido aprovadas ou não alcançam os valores individualizados pelo condomínio. Como corolário, evidenciada sua condição de condômina, portanto obrigada a concorrer para as despesas condominiais na forma do rateio estabelecido pela correspondente convenção condominial, e estando plasmada de forma irreversível sua inadimplência, o pedido condenatório aduzido deve ser acolhido como forma de ser viabilizado ao apelado o recebimento do que lhe é devido, donde emerge a certeza de que o apelo ressente-se de lastro material, devendo ser improvido.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo, mantendo intacta a sentença.

É como voto.

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

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

DECISÃO

Negar provimento ao recurso, unânime.

Notas

[1] *Termo de fl. 165 e contestação, fls. 166/175.*
[2] *Réplica, fls. 178/180.*
[3] *Sentença, fls. 194/196.*
[4] *Apelação, fls. 199/213.*
[5] *Contrarrazões, fls. 220/223.*
[6] *Instrumento de mandato de fl. 176 e guia de preparo de fl. 215.*
[7] *Contestação, fl. 172.*
[8] *Certidão de fl. 10.*
[9] *Documentos de fls. 13/132.*
[10] *Fls. 144/145.*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011008012-9

Apelante - Distrito Federal
Apelados - Nilton César Silva Araújo e outros
Relatora - Desa. Vera Andrighi
Sexta Turma Cível

EMENTA

DANO MORAL. AÇÃO POLICIAL. MANDADO DE PRISÃO. ARROMBAMENTO. COABITAÇÃO. CRIMINOSO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
I - O autor residia em imóvel dividido irregularmente em lote da frente e lote do fundo, coabitando com criminoso de notória periculosidade, cuja prisão foi efetuada com êxito mediante arrombamento de portas. Logo, é improcedente o pedido de reparação civil, em razão da ação policial, uma vez que a execução de ordem judicial, nos estritos limites da legalidade, não configura dano moral.
II - Apelação provida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vera Andrighi - Relatora, Ana Maria Duarte Amarante Brito - Revisora, Jair Soares - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Jair Soares, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Deu-se provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

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

> "Trata-se de ação ajuizada por NILTON CÉSAR SILVA ARAÚJO e LUCIANA FRANCISCA DE SOUZA em face

do DISTRITO FEDERAL, em que se postulou a condenação do réu a compensar os danos morais causados aos autores, mediante o pagamento da quantia de R$ 100.000,00 para cada.
Segundo a narrativa da petição inicial, em 16/08/2007, perto das cinco horas da manhã, o autor saiu de casa para orar na igreja que pastoreia, enquanto a autora ficou em casa, dormindo, em companhia da filha do casal, de quatro anos de idade, do irmão da autora e de uma amiga.
Ocorreu que, por volta das seis e meia da manhã, o portão da casa dos autores foi arrombado por uma equipe de policiais civis, da Divisão de Operações Especiais, e a casa foi por eles invadida, sendo que houve o emprego ostensivo de armas de fogo de grosso calibre. Acrescentaram que apenas após alguns minutos, os policiais constataram que estavam no endereço errado. Alegaram que o fato foi divulgado na imprensa televisiva, acarretando maiores danos à reputação dos autores, em especial a do autor, que é pastor evangélico naquela comunidade.
Requerem, por isso, que o Distrito Federal seja civilmente responsabilizado pela conduta ofensiva dos policiais.
O requerido se manifestou às fls. 43/48, ocasião em que defendeu que os autores seriam responsáveis pelo equívoco cometido pela polícia, uma vez que o lote onde residem foi irregularmente fracionado, com a construção de uma edificação ao fundo, e o número da casa dos autores estava ilegível. Ademais, afirmou que não houve qualquer ato de violência, e que, tão logo constatado o equívoco, os policiais se desculparam, e providenciaram o conserto da fechadura da porta.
Ao final, requereu seja o pedido julgado improcedente, uma vez que não restou configurado o dever de o Estado indenizar o alegado dano moral, pois, ao seu ver, houve culpa exclusiva dos autores" (fls. 124/5).

A r. sentença (fls. 124/8) julgou procedente o pedido e condenou o Distrito Federal ao pagamento de R$ 20.000,00 para cada um dos autores.

Em apelação (fls. 131/6), o requerido sustenta, em síntese, que havia várias casas no mesmo terreno, de modo irregular, e que a invasão ocorreu no lote

indicado no mandado de prisão. Afirma que, ao dividir o imóvel com o criminoso, assumiram os autores o risco de tal dissabor. Defende que houve culpa exclusiva dos demandantes, pois o número da casa estava ilegível. Insiste que não houve falha policial e destaca que os agentes envolvidos repararam os danos materiais.

Ao final, requer a reforma da r. sentença, para que o pedido seja julgado improcedente, e, em ordem sucessiva, pugna pela redução da indenização para R$ 500,00 por autor.

Preparo dispensado nos termos do art. 511, §1º, do CPC.

Contrarrazões (fls. 143/8).

É o relatório.

VOTOS

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

Regula-se a pretensão pelo disposto no art. 37, §6º, da CF, que prescreve a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público. Nesse sentido, cumpre analisar o nexo causal entre a conduta e os danos alegados, bem como a eventual existência de causas excludentes da responsabilidade civil.

Da petição inicial

Antes de analisar o mérito recursal, cumpre destacar ponto relevante a respeito da apresentação em Juízo da pretensão inicial.

Dissertam os autores, em sua peça preambular, que os policiais "(...) sem apresentarem qualquer identificação ou autorização judicial simplesmente arrombaram o portão e a porta da sua casa e, de armas em punho, gritando e xingando todos os moradores passaram a ameaçá-los de prisão" (fl. 03).

Para sustentar a tese de um equívoco desmotivado e arbitrário, complementam que, após a identificação dos moradores, constataram que "(...) ingressaram na casa errada" (fl. 04).

Tal descrição dos fatos, na petição inicial, revela evidente violação ao dever processual de lealdade e boa-fé, determinado no art. 14, inc. II, do CPC, uma vez que a narrativa destorcida dos acontecimentos pode induzir a erro.

Conforme esclarecido nos autos, a invasão policial não teve origem em ato deliberadamente despropositado ou voluntariamente abusivo, pois resultava do cumprimento de ordem judicial de prisão, destinada àquele endereço, fato que nem sequer foi mencionado na inicial.

Outra omissão inescusável diz respeito à prisão efetiva de criminoso no terreno em que residem os autores, o que desnatura a suposta arbitrariedade, descrita de modo tendencioso e reprovável.

Do dever de indenizar

O pedido de reparação funda-se na invasão do domicílio dos autores, mediante arrombamento de porta e portão. A tese defensiva está fundamentada na culpa exclusiva da vítima e no exercício regular de direito.

Por se tratar de responsabilidade civil fundada no art. 37, §6º, da CF, é indispensável a presença dos três elementos sem os quais não subsiste o dever de indenizar do Estado, quais sejam, o fato, o nexo de causalidade e o dano, especialmente vinculados, na espécie, à ilicitude alegada.

Com efeito, a argumentação recursal deve ser acolhida, pois não se podem considerar ilícitos os atos praticados, com amparo em ordem judicial e motivados pela preservação da segurança pública.

As investigações preliminares da polícia civil registram que um traficante de drogas, que portava ilegalmente arma de fogo, residia no endereço dos autores (fl. 77). Ora, quem divide seu espaço residencial com infratores, de reconhecida periculosidade, assume o risco dos dissabores que lhe são inerentes.

A configuração do terreno em que moram os autores está marcada por irregularidade urbanística inquestionável: várias construções independentes foram edificadas no espaço destinado a uma unidade habitacional específica.

Não podem os autores, portanto, descumprir as normas urbanas, que a todos são impostas, para, posteriormente, surpreendidos por ação do Poder Público, determinada judicialmente, invocar a ilegalidade a que deram causa como manto de proteção de direitos.

O que ressoa como preponderante nos fatos retratados é que a ação policial foi deflagrada exatamente no endereço em que residia o criminoso.

Por outro lado, não se pode perder de vista que os atos de enfrentamento de integrantes de organizações criminosas, formadas no tráfico de drogas, requerem, invariavelmente, uso de força, o que torna a prática de arrombamento necessário, no endereço designado no mandado, exercício regular de direito. Em especial, quando se comprova que não havia equívoco, dado o sucesso da prisão determinada.

A violência decorrente da ação policial, empreendida nos estritos limites legais, conquanto capaz de infligir temor e apreensão nos moradores que a presenciam, não caracteriza fato ilícito passível de ensejar reparação civil.

Os atos policiais repressivos, enquadrados nos marcos da legalidade, são instrumentos institucionais necessários à garantia da ordem pública.

Quando um traficante de drogas é retirado do convívio social, por determinação do Poder Judiciário, por certo, age a Polícia no interesse de toda a sociedade, coibindo a prática de novas infrações, garantindo a conveniência da instrução criminal e assegurando a aplicação da lei penal.

A Constituição Federal preceitua, no art. 144, que a segurança pública, exercida pela Polícia, é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, voltado à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Desse modo, não traduz ilicitude, ou abusividade, a invasão domiciliar, efetuada durante o dia, munida de ordem competente.

Destaque-se que o cumprimento de um mandado de prisão, precedido de arrombamento, não pode ser acoimado de ilegal, já que, no enfrentamento de bandidos armados, há risco de vida para os policiais executores da medida, o que confere proporcionalidade à ação retratada.

O dano que alegam os autores na inicial, de fato, teve origem na coabitação com infrator de notória periculosidade. Por esse fundamento, não pode o Distrito Federal ser condenado a indenizar os autores, haja vista a legitimidade da ação impugnada.

Não há provas nos autos de que os policiais tinham deliberada intenção de afrontar a dignidade da família dos autores ou desrespeitar os seus direitos. Como indicam os depoimentos prestados e os documentos de fls. 78/80, prontificaram-se, inclusive, de boa-fé, a promover a reparação das portas arrombadas.

Ausentes, portanto, as provas de ilegalidade da ação policial, improcede o pedido de reparação. Nesse sentido, veja-se:

> "INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - ESTABELECIMENTO COMERCIAL - POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL - DESACATO - PRISÃO - INQUÉRITO - ABSOLVIÇÃO - REMESSA OFICIAL PROVIDA - UNÂNIME. Não demonstrada a ilegalidade da conduta adotada pelos policiais militares, não é possível invocar-se a existência de fato lesivo a ensejar indenização por dano moral."
> (20040110135802RMO, Relator LÉCIO RESENDE, 3ª Turma Cível, julgado em 14/03/2005, DJ 19/05/2005, p. 74).

Em suma, porque não demonstrado excesso ou arbitrariedade na prisão efetuada no domicílio dos autores, é improcedente o pedido de indenização.

Isso posto, conheço da apelação e dou provimento para reformar a r. sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Por via de consequência, condeno os autores ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, que fixo em R$ 1.000,00, nos termos do art. 20, §4º, do CPC, observada a suspensão prescrita pelo art. 12 da Lei 1.060/50 (fl. 37).

É o voto.

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

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

DECISÃO

Conhecido. Deu-se provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011034984-6

Apelantes - DETRAN/DF Departamento de Trânsito do Distrito Federal e outros
Apelados - Os mesmos
Relator - Des. João Mariosi
Terceira Turma Cível

EMENTA

CONSTITUCIONAL - CIVIL - EXPEDIÇÃO DE CRLV - PAGAMENTO DE ENCARGOS - NEGATIVA DO DETRAN - DEVER DE INDENIZAR - ARBITRAMENTO DO VALOR.
1. Configura o dever de indenizar a conduta da autarquia que não verifica corretamente a existência de dívida de terceiros e nega a emissão de Certificado de Registro de Licenciamento de Veículo (CRLV) ao proprietário atual do automóvel, conquanto todas as despesas estejam pagas.
2. O valor da indenização por danos morais deve corresponder a uma quantia razoável, proporcional à relevância do evento danoso e às condições econômicas das partes envolvidas.
3. Apelação e recurso adesivo não providos.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 26 de agosto de 2010.

RELATÓRIO

Adoto, em parte, o relatório da r. sentença de fls. 108/113, proferida pela Drª Edione da Costa Lima, Juíza de Direito Substituta da 6ª Vara da Fazenda Pública:

> "Trata-se de ação de indenização ajuizada por HERNANI DUTRA VILELA contra o DETRAN/DF, ambos qualificados nos autos.
> Afirma o autor que adquiriu veículo em 09/06/2004, sem que constasse qualquer restrição cadastral junto ao Requerido. Contudo, informa que em 2006, não foi emitido o CRVL do bem, ante a existência de débito de IPVA referente ao ano de 1996. Acrescenta que teve que adquirir outro veículo para viajar em janeiro de 2006, ante a falta do referido documento de porte obrigatório, asseverando que tais a restrição consiste em má prestação de serviço, a qual lhe ocasionou dano de ordem moral. Após, tece considerações de direito, pleiteando, ao final, a condenação do réu ao pagamento do valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).
> Acompanharam a exordial os documentos de fls. 11/43.
> Devidamente citado, o réu contestou o feito às fls. 36/38.
> Afirma que não houve prejuízo para o autor, eis que este não foi inscrito em dívida ativa. Argumenta que as férias do autor não restaram prejudicadas, vez que em janeiro de 2006, o CRVL de 2005 ainda valia, pelo que totalmente desnecessário a compra de outro veículo. Alega também que não houve a prova da existência do dano moral, haja vista inexistir elementos de que ficou sem receber os documentos do veículo. Impugna o valor cobrado a título de reparação do dano, pugnando, ao final, pela improcedência do pedido.
> Acompanharam a contestação os documentos de fls. 59/72.
> Réplica às fls. 77/102.
> As partes não requereram a produção de outras provas [...]"

A sentença julgou procedente a pretensão deduzida e traz o seguinte dispositivo:

> "[...] Ante o exposto, julgo procedente o pedido do autor para condenar o réu a pagar ao autor indenização por danos morais no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com a incidência de juros legais de 0,5% (meio por cento) a partir da citação e

> devidamente atualizado a partir da presente sentença. Extingo o processo, com resolução do mérito, com apoio no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.
> Sem custas finais, em face da isenção legal de que goza o réu. Arcará este com as custas adiantas pelo autor e com os honorários advocatícios em favor do patrono do autor, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil.
> Sentença registrada eletronicamente neste ato.
> Registre-se e intimem-se."

A sentença foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 21/05/2009, conforme certidão de fl. 173 e documentos de fls. 175/176.

O DETRAN/DF sustenta em seu apelo que não há danos a serem indenizados, porquanto não houve multas, nem cobranças indevidas ou apreensão de veículo (fl. 124). O autor deve ser condenado por litigância de má-fé, ante a pretensão que visa o enriquecimento ilícito do demandante. Se mantida a condenação, pede seja reduzida.

Em recurso adesivo de fls. 145/149, HERNANI DUTRA VILELA pede a majoração da indenização por danos morais.

Contrarrazões do autor às fls. 135/144, na qual suscita preliminar de intempestividade.

Contrarrazões do DETRAN/DF de fls. 163/164.

É o relatório.

VOTOS

Des. João Mariosi (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Trata-se de apelação e recurso adesivo interpostos em face da sentença de fls. 108/113, proferida pela Drª Edione da Costa Lima, Juíza de Direito Substituta da 6ª Vara da Fazenda Pública, que condenou o DETRAN/DF a pagar ao autor a quantia de R$5.000,00 a título de indenização por danos morais, tendo em vista atraso na emissão de CRLV (certificado de registro de licenciamento de veículo) de automóvel do autor, conquanto não constasse débitos no prontuário do carro à época da transferência de domínio do bem.

PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO PRINCIPAL - REJEITADA

Aduz o autor que o apelo do DETRAN é intempestivo.

A sentença foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 21/05/2009, uma quinta-feira, conforme certidão de fl. 173 e documentos de fls. 175/176. Considera-se publicado no dia 22/05/2009 (sexta-feira). A contagem do prazo para recurso se iniciou na segunda-feira (25/05/2009).

O DETRAN interpôs a apelação em 18/06/2009 (fl. 120). Trata-se de autarquia, que goza de prazo em dobro para apresentar recurso (CPC: art. 188). O apelo é, portanto, tempestivo. **Rejeito a preliminar**.

DO RECURSO DO DETRAN/DF

O DETRAN/DF sustenta em seu apelo que não existem danos a serem indenizados, porquanto não houve multas, cobranças indevidas ou apreensão de veículo (fl. 124). O autor deve ser condenado por litigância de má-fé, ante a pretensão que visa seu enriquecimento ilícito. Se mantida a condenação, pede seja reduzido valor da indenização.

Na origem, o autor adquiriu o veículo FORD Versailles, ano 1993/1994 em 09/06/2004 (fl. 13). Houve a transferência de propriedade do bem para o nome do autor na mesma data, com a vistoria e chancela do DETRAN/DF - fl. 16.

O demandante recebeu o CRLV dos exercícios de 2004 e 2005 sem qualquer restrição da autarquia (fls. 19/20).

Houve o pagamento do IPVA e demais encargos referentes ao bem, mas o DETRAN deixou de emitir o CRLV do ano de 2006, sob fundamento de que existia inscrição de dívida ativa em razão de tributo do ano de 1996, quando o bem não pertencia ao demandante fl. 32.

O apelado ajuizou ação anulatória em desfavor do DETRAN e obteve decisão favorável no Agravo de Instrumento nº 2007.00.2.003341-0, obtendo a expedição do CRLV apenas em 05/06/2009 (fls. 156/157).

Destaque-se que o réu confirma que a dívida pendente estava lançada em desfavor de terceira pessoa, estranha aos autos. Mesmo assim, ausente qualquer impedimento em relação ao autor, não expediu o documento necessário para que a parte pudesse conduzir seu veículo livremente, causando-lhe enormes transtornos, inclusive com idas e vindas às repartições administrativas, ajuizamento de ações judiciais, interposição de recursos e notificações, judiciais e extrajudiciais.

Veja-se que tudo foi feito pelo autor para remediar equívocos da própria autarquia ré, que não foi diligente para desvincular a execução de dívida de terceiro do veículo de propriedade do autor, mesmo decorridos mais de dez anos entre o débito e os fatos noticiados nos autos.

Esclareça-se, por derradeiro, que se trata de responsabilidade objetiva, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição da República e não há qualquer causa excludente a desonerar o réu do dever de indenizar.

Desta forma, configurado está o dano moral.

DO VALOR DA INDENIZAÇÃO - REDUÇÃO OU MAJORAÇÃO - NÃO PROVIMENTO À APELAÇÃO E AO RECURSO ADESIVO

O autor interpõe recurso adesivo, no qual alega que se deve majorar o montante da indenização de R$ 5.000,00 para R$ 15.000,00.

O réu pugna pela diminuição da verba indenizatória.

Sem razão os recorrentes.

O valor da indenização por danos morais deve corresponder a uma quantia razoável, proporcional à relevância do evento danoso e às condições econômicas das partes envolvidas.

Desta forma, a quantia arbitrada na sentença (R$ 5.000,00) se mostra razoável.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao apelo do DETRAN/DF e ao recurso adesivo de HERNANI DUTRA VILELA e mantenho a sentença por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Des. Mário-Zam Belmiro (Revisor) - Presentes os pressupostos legais, conheço dos recursos.

Cuida-se de apelação (fls. 120/129) e recurso adesivo (145/149) interpostos contra sentença (fls.108/113) que julgou procedente o pedido inicial para condenar o DETRAN/DF - Departamento de Trânsito do Distrito Federal a pagar ao autor indenização por danos morais no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Busca o primeiro apelante a reforma da sentença, suscitando a inexistência de dano, eis que as alegações constantes tanto no pedido inicial quanto na fundamentação do *decisum*, segundo ele, ficaram apenas no plano das suposições. Afirma que ante a inexistência comprovada de dano, inexiste o dever de indenizar.

Assevera que a douta Juíza sentenciante aplicou a teoria do risco integral no caso, o que não é permitido pelo ordenamento jurídico.

Sustenta que o autor deve ser condenado por litigância de má-fé, eis que busca locupletamento ilícito por meio do presente feito. Tece considerações acerca da inocorrência de danos morais e colaciona jurisprudência.

O demandante, por sua vez, em sede de contrarrazões (cf. fls. 145/149), questiona a tempestividade do recurso, a capacidade postulatória do procurador do Distrito Federal para atuar nas causas da autarquia ré e combate as teses esposadas pelo requerido.

Pede, por meio de apelo adesivo (fls. 145/149), a reforma da sentença a fim de majorar o *quantum* indenizatório fixado pela douta Magistrada sentenciante.

Versam os autos sobre indenização por danos morais decorrentes do atraso na emissão do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV) do ano de 2006, apesar da inexistência de débito ou outra restrição em nome do demandante que justificasse o sobredito atraso.

Por questões de ordem técnica, analiso a preliminar de intempestividade recursal. Depreende-se da certidão de fl. 179, que a sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça eletrônico no dia 21/05/2009 (quinta-feira), de maneira que sua publicação ocorreu no dia 22/05/2009 (sexta-feira), assim a contagem do prazo teve início no primeiro dia útil subsequente, logo 25/05/2009 (segunda-feira).

Consabido que o DETRAN/DF, por ser autarquia, beneficia-se da contagem em dobro do prazo para recorrer, conforme inteligência do art. 188 do Código de Processo Civil. O apelo foi interposto em 18/06/2009, portanto, tempestivo o recurso, pelo que rejeito a preliminar ventilada.

Nessa trilha, afasto, igualmente, a preliminar de não conhecimento do apelo manejado pelo requerido sob a alegação de incapacidade postulatória do procurador distrital.

O fato de o DETRAN/DF ser dotado de personalidade jurídica não impede que procurador do Distrito Federal atue na defesa de seus direitos. É o que preleciona a Lei Complementar nº 395 de 2001, em seu artigo 4º inciso XXV, a qual chancela a atuação dos procuradores do DF da defesa de interesse de entidade pertencente à Administração Indireta deste ente federativo distrital.

Verifica-se que o autor adquiriu o veículo em 2004, o qual foi vistoriado e transferido para sua propriedade por meio de aprovação do DETRAN/DF.

Em 2004 e 2005 o apelante recebeu os CRLVs sem qualquer obstrução, porém no ano de 2006, diante do surgimento de débito relativo ao automóvel,

datado de 1996, o DETRAN/DF deixou de expedir o documento alegando a existência do referido débito.

Em que pesem os argumentos expendidos pelo demandado, o fato é que a expedição de documento de licenciamento pressupõe a inexistência de débitos de natureza administrativa ou fiscal.

Assim, se o órgão administrativo de trânsito expediu, por todos esses anos, mediante pagamento dos impostos e taxas correspondentes, o CRLV pertencente ao veículo em questão, imprimiu seu aval de que a situação do veículo permanecia regular.

Convém ressaltar que apenas em 2009 e por meio de medida judicial, o requerente conseguiu a expedição do CRLV de 2006.

Diante dos fatos e considerando a responsabilidade objetiva do réu, não há que se perquirir sobre culpa ou dolo da Administração, bastando que se comprove o fato lesivo, o dano e o nexo de causalidade.

Indene de dúvidas que o dano encontra-se no fato de que o requerente permaneceu privado da livre utilização de seu veículo, eis que o CRLV é documento de porte obrigatório para os proprietários de veículo automotor, por erro da Administração que não agiu com a devida cautela na apuração dos dados relativos ao registro cadastral do veículo em questão e deixou passar por todos esses anos um débito que pertencia ao antigo proprietário do veículo.

O abalo na esfera moral consubstancia-se na aflição impingida ao requerente diante da impossibilidade de trafegar nas ruas da cidade, por ocasião de um débito a que não deu causa.

Esclareça-se que a Administração pública goza de prerrogativas, que lhe permitem perseguir os créditos tributários que entende devidos, o que não justifica agir com abusividade e privar o demandante da livre utilização do bem de sua propriedade.

No que tange à alegação de litigância de má-fé, mostra-se descabida diante do reconhecimento da existência do dano e do nexo de causalidade, que malferiram a integridade moral do demandante.

No que diz respeito ao *quantum* indenizatório, tenho que o valor fixado pela douta sentenciante deve ser mantido, porquanto razoável e proporcional à situação posta em exame, atendendo ao desiderato da justa reparação.

Por tais fundamentos, **NEGO PROVIMENTO** aos apelos, prestigiando a sentença hostilizada.

É o meu voto.

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

DECISÃO

Conhecer. Preliminar rejeitada. Negar provimento aos recursos. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011038928-8

Apelantes - José Sarney e outros
Apelados - Os mesmos
Relator - Des. Antoninho Lopes
Quarta Turma Cível

EMENTA

DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PUBLICAÇÕES EM JORNAL VIRTUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INTERESSE DE AGIR. INÉPCIA DA INICIAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. "A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique em cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado" (cf. STF/RE nº101. 171, Relator Ministro Francisco Rezek, *in* RTJ 115/789).

2. Não configura perda do interesse de agir doação feita pela parte vencedora do valor da indenização a que tiver direito.

3. "Não é inepta a petição inicial que atende aos requisitos formais previstos no CPC e na qual a logicidade fática adequada à conclusão está presente." (cf. RT. 584/137).

4. O valor da indenização deve levar em conta a repercussão do dano na esfera da vítima, a sua extensão em caso de desdobramento e o potencial econômico-social do obrigado ao ressarcimento.

5. Parcialmente provido o recurso da ré e prejudicado o do autor.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Antoninho Lopes - Relator, Arnoldo

Camanho de Assis - Revisor, Fernando Habibe - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Fernando Habibe, em proferir a seguinte decisão: rejeitar a preliminar, dar parcial provimento ao recurso da ré e julgar prejudicado o recurso do autor, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2010.

RELATÓRIO

1. JOSÉ SARNEY distribuiu na 6ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília esta "ação de reparação por danos morais" dizendo do dano que sofreu com notícias de cunho ofensivo veiculadas pelo JORNAL PEQUENO, editado por Lorival Bogéa, sob diferentes títulos e divulgadas na Internet, causando-lhe danos imateriais. Requereu o pagamento de indenização e anexou documentos (fls.02/64). Na emenda de fls.67/90 pediu a condenação em R$ 220.000,00 (duzentos e vinte mil reais) e que ficasse consignado em sentença que o valor seria doado a asilos do Maranhão. Deu à causa o mesmo valor.

A contestação disse ausente o interesse de agir, que o autor é parte ilegítima, que a inicial é inepta e, também, que foi exercido o livre direito de manifestação do pensamento e de informação, sem atingir a moral do autor, além do que são públicos os fatos veiculados, noticiados em toda a imprensa. Requereu rejeitados os pedidos. Anexou documentos (fls.98/133).

O autor voltou aos autos, rebatendo a resposta, a fls.175/185.

A r. sentença de fls.186/199 acolheu parcialmente o pedido para condenar o réu a pagar uma indenização de R$50.000,00 a ser igualmente dividida entre duas entidades filantrópicas consignadas na sentença. Mandou reembolsadas as custas processuais e honorários advocatícios à razão de 10% sobre o valor da condenação. A decisão de fl. 210 rejeitou os embargos de declaração de fls.202/204.

O recurso do réu quer anulada a sentença por cerceamento de defesa, ou a sua reforma com o acolhimento das preliminares e as razões de mérito apresentadas na contestação ou, ainda, a redução do valor da condenação (fls.216/234).

As contrarrazões pediram improvido o recurso (fls.240/257).

O autor interpôs recurso adesivo a fls.258/283 para majorar o valor da condenação. Não foram apresentadas as correspondentes contrarrazões (fl. 289).

VOTOS

Des. Antoninho Lopes (Relator) - Busca o autor a condenação do jornal réu por danos imateriais causados com a divulgação de matérias jornalísticas ofensivas à sua pessoa.

A r. sentença sopesou os princípios de liberdade de expressão com os da honra e imagem e, julgando antecipadamente a lide, acolheu em parte o pedido para condenar o réu a pagar uma indenização de R$50.000,00, homologando a doação do autor em favor de duas entidades filantrópicas.

O recurso do réu diz que o julgamento antecipado da lide cerceou a defesa e sustenta ausente o interesse de agir pela ilegitimidade ativa e afirma inepta a petição inicial; pede, alternativamente, o julgamento de improcedência do pedido e/ou reduzido o valor da condenação. O recurso adesivo do autor, por sua vez, busca a sua majoração.

3. O julgamento antecipado da lide não caracterizou cerceamento de defesa. A causa de pedir tem por fundo as publicações que estão anexadas a fls.29/56 e se o juiz, destinatário da prova, entendeu que os elementos dos autos já eram suficientes para a solução da causa, detém o poder de dispensá-la. Isso porque "**a necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique em cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado**" (cf. STF/RE nº101.171, Ministro Francisco Rezek, in RTJ 115/789).

Rejeito a arguição.

Argumenta o réu que a doação do valor da indenização feita pelo autor importaria em perda do seu interesse de agir. Não tem razão. O reconhecimento do pedido de indenização por danos morais tem um caráter imaterial que transcende ao valor da condenação, subsistindo o interesse do autor. Além disso, o pedido inicial consigna, por lógica, a doação depois do deferimento do pedido da indenização ao autor (fls.89).

O recurso disse ainda que o autor pleiteou direito alheio em nome próprio, porque alegou atingidas pela ofensa também a imagem da sua família e de seus simpatizantes. Com essa afirmação o autor, na verdade, pretendeu tão-só

reforçar o abalo na esfera de vida dele próprio, sem ofensa ao art. 6º do Código de Processo Civil.

O recurso busca declarada inepta a petição inicial. Porém, estão nela descritos o fato e a exposição do direito contrariado. O pedido é perfeitamente compreensível. Daí, "**não é inepta a petição inicial que atende aos requisitos formais previstos no CPC e na qual a logicidade fática adequada à conclusão está presente**." (cf. RT. 584/137). Alude, ainda, que a inicial se referiu não só a publicações pela internet, mas também a "material impresso" (fl. 3), não anexados aos autos conforme determina a Lei; na verdade, trata-se de um erro de exame, pois todos os artigos transcritos na petição inicial, causa de pedir deste processo, estão anexados a fls. 29/56, publicados na internet e, com essa qualidade, considerados em sentença para a condenação.

Afasto assim as argüições prejudiciais à matéria de fundo levantadas no recurso da ré.

4. No que se refere à questão de fundo, o recurso argumenta que as matérias quanto ao autor não refletem ato ilícito, mas simples críticas severas, às quais estão sujeitas as pessoas públicas.

Não tem razão!

As publicações, anexadas a fls. 29/56 extrapolam o objetivo de informar, atingindo a imagem do autor. Não se há de impedir o exercício normal do direito do jornal réu em criticar acidamente o autor e que os fatos em si foram divulgados amplamente na imprensa, o que na dá guarida às expressões literalmente ofensivas publicadas. Mas, a liberdade de expressão tem seus limites delineados na proteção dos direitos constitucionais da personalidade, e, qualificar alguém de "canino serviçal" (fl. 29), "com a desfaçatez que lhe é característica" e "louco por uma estatal... Como rende..." (fl. 34), ainda a alusão que o "melhorzinho" de sua obra "não teria sido de sua própria lavra" (fl. 36), ou lhe atribuir a seu grupo, daí também ao autor uma "estratégia de rato" (fl. 42) e "capaz de tudo para ver prosperar o seu extraordinário desejo de vingança" (fl. 51), são expressões que extrapolam o direito (e o dever) de informar, atingindo seriamente a personalidade do autor (inciso X do art. 5º da CF).

Não se há permitir, sob o pálio do direito de expressão, ou mesmo da liberdade de imprensa, ataque à honra pessoal de quem quer que seja; não houve

contingência na narração; na lição de ANTONINO SCALISE, "**a informação jornalística é legítima se preencher três requisitos: o interesse social da notícia, a verdade do fato narrado e a continência da narração. Atende ao interesse social se assegura aquela informação social que é indispensável ao exercício efetivo da soberania popular; é verdadeira se representa fielmente fato perceptível diretamente pelo cronista ou quando ele o recebe por interposta pessoa, e as condições demonstram credibilidade da informação recebida; é continente a narrativa quando a exposição do fato e sua valorização não integram os extremos de uma agressão moral, mas é expressão de uma harmônica fusão do dado objetivo de percepção e do pensamento de quem recebe, além de um justo temperamento do momento histórico e do momento crítico da notícia**." (cf. Revista de Direito do Trib. de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nº 51, abril-junho/2002, p.38).

O constrangimento imposto justifica a indenização. A Egrégia 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios explicou que "**para o dano indenizável basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito**" (cf. Acórdão de 07/08/2000, relator Desembargador Lécio Resende, na apelação nº 1998 01 1 064.323/9).

5. O recurso do réu busca alternativamente diminuído o valor da condenação, ao passo que o recurso adesivo busca majorada a respectiva verba.

Porém, vejo excessivo o valor arbitrado, quer porque o réu não manteve a exclusividade nas divulgações (fls.128/133), quer porque o veículo de comunicação guarda certa limitação, sendo certo que muitos não têm acesso à internet. A jurisprudência orienta que "**o valor da indenização deve levar em conta a repercussão do dano na esfera da vítima, a sua extensão em caso de desdobramento e o potencial econômico-social do obrigado ao ressarcimento**" (cf. Acórdão da 4ª T. Cível na apelação nº 2008 01 1 060.023/7). Assim sendo, reduzo o valor da indenização para R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e tenho por prejudicado o recurso adesivo.

6. Destarte, dou provimento parcial ao recurso do réu para fixar a indenização em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), atualizados da sentença e nego provimento ao recurso adesivo do autor.

É como voto.

Des. Arnoldo Camanho de Assis (Revisor) - Com o Relator.

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

DECISÃO

Rejeitar a preliminar, dar parcial provimento ao recurso da ré e julgar prejudicado o recurso do autor, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011044225-6

Apelantes - Francisco David Silva da Luz e outros
Apelados - Os mesmos e outros
Relator - Des. J.J. Costa Carvalho
Segunda Turma Cível

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - INDENIZAÇÃO - ACESSO A IMAGENS DE CELULAR ALHEIO E ENVIO DE MENSAGENS COM CONTEÚDO OBSCENO - VIOLAÇÃO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE CARACTERIZADA - RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR AFASTADA - DANO MORAL DEVIDO - VALOR CONDENATÓRIO MANTIDO.

1. O acesso não autorizado a imagens de celular de outrem e o envio de mensagens com conteúdo obsceno violam a intimidade e a privacidade, gerando o dever de reparar os danos morais decorrentes desses fatos.

2. Afasta-se a responsabilidade civil do empregador em reparar os danos suportados por cliente, quando o ato praticado pelo empregado vai além de suas atribuições, revelando-se ainda totalmente estranho aos serviços e às atividades prestados pela empresa.

3. Não comporta alteração o valor de indenização por danos morais que contempla com prudência e moderação a situação fático-jurídica encartada nos autos e ainda considera tanto a capacidade econômica das partes envolvidas quanto a ausência de publicidade dos fatos, de modo a não importar em excessiva oneração do réu nem, tampouco, em enriquecimento sem causa do autor.

4. Recurso conhecidos e desprovidos.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, J.J. Costa Carvalho - Relator, Sérgio Rocha - Revisor, Carmelita Brasil - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Carmelita Brasil, em proferir a seguinte decisão: negar provimento a ambos os recursos. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS proposta por ***JULIANA GOMES DA SILVA*** em desproveito de ***AMERICEL S.A. (CLARO REGIÃO CENTRO-OESTE)*** e de ***FRANCISCO DAVID SILVA DA LUZ*** decorrente do acesso e divulgação de imagens sensuais da autora, constantes de seu aparelho celular, pelo segundo réu.

Inconformados com a r. sentença que julgou **procedente em parte** o pedido, para condenar o réu/Francisco David da Silva Luz a pagar indenização no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), mais custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação em favor da autora e em R$ 500,00 (quinhentos reais) em prol da ré/Americel S.A. (Claro Região Centro-Oeste), apelam a autora e o réu/Francisco David Silva da Luz.

A autora, após transcrever trecho da sentença e colacionar entendimentos jurisprudenciais que julga pertinentes, pleiteia a responsabilização da empresa de telefonia pelo ato praticado por seu empregado, a condenação solidária de ambos e a majoração da verba indenizatória por danos morais de acordo com o postulado na petição inicial.

O réu/Francisco David Silva da Luz, por sua vez, alega ausência de comprovação de haver acessado as fotos sensuais presentes no celular da autora e inexistência de publicidade das imagens.

Assevera, também, que a autora levou seu aparelho celular para ser carregado no estabelecimento comercial onde trabalha por diversas vezes, chegando inclusive a comentar para não olhar as fotos existentes no telefone.

Sustenta, por outro lado, que se a autora estivesse, de fato, preocupada com a divulgação de suas imagens não teria colacionado aos autos suas fotos

sensuais existentes no celular ou, então, deveria ao menos ter requerido que o processo tramitasse em segredo de justiça.

Deseja ainda, alternativamente, a redução do valor indenizatório fixado na sentença, devido à baixa renda mensal das partes e porquanto "*equipara-se ao próprio salário recebido pelo apelante*".

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso e reforma da r. sentença, para julgar improcedentes os pedidos e inverter a sucumbência ou, alternativamente, reduzir o valor indenizatório arbitrado.

Contrarrazões às fls. 171/176, 190/195 e 196/198, onde as partes rebatem as considerações dos recursos e pugnam pelos respectivos desprovimentos.

Preparo regular do recurso do réu/Francisco David à fl. 168. Sem preparo o recurso da autora, em face da gratuidade de justiça concedida à fl. 19.

É o relatório.

VOTOS

Des. J.J. Costa Carvalho (Relator) - Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS proposta por ***JULIANA GOMES DA SILVA*** em desproveito de ***AMERICEL S.A. (CLARO REGIÃO CENTRO-OESTE)*** e de ***FRANCISCO DAVID SILVA DA LUZ*** em virtude do acesso e divulgação de imagens sensuais da autora, constantes de seu aparelho celular, pelo segundo réu.

Inconformados com o pronunciamento sentenciante, que julgou **procedente em parte** o pedido e condenou o réu/Francisco David Silva da Luz no pagamento de dano moral no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), insurgem-se a autora e o citado réu. Aquela, pleiteando a responsabilização e a condenação solidária da empresa de telefonia, além da majoração da verba indenizatória por danos morais. Este, por sua vez, alegando ausência de comprovação de acesso e de publicidade das imagens existentes no aparelho celular da autora, bem como excessividade do montante da verba indenizatória fixada.

Com efeito, não há discussão de que a autora deixou seu aparelho celular para carregar no estabelecimento comercial onde o réu/Francisco David Silva da Luz trabalha e que houve troca de mensagens entre as partes.

Em verdade, o Laudo de Exame de Aparelho de Telefonia Celular de fls. 85/88, elaborado pela Polícia Civil do DF, com a degravação de oito imagens,

duas mensagens de texto e uma mensagem de voz existentes no aparelho celular da autora, demonstra os seguintes fatos: I) a existência de imagens sensuais da autora em seu aparelho celular; II) o envio de mensagens escritas de conteúdo obsceno, partindo do número "+556193019007" para o celular da autora, que o próprio réu/Francisco David Silva da Luz reconheceu em audiência (fl. 119); III) e a existência de discussão entre as partes com relação à transferência das imagens sensuais da autora para o aparelho celular do réu/Francisco David Silva da Luz.

Ressalta-se, ademais, que as trocas de mensagens anteriormente descritas ocorreram no mesmo dia em que a autora deixou seu aparelho celular para carregar no estabelecimento comercial onde trabalha o réu, ou seja, em 5 de março de 2008.

A r. sentença vergastada, a propósito, não deixa dúvida quanto aos fatos ocorridos, senão vejamos:

> **"Analisando o contexto probatório verifico que é incontroverso entre as partes que a autora deixou o seu aparelho celular para carregar na loja Claro, onde trabalha o segundo réu. O segundo réu nega ter pego o celular da autora para nele ver suas fotos sensuais ou para transferi-las para o seu celular. Confirma, porém, que Juliana esteve na loja Claro para carregar o celular e que após buscá-lo, quando o réu voltava do banheiro a autora o interpelou sobre ter visto algumas fotos que estavam nele arquivadas. Diz que chegou a entregar seu próprio celular para Juliana examinar não tendo ela encontrado qualquer foto no visor, razão pela qual, teria ficado revoltada. Reconhece, porém, que teve uma discussão com a autora na presença da gerente da loja onde trabalhava a autora e que lhe mandou mensagens com o seguinte teor: 'Vc é deliciosa se te pego eu acabo com vc!' e 'Gostosa vamos marcar um esqma? Só nóis?' Justifica ter agido assim instigado pelas insinuações de Juliana e acrescenta que foi Juliana quem lhe deu o número de seu aparelho celular.**
>
> **Conquanto o réu negue que tenha transferido as fotos sensuais da autora para o seu próprio celular o contexto do incidente, as fotos identificadas no laudo pericial de**

fls. 85/88; o fato do réu reconhecer que seu celular é o 93019007 e do tipo que 'havia a possibilidade de colocar fotos no contato'; o fato dele precisar que o aparelho celular da autora era um Nokia 2760 e ter mandado mensagens no mesmo dia em que ela deixara seu celular para carregar na loja Claro convidando-a para um encontro íntimo, com elogios do tipo 'deliciosa' e com insinuações como 'se te pego acabo com vc' são indicativos de que o réu teve acesso ao celular da autora e viu fotos que se encontravam nele arquivadas semelhantes as apresentadas no laudo pericial de fls. 85/88. Doutra sorte, ao reconhecer que a autora o procurou para saber sobre suas fotos e afirmar que deu a ela seu celular para que ela pudesse vasculhá-lo, além de ter admitido que ambos tiveram uma discussão na presença da gerente da loja onde trabalhava a autora, acaba por confirmar a existência da conversação gravada e registrada no laudo pericial de fls. 85/88.
E desta discussão fica evidente que o segundo réu acessou as fotos da autora, copiando uma deles para servir de contato no seu celular. É o que se depreende do seguinte trecho registrado no laudo pericial de fls. 85/88 - não impugnado pela parte ré:

Juliana - E ainda gravou a minha foto!
M1 - Dá para ele apagar essas fotos aí!
(...)
Juliana - Não vou devolver (...)
M1 - Juliana, Juliana, Juliana, tem que (...)
(Pessoas falando ao mesmo tempo)
Juliana - Desculpa, (moço). E, por que cê num... caraca! Que ridículo, (...). Tirou a minha foto.
M1 - Se eu quiser...
(...)
Juliana - (...)
M1 - (...) fala (...). Não chore
Juliana - (...)

M1 - Vem aqui.
Juliana - Num vou dar para ele. Num vou dar. Eu não vou dar.
M1 Esquece. Pára.
H1 - (...) me dá meu aparelho.
Juliana - E por que minha foto tá aqui?
H1 - Num sei. Eu coloquei de contato depois (...) Olha... Olha...
Juliana - (...) o tempo todo (...) o tempo todo.
H1 - Olha a foto.
M1 - Juliana?
Juliana - Aí eu vou devolver o celular para ele e ele vai apagar... ele vai tirar essa foto daqui.
M1 - Eu vou apagar. Me dá aí. Deixa eu apagar.

Verdade que não restou comprovado nos autos que o réu tenha dado publicidade a foto sensual da autora a pessoa de Waldison, mas o fato do primeiro ter confirmado em juízo que Wilson estava olhando o celular de Francisco 'para comprá-lo' é mais um indício de que o segundo réu tenha divulgado a foto da autora a pessoa de Wilson.
Mesmo sem a caracterização robusta de que a foto da autora tenha sido exposta a quem ela não queria pelo réu, tal fato não elide a conclusão de que a autora sofreu abalo moral em razão da situação constrangedora que viveu ao ter sua privacidade exposta ao réu que acessou/armazenou, sem sua autorização, fotografias que a apresentavam em posições sensuais, justamente pela natureza das fotos e da situação que representavam.
A despeito deste constrangimento e de ser certo que a gerente onde trabalhava a autora teve conhecimento pela autora dos fatos narrados na inicial, não restou comprovado nos autos que a autora tenha sofrido algum tipo de advertência por sua gerente por ter deixado o trabalho em horário de expediente.

Aparente que o episódio transtornou a autora, haja vista as reações de nervosismo e choro que apresentou imediatamente após o episódio descrito na inicial e que se encontram registrados na degravação do laudo pericial e no depoimento de Waldison Gonçalves de Oliveira quando disse em juízo que a autora lhe deu um tapa no rosto quando este lhe disse que ela não estava fazendo coisa de gente decente ao afirmar que Francisco tinha visto as fotos dela e mostrado para os seus colegas de trabalho.

Indiscutível também que o segundo réu agiu com culpa, pois agiu com imprudência, violando o direito à privacidade e intimidade da autora e dando causa ao prejuízo emocional por ela vivenciado, razão pela qual fica obrigado a reparar o dano.

Assim sendo, há prova da conduta ilícita do réu e da lesão à dignidade da autora.

Por igual, encontra-se caracterizado o elo de causalidade, porquanto o dano se deu em razão da conduta do segundo réu, não tendo restado evidenciado a culpa exclusiva da vítima, ou que esta tenha agido com dolo para que fosse excluída sua responsabilidade civil.

Não se olvida, porém que a autora tenha contribuído para a eclosão dos eventos, pois há prova nos autos de que mais de uma vez a autora esteve na Claro, deixando o seu celular para carregar com o segundo réu - o que criou nele a impressão de que a autora estava se insinuando para ele e querendo um flerte. Por outro lado, afirmou a testemunha Ana Lilian Silva de Oliveira (fl. 121) que noutra ocasião que não a narrada na inicial a autora teria dito ao segundo réu que deixaria seu celular, mas que não era para ele olhar suas fotos - advertência que despertaria a curiosidade e instigaria o interesse do segundo réu. Nada obstante, não há gravidade neste comportamento para que ele seja erigido ao patamar de causa concorrente afinal, mesmo nestas circunstâncias não era dado ao autor, sem a autorização da ré, acessar os arquivos de fotos do seu celular e ainda armazenar em seu próprio aparelho uma das fotos para identificação do contato.

> **Daí o ato ilícito e a culpa do segundo réu, pois, com seu comportamento violou a privacidade e a intimidade da parte autora, expondo-a a situação constrangedora." (fls. 148/150)**

Diante desses fatos, tenho, pois, que restou comprovada a violação da intimidade e da privacidade da autora.

Por outro lado, resta avaliar a **responsabilidade civil da empregadora** - Americel S.A. (Claro Região Centro-Oeste) - pela conduta praticada por seu empregado, Sr. Francisco David Silva da Luz, que também é réu e apelante nestes autos.

Como sabido, o vigente Código Civil, através do artigo 932 c/c 933, imputou responsabilidade objetiva ao empregador ou comitente pelos atos praticados por seus empregados, serviçais ou prepostos. Entretanto, poderá a pessoa jurídica desobrigar-se da responsabilidade reparatória, caso comprovada a existência de caso fortuito, força maior ou ainda que o ato danoso praticado revela-se absolutamente estranho ao serviço ou atividade por ela prestado e cuja prática se deu fora do exercício das atribuições do empregado ou preposto.

Ora, *in casu*, consoante asseverado pelo juízo sentenciante, revela-se indubitavelmente comprovado que o empregado da empresa de telefonia (Sr. Francisco David Silva da Luz) usurpou de suas atribuições e ainda invadiu a privacidade da autora quando acessou o celular desta, transferiu as fotos lá existentes para o seu aparelho e ainda enviou mensagens com conteúdos obscenos. Por conseguinte, não há dúvida de que o ato danoso perpetrado pelo réu/Francisco David Silva da Luz é totalmente estranho aos serviços e às atividades prestados pela empresa de telefonia, devendo, pois, ser afastada qualquer responsabilidade civil desta em reparar os danos experimentados pela autora/recorrente.

Por fim, é preciso mensurar o **montante indenizatório** fixado na r. sentença vergastada, em decorrência da ofensa moral, uma vez que o nosso ordenamento jurídico tutela, no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, o direito à intimidade e à privacidade, bem como ainda assegura a prerrogativa de reparação dos danos decorrentes de sua violação.

Malgrado as considerações articuladas pelos recorrentes, entendo que o montante fixado na r. sentença (R$ 1.000,00 - mil reais) mostra-se em perfeita harmonia com a verdade processual encerrada nos autos.

Com efeito, não se desconhece que, para se estipular o valor do dano moral, devem ser observadas as condições pessoais dos envolvidos, impedindo, desta feita, que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, a fim de que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado.

Por outro lado, a indenização por danos morais haverá que traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Vale dizer: deve consubstanciar em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo razoável, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido.

In casu, a simples alegação de ausência de capacidade econômica das partes litigantes não se revela hábil e suficiente para abalar os fundamentos da r. sentença vergastada e alterar, por conseguinte, o montante indenizatório fixado, pois contempla com prudência e moderação os constrangimentos e aborrecimentos suportados pela parte lesada. Noutra perspectiva, também não há comprovação de publicidade das imagens e mensagens existentes nos aparelhos celulares das partes, nem que terceiros tomaram conhecimento dos fatos narrados nos autos.

Ademais, o valor fixado pelos danos morais é moderado e atende aos objetivos da condenação: representa um conforto aos prejuízos sofridos pela vítima, repreende o causador pelo ato e serve de medida educativa a fim de que episódios como o da presente demanda não mais se repitam.

Feitas essas considerações, reputo inviável a alteração pretendida, uma vez que o valor fixado (R$ 1.000,00 - mil reais) encontra-se em conformidade com a realidade encartada nos autos.

Isso posto, ***NEGO PROVIMENTO AOS RECURSOS***, mantendo intangível os termos da r. sentença vergastada.

É como voto.

Des. Sérgio Rocha (Revisor) - Com o Relator.

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

DECISÃO

Negar provimento a ambos os recursos. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011150096-7

Apelantes - DETRAN DF - Departamento de Trânsito do Distrito Federal e outro
Apelado - Antônio Menezes
Relatora Designada - Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito
Sexta Turma Cível

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. ALICIAMENTO DE PASSAGEIROS. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. VEÍCULO DE PASSEIO. ARTIGO 28, DA LEI DISTRITAL Nº 239/92, ALTERADA PELA LEI DISTRITAL Nº 935/95.

Mostra-se alinhado à jurisprudência assente na Corte Suprema o posicionamento que entende como legítima a atuação legislativa do Distrito Federal para editar normas que visem à organização dos serviços de transporte público local.

Cabe aos Municípios organizar, inclusive normatizar, a prestação de transporte coletivo urbano, porquanto serviço público de interesse local. Nesse passo, ao organizar a prestação de serviços de transporte público local, instituindo inclusive normas disciplinares, o Distrito Federal se vale de competência que lhe confere a Constituição Federal (artigo 30, V), não invadindo a competência privativa da União Federal de que trata o artigo 22, XI.

Na atribuição de organizar a prestação do serviço de transporte público local, não se enquadra a definição ou elaboração de normas de trânsito e transporte, definidoras, por exemplo, de regras de segurança dos veículos. Entretanto, a organização da prestação desse serviço consubstancia-se, por exemplo, no estabelecimento dos objetivos do serviço, critérios da exploração por concessão ou permissão, determinação de cálculo de tarifas, definição de trajetos e rotas, constituição de órgãos fiscalizadores. Visa resguardar, portanto, o interesse coletivo da população que o utiliza, porquanto inquestionável que a

falta de regramento específico atentaria contra a segurança do sistema. Daí a necessidade de se coibir o transporte clandestino de passageiros e o respaldo constitucional a amparar sua normatização.

Entendendo-se o Código de Trânsito Brasileiro como norma instituidora de regras gerais sobre transporte coletivo interestadual e internacional, conforme já assentou o E. STF, a presença do art. 231, inciso VIII, no Código, não pode ser interpretada como obstáculo ao exercício da competência do Distrito Federal para legislar sobre Transporte Público Alternativo na esfera local, desde que essas normas específicas não se contraponham com as disposições previstas na norma geral.

Resta incontroverso que o Distrito Federal, ao editar as Leis Distritais nº 194/91 e nº 239/92 - com as alterações trazidas pela Lei nº 953/95, Lei 2.208/98 e Lei 2534/2000 - no pleno e estreito exercício da competência constitucional que lhe foi conferida, normatizou o transporte coletivo de passageiros no Distrito Federal, unicamente quanto à sua organização e prestação. Não há que se falar, portanto, em inconstitucionalidade decorrente de violação à competência privativa da União.

Superado o entendimento de eventual inconstitucionalidade de Lei Distrital, as penalidades estabelecidas no art. 28, da Lei nº 239/92 - com as alterações dadas pela Lei 953/95 - bem como do art. 18, da Lei nº 953/95, destinam-se respectivamente aos permissionários ou concessionários do serviço de transporte alternativo e aos do serviço de transporte coletivo, nos casos de violação das mencionadas leis reguladoras. Não extrapolam, portanto, os limites legislativos da Carta Magna, visto que têm natureza diversa das infrações de trânsito, cuja competência é privativa da União.

Todavia, embora considerando a constitucionalidade da Lei Distrital nº 239/92, o bem apreendido e multado, considerado um veículo de passeio, não ostenta as características hábeis a fraudar a operação de transporte coletivo, uma vez que o automóvel, com a forma que lhe é ínsita, não pode se fazer passar por permissionário do Serviço de Transporte Público

Alternativo do DF. Destarte, inaplicáveis à hipótese as normas insculpidas no artigo 28 da Lei Distrital nº 239/92 e seus decretos regulamentares. Contudo, subsume-se ao disposto no art. 231, VIII do Código de Trânsito Brasileiro.
Incorrendo o motorista na infração tipificada no artigo 231, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro, por não ser titular de permissão para transporte remunerado de pessoas, cabível a aplicação da penalidade de multa e da medida administrativa de retenção do veículo pela autoridade fiscalizadora. Ressalta-se que, quanto à retenção, cabe à autoridade tão somente determinar o desembarque dos passageiros supostamente transportados irregularmente no veículo de passeio, e proceder à imediata liberação do veículo, não podendo realizar a apreensão.
A alegação de impossibilidade de sanar a irregularidade no local da infração não pode ser acolhida, porquanto ser possível o desembarque dos passageiros transportados, nos termos do art. 270, § 1º do CTB. Assim sendo, o que seria imposto à época dos fatos seria a liberação do veículo quando implementada a regularização da situação. Importante destacar que, para a liberação de veículo retido, não há condicionamento ao pagamento de multa e nem de diárias
Por restar viciado um dos requisitos do ato administrativo questionado (auto de infração), qual seja, o motivo, torna-se nulo o ato. Isso porque a matéria de direito em que se fundamenta o auto de infração - art. 28, da Lei Distrital 239/92 - é juridicamente inadequada, porquanto cabível para veículos de passeio a medida administrativa do art. 231, VIII CTB. Ademais, vício no requisito motivo não é passível de ser sanado ou convalidado.
Apelação conhecida e não provida.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vera Andrighi - Relatora, Ana Maria Duarte Amarante Brito - Revisora, José Divino - Vogal, sob a presidência do terceiro, negar provimento ao agravo retido e à apelação, maioria. Redigirá o acórdão a Revisora, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2010.

RELATÓRIO

DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO DISTRITO FEDERAL - DETRAN/DF - e DEPARTAMENTO DE TRANSPORTE URBANO DO DISTRITO FEDERAL - DFTRANS - interpuseram apelação da r. sentença (fls. 121/5), que julgou procedente o pedido formulado por ANTÔNIO MENEZES para invalidar o Auto de Infração n.º 60672, Série AB, Tipo B (fl. 14), lavrado porque, segundo agente do DFTRANS, o apelado-autor, no momento da autuação, realizava transporte remunerado e aliciamento de passageiros.

A r. sentença decidiu que o art. 28 da Lei Distrital 232/92 é inconstitucional. Por isso, é ilegal o recolhimento do veículo do apelado-autor ao depósito, bem como a cobrança de multas e taxas de recolhimento e de depósito pelos réus. Decidiu, ainda, que o DFTRANS não detém competência para lavratura de multas.

Em suas razões de apelação (fls. 129/38), o Detran/DF e o DFTRANS reiteram, inicialmente, a necessidade da apreciação do agravo retido (fls. 43/6) interposto da r. decisão (fls. 19/26), que, em antecipação da tutela, determinou aos réus a imediata liberação do veículo do apelado-autor, sem o pagamento da multa prevista no art. 28 da Lei Distrital 239/92.

No agravo retido, os apelantes-réus sustentaram que a apreensão do veículo foi legítima, realizada com fundamento na Lei Distrital 953/95 e no Decreto Distrital 17.161/96. Aduziram que, para a liberação, o autor deveria realizar o pagamento dos débitos vencidos e das diárias de depósito. Requeram, ao final, o conhecimento e o provimento do agravo retido para reformar a r. decisão agravada e indeferir a antecipação da tutela.

Quanto à r. sentença, os apelantes-réus argumentam, em síntese, que o art. 28 da Lei Distrital 239/92 é constitucional, porque editado dentro da competência do Distrito Federal instituída para regular o Serviço Público de Transporte Coletivo de Passageiros.

Alegam que, mesmo se reconhecida a ilegalidade do recolhimento do veículo do apelado-autor ao depósito, tal fato não invalidaria o auto de infração, mas apenas a sanção administrativa aplicada cumulativamente à multa. Ressaltam que o apelado-autor não atacou o mérito do referido auto, por isso, não foram elididas as presunções de legalidade e de veracidade do retrocitado ato administrativo. Além disso, afirmam, as provas produzidas no processo evidenciam que, no momento da abordagem, o apelado-autor transportava passageiros mediante contraprestação.

Requerem, ao final, a apreciação do agravo retido, bem como o conhecimento e o provimento da apelação para reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido.

Os apelantes-réus estão dispensados do recolhimento do preparo, art. 511, § 1º, do CPC.

Contrarrazões (fls. 142/5).

É o relatório.

VOTOS

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

Do agravo retido

Não conheço do agravo retido, ante a manifesta ausência de interesse recursal.

Conforme noticiado pelos agravantes-réus (fls. 155/7), a antecipação da tutela deferida pelo Juízo *a quo* já foi cumprida, com a liberação do veículo ao agravado-autor. Satisfeita a medida, o recurso perdeu objeto.

Da apelação

Preliminar de ilegitimidade do DETRAN/DF - de ofício

Tendo em vista que o auto de infração foi lavrado com fundamento em infração ao art. 28 da Lei Distrital 239/92, bem como em razão do DETRAN/DF não ter participado da ato administrativo (fl. 14), é patente sua ilegitimidade passiva.

Nesse sentido, confira-se jurisprudência:

> *ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. APREENSÃO DE VEÍCULO. AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. DETRAN-DF. ILEGITIMIDADE.*
> *1 - O Detran-DF é parte ilegítima passiva na ação na anulação de auto de infração emitido exclusivamente pelos agentes do DFTRANS.*
> *2 - Quem realiza transporte não autorizado de passageiros sujeita-se, além do pagamento de multa, à apreensão do veículo, caso em que, para liberação, necessário o pagamento prévio das multas, conforme exige o § 7º, do art. 28, da Lei Distrital 239/92, com a redação da Lei Distrital 953/95.*
> *3 - Referidas leis, editadas pelo Distrito Federal dentro da competência que lhe confere o art. 30, V, da CF, não são inconstitucionais.*
> *3 - Apelação provida. (20070110974928APC, Relator JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, julgado em 19/05/2010, DJ 27/05/2010 p. 114)*

Assim suscito, de ofício, a preliminar de ilegitimidade passiva do DETRAN/DF e excluo-o da lide, julgando extinto o processo sem julgamento de mérito em relação a ele, conforme art. 267, inc. VI, do CPC.

Da infração e das penalidades

Já tive a oportunidade de, por diversas vezes, analisar a matéria submetida a exame nestes autos. Embora tenha, nos últimos julgados, aderido ao entendimento majoritário da Turma Cível que compunha, sempre estive convicta de que é cabível a aplicação das penalidades legalmente previstas a veículos utilizados para transporte irregular de passageiros.

Consta dos autos que Antônio Menezes foi flagrado efetuando transporte irregular na Rodoviária do Plano Piloto com destino a Planaltina de Goiás, mediante cobrança de passagem no valor de R$ 4,00.

Portanto, o autor incorreu no disposto no art. 28 da Lei Distrital 239/92, porque não tinha permissão ou autorização do Poder Público para efetuar transporte remunerado, além de não ter registro na Secretaria de Transporte.

Em que pese haver corrente jurisprudencial entendendo pela inconstitucionalidade desse dispositivo legal, considero que a norma é constitucional, porque *"a prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios"* (STF, Tribunal Pleno, ADI 2.349/ES, Relator Min. Eros Grau).

No sistema de repartição de competências, vige o princípio do interesse. A Constituição atribui a competência legislativa (elaboração de normas) e a material (execução de atividades) conforme se trate de interesse nacional (União), regional (Estado e Distrito Federal) ou local (Município e Distrito Federal).

No que concerne aos serviços públicos locais, incluído o transporte público, incumbe aos Municípios e, consequentemente, ao Distrito Federal a competência, conforme art. 30, inc. V, da CF. Essa competência não é somente a material, mas também a legislativa, uma vez que, na dicção constitucional, "organizar" significa legislar. Prevê o dispositivo:

> "Art. 30. Compete aos Municípios:
> .....
> V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
> ....." (g.n.)

Assim, o art. 28 da Lei 239/92, além de não violar o art. 22, inc. XI, da CF, porque não se trata de norma de trânsito, mas de transporte público, encontra fundamento de validade no art. 30, inc. V, da CF.

Corroborando esse entendimento, colaciono o seguinte aresto:

> "ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. APREENSÃO DO VEÍCULO. LEGALIDADE DO ATO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO.
> 1 - O julgamento antecipado da lide não acarreta cerceamento de defesa quando despicienda se mostrar a produção de novas provas para o deslinde da causa, à vista de já se encontrarem presentes nos autos elementos necessários ao convencimento do magistrado. 2 - A ação desenvolvida pelos fiscais do DFTRANS caracteriza-se como típico ato administrativo, portanto se encontra revestida dos atributos normais à espécie, entre os quais se inclui a presunção de legitimidade e de veracidade. 3 - A edição da Lei Distrital nº. 239/92, posteriormente alterada pela Lei nº. 953/95, bem como a do Decreto Distrital nº. 19.236/98 constitui exercício da competência constitucional relativa à organização do serviço de transporte coletivo de passageiros no âmbito do Distrito Federal (art. 30, inc. V, da CF), ao qual compete, por intermédio de seus órgãos, fiscalizar o cumprimento de suas disposições. 4 - Recurso a que se nega provimento." (20050110185364APC, Relator VASQUEZ CRUXÊN, 3ª Turma Cível, julgado em 02/08/2006, DJ 26/09/2006 p. 116). (destacamos)

Não bastasse isso, o transporte irregular de passageiros configura ainda a infração de trânsito prevista no art. 231, inc. VIII, do CTB:

> "Art. 231. Transitar com o veículo:
> .....
> VIII - efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, salvo casos de força maior ou com permissão da autoridade competente
> ....."

Para ser lícito o transporte remunerado de passageiros no Distrito Federal, devem ser observados os requisitos da legislação de regência, bem como ser objeto de concessão, permissão ou autorização pela Administração Pública. Do contrário, haverá fraude ao Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal - STPC/DF -, caracterizando-se a infração prevista no art. 28 da Lei 239/92.

Portanto, tendo o autor sido autuado pela prática de transporte remunerado irregular, a lavratura do auto, a multa e a apreensão do veículo decorreram do regular exercício do poder de polícia, em conformidade com o que dispõe o art. 28, *caput*, §§1º, 2º e 7º, da Lei 239/92:

> "Art. 28 - Constitui fraude a prestação de serviço, público ou privado, de transporte coletivo de passageiros, de forma remunerada sem prévia concessão, permissão ou autorização do Governo do Distrito Federal, ou registro na Secretaria de Transportes, através do Departamento Metropolitano de Transportes urbanos - DMTU, observados os conceitos, diretrizes e normas específicas do Poder Público, nos termos da legislação federal ou distrital, em especial nos termos do Código de Trânsito, Tributário, de Proteção ao Consumidor e Trabalhista.
> *§1º - Constitui fraude a operacionalização de transporte alternativo de passageiros por veículo não autorizado, excetuando-se aquele regulamentado pela Secretaria de Transportes.*
> *§2º - Em caso de fraude, serão aplicadas as seguintes penalidades de caráter cumulativo, sem prejuízo de outras cominações legais:*
> *I - multas de valor mínimo de 01 (uma) e máximo de 10 (dez) UPDF (Unidade Padrão do Distrito Federal*.....
> *§ 7º Os veículos apreendidos só poderão ser liberados após o pagamento das multas, preços públicos e demais encargos devidos ao Departamento Metropolitano de Transportes Urbanos - DMTU e Departamento de Trânsito do Distrito Federal - DETRAN/DF*." (grifamos).

Observe-se que a circunstância de se tratar de carro de passeio não ilide a autuação da prática irregular, porque a razão da norma é o risco a que se expõem os usuários desse tipo de serviço e a insegurança causada por eventuais condições precárias do veículo e pela inaptidão do motorista.

Sobre o tema, com a licença do Exmo. Juiz Alfeu Machado, transcrevo os fundamentos do r. voto que proferiu no julgamento do AGI 0-9464-4, para adotá-los ainda como razões de decidir:

> *"(...) Sabe-se que o transporte clandestino, por não ser objeto de licenciamento prévio, fica fora do controle estatal no que concerne às regras de segurança, comum o uso de veículos particulares velhos e sem qualquer manutenção para transportar passageiros e frequentes acidentes com vítimas envolvem passageiros transportados clandestinamente.*
> *(...).*
> *Conforme determina o §7º do supracitado artigo, o veículo apreendido nessa situação de clandestinidade somente poderá ser liberado após o pagamento das multas, preços públicos e demais encargos devidos ao Departamento Metropolitano de Transportes Urbanos - DMTU e Departamento de Trânsito do Distrito Federal - DETRAN/DF.*
> *Note-se que a sanção imposta pela norma distrital sob comento não se confunde com aquela imposta pelo Código de Trânsito Brasileiro, pois, enquanto esta lei federal estabelece as normas de trânsito e transporte, a Lei Distrital n.º 239/92 disciplina o transporte público coletivo no DF e o seu art. 28 define a forma de atuação do poder de polícia da Administração na fiscalização daquele serviço público, a fim de preservar a sua qualidade e a segurança da coletividade.*
> *Portanto, não há que se falar em antinomia entre a norma local e o CTB, nem mesmo em invasão da competência legislativa da União, já que o objeto da lei distrital é a organização do serviço de transporte coletivo do DF e o exercício do poder de polícia sobre os serviços delegados pela Administração local.*
> *Em arremate, oportuno registrar o posicionamento do Pretório Excelso, que, em caso análogo, reafirmou a constitucionalidade de lei do Estado do Rio de Janeiro que autorizava a apreensão de veículo que realizava transporte irregular de passageiros, verbis:*

EMENTA:
CONSTITUCIONAL. VEÍCULOS DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. LEI 3.756, DE 2002, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.
I. - Lei 3.756/2002, do Estado do Rio de Janeiro, que autoriza o Poder Executivo a apreender e desemplacar veículos de transporte coletivo de passageiros encontrados em situação irregular: constitucionalidade, porque a norma legal insere-se no poder de polícia do Estado. II. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (Grifamos - STF - ADI 2751/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 24/02/2006, p. 05)
.....
Nesses termos, após superada a discussão acerca da constitucionalidade da Lei Distrital n.º 239/92, entendo legítima a apreensão do veículo do impetrante flagrado realizando 'transporte pirata' na cidade, bem como a negativa de liberação do bem antes do adimplemento das multas e taxas incidentes.
Em conclusão, não houve qualquer irregularidade na apreensão do veículo do agravado; ao contrário, a atuação dos órgãos e agentes públicos do Distrito Federal constitui medida preventiva e repressiva no sentido de salvaguarda dos interesses da coletividade, especialmente a segurança dos usuários do sistema público de transporte."

Por oportuno, ressalto que a supremacia do interesse público configura um dos princípios básicos da Administração Pública, significando a sobreposição do interesse coletivo em face dos interesses individuais, pois constitui um pressuposto para o convívio social. Vale lembrar que esse princípio traz para a Administração alguns privilégios/prerrogativas.

Nesse sentido, o Poder Público, no exercício do poder de polícia, está autorizado, em nome do bem-estar social, a lavrar autos de infração, em razão do transporte remunerado de passageiros praticado em descompasso com as exigências legais. E, exercido o poder de polícia, o ato administrativo é autoexecutável.

Em conclusão, o ato administrativo questionado goza de presunção de legitimidade e veracidade, não havendo nos autos qualquer comprovação de ilegalidade da autuação impugnada, razão pela qual, improcede a pretensão anulatória.

Isso posto, conheço da apelação. Não conheço do agravo retido. Acolho, de ofício, a preliminar de ilegitimidade passiva do DETRAN/DF e julgo extinto o processo sem resolução do mérito quanto ao retrocitado réu, art. 267, inc. VI, do CPC. Dou provimento ao apelo para reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que arbitro em R$ 500,00, art. 20, § 4º, do CPC. Defiro a gratuidade da justiça por ele pleiteada (fl. 07), ante a comprovação de que não tem condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo da sua subsistência (fls. 11/2). Por isso, a condenação deverá remanescer sobrestada pelo prazo de cinco anos, conforme estabelece o art. 12 da Lei 1.060/50.

É o voto.

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito (Revisora) - Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação (fls. 129/139) em face da r. sentença de fls. 121/125. Na oportunidade, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido autoral, para declarar a insubsistência do auto de infração de apreensão de seu veículo particular por suposto transporte irregular de passageiros, ao fundamento de que a lei distrital que alberga a autuação invadiu a competência exclusiva da União para legislar a respeito de trânsito, reconhecendo, assim, sua inconstitucionalidade.

Inicialmente, a parte recorrente reitera o **agravo retido** interposto às fls. 43/46. Insurge-se contra o deferimento do pedido de liberação do veículo sem o pagamento da multa imposta.

Tenho que **a presente questão é afeta ao mérito**, oportunidade em que a apreciarei.

A questão posta cinge-se à verificação da legalidade da pena aplicada ao apelado.

Alinhando-me à jurisprudência assente na Corte Suprema, evolui do entendimento anteriormente perfilhado para entender como legítima a atuação legislativa do Distrito Federal para editar normas que visem à organização dos serviços de transporte público local.

No voto condutor da ADI 845, publicado em 07/03/2008, o Ministro relator elucidou a controvérsia de forma magistral no seguinte trecho:

> "(...)
> *Não há no texto constitucional expressa previsão em relação à competência para exploração de serviço de transporte intermunicipal.*

A Constituição cuidou apenas de dispor sobre a competência para explorar os transportes terrestres rodoviário interestadual e internacional de passageiros - privativa da União, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea 'e' - e para explorar o transporte coletivo no âmbito local - do Município, de acordo com o art. 30, inciso V. Daí a conclusão, ante o disposto no artigo 25, § 1º, de que a matéria é da competência dos Estados-membros."

Trago à colação o inteiro teor do aresto mencionado, assim como outros que ilustram o entendimento consolidado na Excelsa Corte:

"EMENTA:
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 224 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAPÁ. GARANTIA DE 'MEIA PASSAGEM' AO ESTUDANTE. TRANSPORTES COLETIVOS URBANOS RODOVIÁRIOS E AQUAVIÁRIOS MUNICIPAIS [ARTIGO 30, V, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E TRANSPORTES COLETIVOS URBANOS RODOVIÁRIOS E AQUAVIÁRIOS INTERMUNICIPAIS. SERVIÇO PÚBLICO E LIVRE INICIATIVA. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, CAPUT E INCISOS I E XXII, E 170, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.
1. A Constituição do Brasil estabelece, no que tange à repartição de competência entre os entes federados, que os assuntos de interesse local competem aos Municípios. Competência residual dos Estados-membros — matérias que não lhes foram vedadas pela Constituição, nem estiverem contidas entre as competências da União ou dos Municípios.
2. A competência para organizar serviços públicos de interesse local é municipal, entre os quais o de transporte coletivo [artigo 30, inciso V, da CB/88].
3. O preceito da Constituição amapaense que garante o direito a 'meia passagem' aos estudantes, nos transportes coletivos municipais, avança sobre a competência legislativa local.

4. A competência para legislar a propósito da prestação de serviços públicos de transporte intermunicipal é dos Estados-membros. Não há inconstitucionalidade no que toca ao benefício, concedido pela Constituição estadual, de 'meia passagem' aos estudantes nos transportes coletivos intermunicipais.
5. Os transportes coletivos de passageiros consubstanciam serviço público, área na qual o princípio da livre iniciativa (artigo 170, caput, da Constituição do Brasil) não se expressa como faculdade de criar e explorar atividade econômica a título privado. A prestação desses serviços pelo setor privado dá-se em regime de concessão ou permissão, observado o disposto no artigo 175 e seu parágrafo único da Constituição do Brasil. A lei estadual deve dispor sobre as condições dessa prestação, quando de serviços públicos da competência do Estado-membro se tratar.
6. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da conjunção aditiva 'e' e do vocábulo 'municipais', insertos no artigo 224 da Constituição do Estado do Amapá." (ADI 845, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe-041 PUBLIC 07-03-2008) grifei;
"A Companhia de Engenharia e Tráfego de Santos interpôs recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que manteve a decisão de 1ª instância no sentido de que a competência para legislar sobre matéria de trânsito é exclusiva da União e que, portanto, o Município de Santos 'extrapolou de sua competência, ao impor sanção sobre hipótese já regulada pela União, com sanção mais branda' [fls. 69].
A recorrente alega afronta ao disposto nos artigos 22 e 30 incisos I, II e V, da Constituição do Brasil.
O acórdão impugnado encontra-se em consonância com a jurisprudência deste Tribunal: 'EMENTA:
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 2º DO ARTIGO 229 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL. TRANSPORTE COLETIVO URBANO. ARTIGO 30, V DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. TRANSPORTE GRATUITO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. POLICIAIS CIVIS. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA.

1. Os Estados-membros são competentes para explorar e regulamentar a prestação de serviços de transporte intermunicipal.
2. Servidores públicos não têm direito adquirido a regime jurídico. Precedentes.
3. A prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios, não cabendo aos Estados-membros dispor a seu respeito.
4. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente [ADI n. 2349, de que fui relator, DJ de 14/10/2005]. Nego seguimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF.'" (RE 361002 / SP - SÃO PAULO. Relator(a): Min. EROS GRAU. DJ 15/05/2006);
"EMENTA:
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 2º DO ARTIGO 229 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL. TRANSPORTE COLETIVO URBANO. ARTIGO 30, V DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. TRANSPORTE GRATUITO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. POLICIAIS CIVIS. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA.
1. Os Estados-membros são competentes para explorar e regulamentar a prestação de serviços de transporte intermunicipal.
2. Servidores públicos não têm direito adquirido a regime jurídico. Precedentes.
3. ***A prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios****, não cabendo aos Estados-membros dispor a seu respeito.*
4. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente." (ADI 2349 / ES - ESPÍRITO SANTO. Relator(a): Min. EROS GRAU. Tribunal Pleno. DJ 14-10-2005).

Resta bem claro, portanto, que a competência privativa da União é a atinente aos transportes terrestres rodoviários interestaduais e internacionais de passageiros. Cabe aos Municípios organizar, inclusive normatizar, a prestação de

transporte coletivo urbano, porquanto serviço público de interesse local, e, aos Estados, a competência para a exploração de serviços de transporte intermunicipal, à míngua de previsão expressa na Constituição em relação a estes últimos (art. 25, §1º CF).

Nesse passo, ao organizar a prestação de serviços de transporte público local, instituindo inclusive normas disciplinares, o Distrito Federal se vale de competência que lhe confere a Constituição Federal (artigo 30, V), não invadindo a competência privativa da União Federal de que trata o artigo 22, XI.

Frise-se que, na atribuição de organizar a prestação do serviço de transporte público local, não se enquadra a definição ou elaboração de normas de trânsito e transporte, definidoras, por exemplo, de regras de segurança dos veículos. Entretanto, a organização da prestação desse serviço consubstancia-se, por exemplo, no estabelecimento dos objetivos do serviço, critérios da exploração por concessão ou permissão, determinação de cálculo de tarifas, definição de trajetos e rotas, constituição de órgãos fiscalizadores.

Com essas considerações, tenho que as penalidades estabelecidas no art. 28, da Lei Distrital nº 239/92, com as alterações dadas pela Lei Distrital nº 953/95, bem como do art. 18 desta, destinam-se respectivamente aos permissionários ou concessionários do serviço de transporte alternativo e aos do serviço de transporte coletivo, nos casos de violação das mencionadas leis reguladoras. Por conseguinte, não extrapolam os limites legislativos da Carta Magna, visto que têm natureza diversa das infrações de trânsito, cuja competência é privativa da União.

É de se ressaltar que, entendendo-se o CTB como norma instituidora de regras gerais sobre transporte coletivo interestadual e internacional, conforme já assentou o E. STF, a presença do art. 231, inciso VIII, no Código, não pode ser interpretada como obstáculo ao exercício da competência do Distrito Federal para legislar sobre Transporte Público Alternativo na esfera local, desde que essas normas específicas não se contraponham com as disposições previstas na norma geral.

A organização da prestação do serviço público de transporte coletivo local visa resguardar o interesse coletivo da população que o utiliza, porquanto inquestionável que a falta de regramento específico atentaria contra a segurança do sistema. Daí a necessidade de se coibir o transporte clandestino de passageiros e o respaldo constitucional a amparar sua normatização.

Dessa forma, ao editar a Lei Distrital nº 194/91 e Lei nº 239/92 - com as alterações trazidas pela Lei nº 953/95, Lei 2.208/98 e Lei 2534/2000 - o Distrito Federal atuou dentro dos limites da competência a ele conferida pela Constituição Federal.

No caso vertente, todavia, não há que se falar em aplicação da Lei Distrital nº 239/92.

Com efeito, o bem apreendido e multado, um veículo Fiat Palio, placa JHG 6695/DF (fl. 14), considerado um veículo de passeio, não ostenta as características hábeis a fraudar a operação de transporte coletivo, uma vez que o automóvel, com a forma que lhe é ínsita, não pode se fazer passar por permissionário do Serviço de Transporte Público Alternativo do DF.

Destarte, inaplicáveis à hipótese as normas insculpidas no artigo 28 da Lei Distrital nº 239/92 e seus decretos regulamentares.

Na espécie, considerando a inaplicabilidade da Lei Distrital nº 239/92, as únicas penalidades a serem cominadas em desfavor do apelado devem ser aquelas previstas no Código de Trânsito Brasileiro, o qual estabelece, em seu art. 231, VIII, pena de multa e medida administrativa de retenção do veículo àquele que efetuar transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim.

Ocorre que, mesmo que se cogite a infração do art. 231, VIII, do CTB, a autoridade que lavrou o auto (DFTRANS - fl. 14) não tem competência para aplicar essa penalidade.

Confira-se a jurisprudência desta Corte nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. ALICIAMENTO DE PASSAGEIROS PARA TRANSPORTE IRREGULAR. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 239/92, ALTERADA PELA LEI Nº 953/95, AFASTADA. VEÍCULO DE PASSEIO. INEXISTÊNCIA DE SUBSUNÇÃO LEGAL À HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 28 DA LEI DISTRITAL REFERIDA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.*
>
> *- A Lei Distrital nº 239/92, alterada pela Lei nº 953/95, ao regulamentar o sistema de transporte público coletivo do DF, não extrapolou sua competência; agiu tão somente dentro da competência legislativa que lhe era reservada pelo art. 30, V, interpretado conjuntamente com o art. 32, § 1º, ambos da Constituição Federal.*
>
> *- Para que ocorra fraude na operacionalização de transporte alternativo de passageiros, de modo a subsumir-se a hipótese ao art. 28 da Lei Distrital nº 239/92, mister a utilização de qualquer artifício*

malicioso a fim de que o veículo infrator aparente possuir a devida autorização para o transporte remunerado de passageiros, ludibriando não só o Poder Público como também os passageiros, sendo certo que veículos de passeio não se prestam a esse fim, seja porque não possuem as características exigíveis para fraudar a lei, seja porque a pessoa que paga para ser conduzida por esse tipo de automóvel tem a plena consciência de que está utilizando um transporte irregular.
- Impõe-se a anulação da multa cominada pelo DFTRANS ao particular condutor de veículo de passeio se constatado que tal penalidade teve por fundamento o art. 28 da aludida Lei Distrital, porquanto inaplicável essa legislação à espécie. Recurso improvido. Unânime." (20080110643417APC, Relator OTÁVIO AUGUSTO, 6ª Turma Cível, julgado em 16/09/2009, DJ 30/09/2009 p. 89) grifei;
"ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE CONHECIMENTO. NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. VEÍCULO DE PASSEIO. NÃO SUBSUNÇÃO À LEI DISTRITAL Nº 239/92.
I - Automóvel de passeio é espécie de veículo que não possui as características necessárias para subsunção ao art. 28 da Lei Distrital nº 239/92.
II - O enquadramento da conduta de motorista no art. 231, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro (transporte remunerado não autorizado) se encontra no campo de ação do poder de polícia dos agentes do DETRAN/DF, não do DFTRANS.
III - Negou-se provimento ao recurso." (20090110829580APC, Relator JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, julgado em 09/06/2010, DJ 24/06/2010 p. 120) Ng

Assim, *in casu*, o debate acerca da eventual ocorrência ou não de transporte remunerado de passageiros pelo carro de passeio se mostra inútil, porquanto, conforme aludido acima, mesmo que se cogite a ocorrência da infração do art. 231, VIII, do CTB, a autoridade que lavrou o auto (DFTRANS) não tem competência para aplicar essa penalidade.

Nesse toar, ainda que por outros fundamentos, o resultado final é sempre o mesmo, a nulidade do auto de infração. Logo, a sentença que desconstituiu o auto de infração merece ser mantida.

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao agravo retido de fls. 43/46 e à apelação interposta.

É como voto.

Des. José Divino (Vogal) - Com a Revisora.

DECISÃO

Negou-se provimento ao agravo retido e à apelação, maioria. Redigirá o acórdão a Revisora.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009011016817-5

Apelante - SINDMÉDICO/DF- Sindicato dos Médicos do Distrito Federal
Apelado - Distrito Federal
Relator - Des. Angelo Passareli
Quinta Turma Cível

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONDIÇÕES INSALUBRES. CONVERSÃO DE TEMPO TRABALHADO. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. DIFERENÇAS PECUNIÁRIAS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 85 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RESTRIÇÃO DA PRETENSÃO ÀS PRESTAÇÕES VENCIDAS NO QUINQUÍDIO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. REGIME CELETISTA. CONVERSÃO DEFERIDA. DIREITO ADQUIRIDO. REGIME ESTATUTÁRIO. CONVERSÃO DEFERIDA. PRECEDENTES DO STF. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1 - A contagem do prazo prescricional deve iniciar-se com o indeferimento administrativo do pedido de conversão do tempo trabalhado em condições especiais em tempo comum, pois não há norma que obrigue o trabalhador a requerer administrativamente ou pela via judicial, a cada quinquênio trabalhado em condições especiais, sua conversão em tempo comum. Prescrição do fundo de direito inocorrente.

2 - O tempo de serviço deve ser regido pela legislação vigente no período em que foi prestado, restando o direito à conversão do tempo trabalhado em condições insalubres em tempo comum incorporado ao patrimônio jurídico daqueles que estiveram submetidos às normas da Consolidação das Leis do Trabalho antes de serem transpostos para o Regime Jurídico Único.

3 - Haja vista a previsão constitucional de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria de servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, bem assim em face de precedentes do STF, em que se assegurou, em face da mora acentuada do legislador, o direito à contagem especial do tempo trabalhado sob condições insalubres no regime estatutário, defere-se a contagem especial mediante a aplicação subsidiária do artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. Apelação Cível provida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Angelo Passareli - Relator, João Egmont - Revisor, Lecir Manoel da Luz - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Lecir Manoel da Luz, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Dar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta por **SINDIMÉDICOS/DF-SINDICATO DOS MÉDICOS DO DISTRITO FEDERAL** contra a r. sentença de fls. 243/249, oriunda do Juízo de Direito da Sexta Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, proferida nos autos da Ação de Conhecimento ajuizada pelo Apelante contra o **DISTRITO FEDERAL**, visando à contagem de tempo de serviço trabalhado sob condições insalubres por seus substituídos, procedendo-se à sua conversão, bem assim à revisão de aposentadorias, transformando-as de proporcionais em integrais, com o pagamento das diferenças remuneratórias respectivas.

Em sentença anteriormente proferida nos autos (fls. 172/179), fora acolhida parcialmente a preliminar de incompetência absoluta do Juízo levantada pelo Réu, ao fundamento de que o pedido relativo ao período em que os substituídos trabalharam sob o regime da Consolidação das Leis Trabalhistas haveria de ser julgado perante a Justiça Trabalhista, competindo ao Juízo sentenciante tão

somente a apreciação da parte do pedido relativa ao tempo em que os substituídos permaneceram sob o regime estatutário, a qual restou julgada improcedente, ao fundamento de falta de norma a abrigar a pretensão deduzida.

Quanto a tal julgado fora interposta a Apelação Cível de fls. 182/189, na qual o Autor sustentou que a pretensão manejada na inicial não se vinculava à relação de emprego, haja vista que pretendia, apenas, obter a correta aposentação de seus substituídos, de maneira a contemplar a contagem diferenciada do tempo trabalhado sob condições insalubres antes da conversão do regime, o que afastaria a competência da Justiça Trabalhista, haja vista ter o pedido natureza previdenciária.

Ao apreciar o aludido recurso, em que a pretensão recursal, frise-se, cingia-se ao reconhecimento do direito à contagem especial do tempo de serviço prestado sob condições insalubres quando da submissão ao regime celetista, este mesmo órgão fracionário deu-lhe provimento, cassando a sentença objurgada.

Devolvidos os autos ao Juízo de origem, fora proferida nova sentença, na qual foram reproduzidos os fundamentos já antes adotados para rejeitar a preliminar de incompetência do Juízo para apreciar o pedido relativo ao tempo trabalhado sob o regime estatutário. Foi, por outro lado, acatada a preliminar de coisa julgada quanto aos substituídos que integraram o polo ativo da anterior ação que tramitou perante a Segunda Vara de Fazenda Pública do DF, bem assim acolhida a preliminar de falta de interesse de agir quanto aos substituídos que já se encontram aposentados com proventos integrais.

Reconheceu-se, ademais, a prescrição quanto aos pedidos de revisão de aposentadoria e de pagamento de diferenças decorrentes de sua conversão de proporcional para integral no que diz respeito ao período anterior aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação.

No mérito propriamente dito, os pedidos foram julgados improcedentes.

O Autor, irresignado, interpôs nova Apelação (fls. 256/267).

Afirma que o julgado contrapõe-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que vem se estampando precedentes nos quais se reconhece a contagem especial do tempo trabalhado sob condições insalubres tanto do período celetista quanto do estatutário, com fundamento na aplicação analógica do artigo 57 da Lei 8.213/91, diante da mora do legislador em regulamentar o artigo 40, § 4º, da Carta Magna por muitos anos.

Assevera que a sentença incorreu em violação aos artigos 4º do Decreto-Lei 4.657/42 (LICC), 126 do CPC e 37, *caput*, da Constituição Federal da República, os quais prequestiona.

Postula o provimento do recurso, para que seja reformada a sentença, reconhecendo-se o direito à contagem especial do tempo trabalhado sob condições insalubres em ambos os regimes, condenando-se o Apelado ao pagamento das diferenças devidas a cada substituído.

Preparo regular à fl. 254.

Contrarrazões às fls. 286/291, em que o Apelado sustenta, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Comum do DF para a apreciação da matéria quanto ao período trabalhado sob o regime celetista, nos termos do Enunciado 97 da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Invocando os artigos 1º e 2º do Decreto 20.910/32, aludiu, também, à prescrição da pretensão, uma vez que a mudança dos substituídos do regime celetista para o estatutário ocorreu em agosto de 1990, vindo a ação a ser ajuizada apenas em janeiro de 2006, portanto mais de quinze anos após o fato gerador do direito, situação que, à vista do entendimento sufragado no seio do STJ no sentido de que se não foi requerido o reenquadramento no tempo certo após a mudança do regime, prescrito está o próprio fundo de direito.

No mérito, afirma que, não editada até o presente momento a Lei complementar aludida no art. 40, §1º, do CF, não há como prosperar a pretensão deduzida na inicial.

Frisa que a Consolidação das Leis da Previdência Social contém expressa vedação à sua aplicação a servidores públicos, a qual deverá ser regida pela Lei 8.112/90 e leis complementares.

Ressalta que se encontra assentado na jurisprudência pátria a inexistência de direito adquirido a regime jurídico.

Propugna o desprovimento do recurso em apreciação, mantendo a sentença como lançada.

É o relatório.

VOTOS

Des. Angelo Passareli (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da Apelação Cível.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo SINDICATO DOS MÉDICOS DO DISTRITO FEDERAL, visando à reforma da sentença de fls. 243/249, na qual restou julgado improcedente o pedido dos Apelantes de conversão do tempo de serviço trabalhado em condições insalubres em tempo comum em ambos os regimes.

A preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum do DF para apreciação da controvérsia, levantada pelo Apelado em contrarrazões, há de ser repelida de plano, haja vista a matéria já ter sido objeto de expressa manifestação desta Corte de Justiça, sendo, assim, objeto de coisa julgada proveniente da apreciação da Apelação Cível 2006.01.1.008107-0, interposta de sentença anteriormente proferida nos autos (fls. 172/179), cuja ementa restou lançada com a seguinte redação, *in verbis*:

> "***ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS DISTRITAIS. COMPETÊNCIA. CONTAGEM ESPECIAL DE TEMPO DE SERVIÇO. SERVIÇO INSALUBRE PRESTADO SOB REGIME CELETISTA.***
> ***1. A pretensão para contagem especial de tempo de serviço para aposentadoria de servidor público distrital não envolve temas atinentes a relação de trabalho, tampouco repercute na esfera de interesse do INSS.***
> ***2. É da competência da Justiça Comum o julgamento do pedido de servidores públicos distritais que pretendem a contagem especial de tempo de serviço exercido em condições insalubres durante o período celetista e estatutário.***
> ***3. Cassação da sentença.***" *(20060110081070APC, Relator HECTOR VALVERDE SANTANA, 5ª Turma Cível, julgado em 11/06/2008, DJ 17/07/2008 p. 54)*

Rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Comum.

No que toca à prescrição do fundo de direito, aventada em contrarrazões, a despeito da perspectiva de *reformatio in pejus*, por tratar-se de matéria cuja apreciação, nos termos do permissivo legal alocado no art. 219, § 5º, do CPC, há de se dar de ofício, passo a analise respectiva.

Vê-se que a pleiteada recontagem do tempo de trabalho em condições insalubres, com sua consequente conversão, mediante fator de acréscimo,

destina-se a ser aproveitada no momento em que se encontrem implementados os requisitos necessários à postulação da aposentadoria, quando, então, a contagem diferenciada prestar-se-á à integração do tempo de serviço necessário à concessão da aposentação.

Dessa maneira, conclui-se que a utilidade da conversão pleiteada está atrelada à proximidade com a integração dos demais elementos que autorizam o requerimento de aposentadoria.

Não havendo norma que obrigue o trabalhador a requerer, de maneira administrativa ou pela via judicial, a cada quinquênio trabalhado em condições especiais, sua conversão em tempo comum, a contagem do prazo prescricional deve iniciar-se com o indeferimento administrativo do pedido de conversão do tempo trabalhado em condições especiais, pelo que não resta comprovada nos autos a ocorrência de prescrição.

Ademais, já foi proclamado por esta Corte de Justiça que a ação em que se deduz a pretensão de contagem de tempo de serviço constitui-se em declaratória pura, não se submetendo a prazo prescricional, conforme precedentes que adiante colaciono, *in verbis*:

> *"**PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE. CONDIÇÕES INSALUBRES. RECONHECIMENTO DO DIREITO À CONTAGEM ESPECIAL DO TEMPO DE SERVIÇO. PERÍODO CELETISTA E ESTATUTÁRIO. ART. 40, § 4º, DA CF/88. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO.***
>
> *1 - Deve ser afastada a preliminar de incompetência absoluta, tendo em vista que a Justiça Comum é competente para processar e julgar as causas que versem sobre a conversão do tempo de serviço prestado em condições insalubres antes do regime estatutário em tempo especial para fins de aposentadoria, porquanto se trata de matéria de natureza eminentemente previdenciária.*
>
> *2 - O pedido de conversão do tempo de serviço especial é matéria que não está sujeita aos efeitos da prescrição.*
>
> *3 - Em respeito ao direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles*

servidores que trabalham em condições especiais - que prejudicam a saúde ou a integridade física - deve ser estendido ao período estatutário o direito dos autores à contagem especial do tempo de contribuição em condições insalubres, nos termos do artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. Precedentes do STF.
4 - Apelação dos autores provida. Recurso voluntário do réu e Remessa Oficial não providos."
(20040110514185APC, Relator CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 19/08/2010, DJ 02/09/2010 p. 91)

"***CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA. SERVIDOR PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. RECONHECIMENTO DO DIREITO À CONTAGEM ESPECIAL DO TEMPO DE SERVIÇO. CONDIÇÕES INSALUBRES. PREJUDICIAL. PRESCRIÇÃO. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ART. 40 DA CF/88. AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE.***
I - As ações que visam o reconhecimento do direito à obtenção da contagem especial de tempo de serviço para fins de aposentadoria constituem-se em ações declaratórias puras, sendo, portanto, imprescritíveis.
II - Compete à Justiça Comum o processamento e o julgamento de ação proposta por servidor público estatutário, com o objetivo de ver reconhecido e averbado o tempo de serviço prestado sob regime celetista em condições insalubres, para fins de contagem de tempo de serviço.
III - Os Tribunais Superiores admitem a aplicação de regras sobre insalubridade editadas para o âmbito privado às aposentadorias de servidores públicos que trabalham nas mesmas condições.
IV - Deu-se provimento ao recurso das autoras e negou-se provimento à apelação do Distrito Federal e à remessa oficial."
(20060110194779APC, Relator JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, julgado em 30/09/2009, DJ 28/10/2009 p. 85)

Afasto a preliminar de prescrição do fundo de direito.

No caso dos substituídos já aposentados, entretanto, a recontagem especial destina-se a acrescer tempo de trabalho a seus registros, de maneira a possibilitar incremento remuneratório a decorrer da eventual transformação da aposentadoria proporcional em integral, com geração de efeitos financeiros que se submetem ao previsto no Enunciado 85 da Súmula de Jurisprudência do STJ, haja vista a natureza de vantagem pecuniária do direito pleiteado.

Nesse sentido, transcrevo precedente de precedente do C. STJ, *in verbis*:

> *"**PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL EX-CELETISTA. CONTAGEM TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE INSALUBRE.***
> ***POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 85/STJ.***
> ***I - Em se tratando de ação proposta com o fito de obter revisão de benefício previdenciário, relação de trato sucessivo e natureza alimentar, a prescrição que incide é aquela prevista na Súmula 85/STJ: "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.". Inocorrência da chamada prescrição do fundo de direito.***
> *II - O servidor público ex-celetista tem direito a que seja averbado em sua ficha funcional o tempo de serviço que prestara no regime anterior, em condições nocivas à saúde, com o acréscimo legal decorrente da insalubridade. Precedentes.*
> ***Agravo regimental desprovido.**"*
> *(AgRg no Ag 811.015/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 06/08/2007 p. 649)*

Portanto, a sentença revela-se acertada no que toca ao reconhecimento da prescrição quanto aos pedidos de revisão de aposentadoria e de pagamento de diferenças decorrentes de sua conversão de proporcional para integral.

Passo à análise do mérito propriamente dito, iniciando pela apreciação do pedido de conversão do tempo trabalhado até o advento da Lei Distrital n.º 197/91, que promoveu a transposição dos servidores da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Distrito Federal para o Regime Jurídico Único.

É certo que os substituídos do Apelante, até o dia em que passaram a ser regidos pelo Regime Jurídico Único, encontravam-se submetidos às condições da Consolidação das Leis de Trabalho, mediante relação de emprego decorrente de contrato de trabalho firmado entre as partes.

A contagem de tempo especial, decorrente de condições insalubres de trabalho por servidores públicos regidos pela CLT, encontra amparo legal na Lei 3.807/60, regulamentada pelo Decreto 53.831/64 e 5.890/73, que assim dispõem:

> *Lei 3.807/60 - Art. 31*
>
> *A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.*
> *§ 1º A aposentadoria especial consistirá numa renda mensal calculada na forma do § 4º do art. 27, aplicando-se-lhe, outrossim o disposto no § 1º do art. 20.*
>
> *Decreto 53.831/64*
>
> *Art 1º A Aposentadoria Especial, a que se refere o art. 31 da Lei 3.807, de 26 de agôsto de 1960, será concedida ao segurado que exerça ou tenha exercido atividade profissional em serviços considerados insalubres, perigosos ou penosos nos têrmos dêste decreto.*
> *Art 2º Para os efeitos da concessão da Aposentadoria Especial, serão considerados serviços insalubres, perigosos ou penosos, os constantes do Quadro Anexo em que se estabelece também a correspondência com os prazos referido no art. 31 da citada Lei.*
> *Art 3º A concessão do benefício de que trata êste decreto dependerá de comprovação pelo segurado efetuado na forma prescrita pelo*

art. 60, do Regulamento Geral da Previdência Social, perante o Instituto de Aposentadoria e Pensões a que estiver filiado do tempo de trabalho permanente e habitualmente prestado no serviço ou serviços, considerados insalubres, perigosos ou penosos, durante o prazo mínimo fixado.
Art 4º Os institutos de Aposentadoria e Pensões enviarão semestralmente à Divisão de Higiene e Segurança do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Previdência Social na forma do modêlo a ser apresentado por essa Divisão relação das emprêsas que empregavam os segurados, a que tenha sido concedida aposentadoria especial.

Lei 5.890/73

Art 9º A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 5 (cinco) anos de contribuição, tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por decreto do Poder Executivo.
§ 1º A aposentadoria especial consistirá numa renda mensal calculada na forma do 1º do artigo 6º, desta lei, aplicando-se-lhe ainda o disposto no § 3º, do artigo 10.

Os substituídos do Apelante trabalharam sob condições insalubres desde sua admissão na extinta Fundação Hospitalar do DF, tanto que faziam jus ao recebimento do respectivo adicional, o qual era devido, nos termos da Lei, aos indivíduos que estivessem expostos a agentes nocivos, sendo despicienda a comprovação da nocividade por laudo técnico, que passou a ser exigida no § 4º do art. 57 e §§ 1º e 2º do artigo 58 da Lei 8.213/91, este na redação da Lei 9.732/98, pois tal exigência representa critério restritivo aplicável somente às situações ocorridas sob sua vigência, não podendo ser usado, retroativamente, para prejudicar direitos já consolidados sob o manto da legislação então em vigor.

Trabalhando em condições insalubres na época em que ainda estavam submetidos às regras aplicáveis ao Regime Geral da Previdência Social, nos termos da legislação antes transcrita, que expressamente assegura a aposentadoria especial aos trabalhadores submetidos a condições que atentem contra sua

saúde, permitindo também a conversão do tempo trabalhado naquelas condições prejudiciais em tempo comum, fazem jus à transformação do tempo pleiteada, já que a Constituição Federal assegura a soma do tempo estatutário com o celetista e a Lei 8.112/90 assegurou o cômputo do tempo de serviço anterior à sua edição, conforme disposição contida em seu artigo 100:

> *"É contado para todos os efeitos o tempo de serviço público federal, inclusive o prestado às Forças Armadas."*

A contagem deve se dar a partir dos critérios que vigiam na época em que estavam submetidos à CLT, em face da incorporação ao patrimônio jurídico dos substituídos do direito de contagem especial com utilização dos fatores de conversão especiais.

Como já dito, a posterior alteração do regime jurídico não pode representar perda de direitos constituídos sob o império de normas que lhe asseguravam tal garantia, em respeito ao direito adquirido previsto na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXXVI, da CF).

Nesse sentido, colaciono arestos desta Corte:

> ***"ADMINISTRATIVO - SERVIDOR EX-CELETISTA - APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA - DIREITO ADQUIRIDO À CONTAGEM DE TEMPO ESPECIAL - ATIVIDADE INSALUBRE QUANDO CELETISTA - POSSIBILIDADE - PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE FUNDO REPELIDA - ACOLHIDA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.***
>
> ***1. Se o servidor obtém aposentadoria voluntária, que lhe é concedida com proventos proporcionais ao tempo de serviço - prestado como celetista e estatutário -, e vem a juízo postular o reconhecimento de tempo especial de serviço no regime anterior celetista - a lhe dar condições de perceber os proventos integrais -, não está a discutir o fundo de seu direito à aposentadoria, mas sim a reclamar o legítimo reconhecimento de direito já incorporado no seu patrimônio jurídico.***

2. Como a percepção de proventos tem a natureza induvidosa de relação jurídica de trato sucessivo, recepciona a incidência da regra estabelecida pelo e. STJ, em sua Súmula 85, estando abrangidos pela prescrição somente os proventos mensais vencidos há mais de cinco anos da propositura da ação.
3. O servidor que se encontrava sob a égide do regime celetista quando da implantação do Regime Jurídico Único tem direito adquirido a averbação do tempo de serviço prestado em condições de insalubridade, na forma da legislação anterior.
4. Se o servidor, com a contagem ponderada do tempo de serviço prestado sob condições insalubres, possuía tempo suficiente à sua aposentadoria com proventos integrais, assim deve ser contemplado.
5. Recurso conhecido, com o parcial acolhimento da prescrição arguida e mantença, no mais, da sentença recorrida."
(20030111155723APC, Relator BENITO TIEZZI, 3ª Turma Cível, julgado em 19/09/2005, DJ 29/11/2005 p. 422) grifei

"AÇÃO ORDINÁRIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO À CONTAGEM ESPECIAL DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES INSALUBRES. SERVIDOR PÚBLICO EX-CELETISTA. COMPETÊNCIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INOCORRÊNCIA.
- É da competência da justiça comum a ação de servidores públicos distritais ex-celetistas que pretendem contagem de tempo de serviço, para fins de aposentadoria especial, prestado em condições insalubres.
- Não se aplica a prescrição qüinqüenal para a propositura de ação que, ajuizada contra a Fazenda Pública, objetiva discutir a contagem do tempo de serviço para fins de aposentadoria.
- Os antigos servidores celetistas estão protegidos pela garantia do direito adquirido, porquanto tiveram, com a conversão para o regime único, incorporados ao seu patrimônio jurídico o direito de averbar o tempo de serviço laborado em condições insalubres, na forma da legislação anterior.
- Recurso provido. "Maioria."

(20060110016817APC, Relator OTÁVIO AUGUSTO, 6ª Turma Cível, julgado em 30/05/2007, DJ 28/06/2007 p. 120) grifei

O Superior Tribunal de Justiça, de igual maneira, vem reafirmando a mesma compreensão acerca do tema, a qual resta estampada em julgados daquela Corte de Justiça que colaciono, *in verbis*:

"***AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ATIVIDADE INSALUBRE EXERCIDA NO REGIME CELETISTA. PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO À ÉPOCA VIGENTE. CONVERSÃO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. REGIME ESTATUTÁRIO. NECESSIDADE DE LEI. PRECEDENTES DO STJ E STF.***

1. A questão relativa à ocorrência de prescrição, aventada pelo Distrito Federal nas contrarrazões ao recurso especial, não foi debatida no acórdão recorrido, tampouco foi objeto dos embargos declaratórios opostos. Súmula n.º 211/STJ.

2. A pretensão de converter o tempo de serviço prestado em atividades insalubres em tempo de serviço especial para fins de aposentadoria estatutária, denotando sua natureza eminentemente previdenciária, que afasta a competência da Justiça obreira.

3. O servidor público, ex-celetista, que exerceu atividade perigosa, insalubre ou penosa, assim considerada em lei vigente à época, tem direito adquirido à contagem de tempo de serviço com o devido acréscimo legal, para fins de aposentadoria estatutária.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 799.771/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2008, DJe 07/04/2008) grifei

"***RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CELETISTA. ATIVIDADE***

INSALUBRE. CONVERSÃO DE REGIME. TEMPO DE SERVIÇO. CONTAGEM ESPECIAL.

1. Os funcionários públicos federais celetistas, que trabalhavam em condições consideradas insalubres antes da conversão do vínculo em estatutário, possuem direito à contagem especial de tempo de serviço prestado nessa situação, nos termos da legislação vigente à época.

2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso especial conhecido e improvido."

(REsp 494.458/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09.11.2006, DJ 04.12.2006 p. 386)

"*AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. SERVIÇO PRESTADO COMO CELETISTA ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA LEI Nº 8.112/90. CONVERSÃO. POSSIBILIDADE. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO À INICIATIVA PRIVADA. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. PROVIMENTO NEGADO.*

1. Este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que o servidor público, ex-celetista, que exerceu atividade perigosa, insalubre ou penosa, assim considerada em lei vigente à época, tem direito adquirido à contagem de tempo de serviço com o devido acréscimo legal. Precedentes.(REsp 733978 / PB).

(...).

3. Decisão monocrática confirmada, agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no REsp 530.125/PB, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 14.02.2006, DJ 06.03.2006 p. 463)

O Supremo Tribunal Federal também se manifestou acerca do tema de maneira semelhante, confira-se:

> *"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. TEMPO DE SERVIÇO. CONTAGEM. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM CELETISTA. PRECEDENTES. A decisão agravada não diverge da pacífica jurisprudência desta Casa de Justiça, de que 'o direito à contagem do tempo de serviço público federal prestado por celetista, antes de sua transformação em estatutário, se incorpora ao seu patrimônio jurídico para todos os efeitos: comprovado o exercício de atividade considerada insalubre, perigosa ou penosa, pela legislação à época aplicável, possui o servidor o direito à contagem especial deste tempo de serviço' (RE 440.648, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence). Nesse mesmo sentido, foram proferidas as seguintes decisões: RE 401.367, Relator a Ministra Ellen Gracie; RE 436.929, Relator o Ministro Gilmar Mendes; RE 446.462, Relator o Ministro Cezar Peluso; e RE 461.977, Relator o Ministro Celso de Mello. De outra parte, anoto que as demais alegações da parte agravante não foram objeto de discussão no Tribunal de origem, nem mesmo por meio das razões do apelo extremo. É dizer: trata-se de inovação insuscetível de ser apreciada em sede de agravo regimental. Precedente: AI 493.214-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Ante o exposto, ausentes as irregularidades apontadas, nego provimento ao agravo regimental."*
> *(RE 474450 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 16/05/2006, DJ 29-09-2006 PP-00044 EMENT VOL-02249-12 PP-02197)*

Passo à análise do pedido no que diz respeito ao período em que os substituídos trabalharam submetidos às condições do Regime Jurídico Único, iniciando pela transcrição da moldura legal que enfeixa a matéria.

O § 4º do artigo 40 da Carta Magna assim dispõe:

> *"§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:*
> *I - portadores de deficiência;*
> *II - que exerçam atividades de risco;*
> *III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física."*

A Lei 8.112/90, por sua vez, quanto à aposentadoria de servidores que exerçam atividades consideradas insalubres, preconiza:

> *"Art.186. O servidor será aposentado:*
> *§ 2 - Nos casos de exercício de atividades consideradas insalubres ou perigosas, bem como nas hipóteses previstas no art. 71, a aposentadoria de que trata o inciso III, 'a' e 'c', observará o disposto em lei específica."*

Constata-se do exposto, que não obstante haja alusão à adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria a servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições que prejudiquem a saúde, ressente-se o ordenamento jurídico pátrio de regulamentação específica acerca do tema, o que norteou, em inúmeros julgados, outrora, os Magistrados a indeferirem os pedidos de servidores públicos, submetidos a condições insalubres, de contagem especial do tempo trabalhado, em respeito ao princípio da legalidade.

Entretanto, diante da inação do legislador por longos anos na confecção do regramento próprio para aposentadoria especial do servidor público estatutário, o C. Supremo Tribunal Federal veio a manifestar-se acerca da matéria em sede de Mandado de Injunção, ocasião em que proclamou a aplicabilidade aos casos que tais da legislação atinente aos trabalhadores em geral, mormente do artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91, conforme precedentes que adiante colaciono, *in verbis*:

> *"**MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerro-***

gativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91."

(MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142)

"***MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.***"

(MI 758, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-01 PP-00037 RDECTRAB v. 15, n. 174, 2009, p. 157-167)

Nesse mesmo sentido, o entendimento desta E. Corte de Justiça, *in verbis:*

> *"**PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE. CONDIÇÕES INSALUBRES. RECONHECIMENTO DO DIREITO À CONTAGEM ESPECIAL DO TEMPO DE SERVIÇO. PERÍODO CELETISTA E ESTATUTÁRIO. ART. 40, §4º, DA CF/88. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO. 1 - Deve ser afastada a preliminar de incompetência absoluta, tendo em vista que a Justiça Comum é competente para processar e julgar as causas que versem sobre a conversão do tempo de serviço prestado em condições insalubres antes do regime estatutário em tempo especial para fins de aposentadoria, porquanto se trata de matéria de natureza eminentemente previdenciária.***
>
> ***2 - O pedido de conversão do tempo de serviço especial é matéria que não está sujeita aos efeitos da prescrição.***
>
> *3 - Em respeito ao direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles servidores que trabalham em condições especiais - que prejudicam a saúde ou a integridade física - deve ser estendido ao período estatutário o direito dos autores à contagem especial do tempo de contribuição em condições insalubres, nos termos do artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. Precedentes do STF.*
>
> ***4 - Apelação dos autores provida. Recurso voluntário do réu e Remessa Oficial não providos.**"*
>
> *(20040110514185APC, Relator CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 19/08/2010, DJ 02/09/2010 p. 91)*

> *"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA. SERVIDOR PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. RECONHECIMENTO DO DIREITO À CONTAGEM ESPECIAL DO TEMPO DE SERVIÇO. CONDIÇÕES INSALUBRES. PREJUDICIAL. PRESCRIÇÃO. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ART. 40 DA CF/88. AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE.*
>
> ***I - As ações que visam o reconhecimento do direito à obtenção da contagem especial de tempo de serviço para fins de aposentadoria constituem-se em ações declaratórias puras, sendo, portanto, imprescritíveis.***
>
> ***II - Compete à Justiça Comum o processamento e o julgamento de ação proposta por servidor público estatutário, com o objetivo de ver reconhecido e averbado o tempo de serviço prestado sob regime celetista em condições insalubres, para fins de contagem de tempo de serviço.***
>
> ***III - Os Tribunais Superiores admitem a aplicação de regras sobre insalubridade editadas para o âmbito privado às aposentadorias de servidores públicos que trabalham nas mesmas condições.***
>
> ***IV - Deu-se provimento ao recurso das autoras e negou-se provimento à apelação do Distrito Federal e à remessa oficial.***" *(20060110194779APC, Relator JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, julgado em 30/09/2009, DJ 28/10/2009 p. 85)*

À luz de tal quadro, compreendo que a legislação atinente aos trabalhadores em geral deva ser aplicada de maneira subsidiária ao caso concreto para proceder à contagem especial do tempo de serviço prestado pelos substituídos do Autor em condições insalubres.

Com essas considerações, **dou provimento** ao recurso de Apelação interposto por SINDIMÉDICOS/DF-SINDICATO DOS MÉDICOS DO DISTRITO FEDERAL para determinar ao Apelado que proceda à conversão do tempo trabalhado pelos substituídos em condições insalubres, sob a regência da Consolidação das Leis do Trabalho, em tempo comum, utilizando fatores de

conversão, consoante legislação previdenciária da época, desde a data de admissão de cada um na Secretaria de Saúde do Distrito Federal, mediante realização de contrato de trabalho, até a data da transposição para o Regime Estatutário.

Haja vista a previsão constitucional de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria de servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, bem assim em face dos precedentes de jurisprudência acima colacionados, em que se assegurou que a mora acentuada do legislador não pode obstar o exercício do direito ora pleiteado pelo Apelante, determino, outrossim, ao Apelado, que proceda à contagem especial do tempo trabalhado pelos substituídos sob condições insalubres no regime estatutário, nos termos do artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

O implemento do direito ora assegurado advirá de requerimento administrativo de cada substituído, valendo-se do presente comando judicial, ou de manejo de procedimento judicial pertinente, haja vista a peculiaridade da situação jurídica de cada substituído contemplado com a presente decisão.

As eventuais diferenças decorrentes de revisão ou conversão de aposentadoria, relativas a períodos anteriores ao quinquênio antecedente ao ajuizamento da ação, não poderão ser exigidas em face do reconhecimento de sua prescrição reconhecida em sentença e inalterada na presente ocasião.

Ressalve-se, por fim, ainda que não haja sido objeto de impugnação no presente recurso, que fica mantida a sentença na parte em que acatou a preliminar de coisa julgada quanto aos substituídos que integraram o polo ativo da anterior ação que tramitou perante a Segunda Vara de Fazenda Pública do DF, bem assim naquela em que foi acolhida a preliminar de falta de interesse de agir quanto aos substituídos que já se encontram aposentados com proventos integrais.

Ficam invertidos os encargos da sucumbência.

É como voto.

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

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

DECISÃO

Conhecer. Dar provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009011017851-6

Apelante - A. G. M.
Apelado - S. H. Q.
Relator - Des. Cruz Macedo
Quarta Turma Cível

EMENTA

CIVIL. FAMÍLIA. SOBREPARTILHA. MEAÇÃO DE VERBAS PROVENIENTES DE INDENIZAÇÃO TRABALHISTA. COMUNHÃO UNIVERSAL. PRESCRIÇÃO. INCOMUNICABILIDADE. PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL DE CADA CÔNJUGE. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. SENTENÇA REFORMADA.

1. Iniciada a contagem do prazo prescricional estabelecido pelo CC/1916, e havendo transcorrido menos da metade deste quando da entrada em vigor do Novo Código Civil, há de se iniciar novo cômputo a partir da vigência deste último, 11 de janeiro de 2003, devendo ser desprezado o tempo anteriormente decorrido.

2. Ainda que a ação trabalhista tenha sido ajuizada na constância do matrimônio, os créditos a serem recebidos pela Apelante são incomunicáveis ao cônjuge varão, no regime de comunhão universal de bens, em virtude de expressa exclusão legal, seja a partir do CC/1916 (art. 263, inciso XIII - "são excluídos da comunhão os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos"), seja à luz do CCB/2002 (art. 1.659, VI - "são excluídos da comunhão os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge", aplicável à espécie por determinação do artigo 1.668, inciso V, do mesmo diploma legal.

3. Preliminares rejeitadas. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Cruz Macedo - Relator, Fernando Habibe - Revisor, Antoninho Lopes - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Fernando Habibe, em proferir a seguinte decisão: negar provimento ao agravo retido, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 3 de novembro de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por A. G. M. em face da r. sentença proferida pelo Juízo da Quarta Vara de Família da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília (fls. 315/321) que, nos autos da ação de sobrepartilha ajuizada por S. H. Q., julgou procedentes os pedidos para o fim de determinar a meação das verbas indenizatórias auferidas pela Ré na ação trabalhista noticiada nos autos, após descontadas as verbas compulsórias, inclusive eventuais honorários advocatícios, extinguindo o feito com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC. Determinou ainda a sentença que o valor a ser partilhado, bem como o quinhão de cada um dos ex-cônjuges. será apurado em fase de liquidação de sentença.

Em suas razões (fls. 333/354), requer preliminarmente a Apelante o conhecimento do agravo retido interposto em virtude do alegado cerceamento de defesa. Aduz que o Apelado renunciou a qualquer direito proveniente da ação trabalhista e, para comprovar o ajustado, a Apelante formulou na defesa pedido de produção de prova oral, o que chegou a ser deferido, inclusive com a expedição de carta precatória. Alega, entretanto, que já na audiência de conciliação o Juiz *a quo* indeferiu a prova oral sob o argumento de que se tratava de matéria exclusivamente de direito. Esclarece que pretendia provar com a oitiva de testemunhas justamente a falta de interesse de agir do Recorrido, que tinha conhecimento da existência da ação trabalhista e renunciou a eventual e futuro direito proveniente daquela demanda em favor da Autora e dos filhos, especialmente porque a genitora sempre foi a guardiã dos menores.

Prossegue afirmando que o fato relatado ficou ajustado entre as partes, constando da petição inicial, e que o indeferimento das provas requeridas

tempestivamente e deferidas em um primeiro momento, constitui cerceamento de defesa.

Nesse particular, requer seja conhecido e provido o agravo retido para que seja cassada a r. sentença de primeiro grau, sob pena de violação ao artigo 5º, *caput*, incisos II, LIV e LV da Constituição Federal, bem como aos artigos 400 e 471 do CPC, determinando-se a produção da prova com a oitiva das testemunhas arroladas pela Apelante.

Reitera que sua irresignação reside no fato de que o Apelado renunciou ao direito sobre tais bens móveis quando da separação e da conversão em divórcio.

Argui a ocorrência da prescrição da pretensão autoral, bem como a falta de interesse de agir, pelo fato de que, quando do ajuizamento da separação consensual, ajustaram os litigantes que os bens móveis do casal ficariam com a Apelante, dentre os quais se inclui a indenização trabalhista. Entende que o Apelado renunciou ao seu quinhão em favor da ora Recorrente. Invoca a disposição dos artigos 840 do CCB/2002 e 1.025 e 1.030 CC/1916.

No mérito, sustenta que, não obstante terem as partes sido casadas em regime de comunhão universal, há alguns bens de cunho personalíssimo que se excluem da comunhão, dentre eles os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, os quais detêm a característica da incomunicabilidade, de acordo com o artigo 1.659, inciso VI, do Código Civil.

Colaciona entendimentos jurisprudenciais que entende amparar sua tese.

Afirma ter o Apelado alterado a verdade dos fatos, atribuindo à Apelante a omissão das verbas trabalhistas, quando sabe que renunciou a tais direitos, devendo ser condenado por litigância de má-fé.

Requer o provimento do recurso para que, em sede preliminar, seja cassada a r. sentença, ou reformada nos termos explicitados.

Contrarrazões às fls. 362/374, pugnando pela negativa de provimento ao recurso.

A d. Procuradoria de Justiça, às fls. 380/382, afirma ser desnecessária a intervenção ministerial no presente feito.

Sem preparo, ante o deferimento da justiça gratuita (fl. 321).

É o relatório.

VOTOS

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

PRELIMINAR

Agravo retido

O agravo retido (fls. 170/173), interposto pela Apelante, foi devidamente reiterado nas razões recursais, nos termos do artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil. Portanto, dele conheço.

Aduz a Apelante que o Apelado renunciou a qualquer direito proveniente da ação trabalhista e, para comprovar o ajustado, formulou pedido de produção de prova oral, o que chegou a ser deferido, inclusive com a expedição de carta precatória. Alega, entretanto, que já na audiência de conciliação o Juiz *a quo* indeferiu a prova oral sob o argumento de que se tratava de matéria exclusivamente de direito. Esclarece que pretendia provar com a oitiva de testemunhas justamente a falta de interesse de agir do Recorrido que tinha conhecimento da existência da ação trabalhista e renunciou a eventual e futuro direito proveniente daquela demanda em favor da Autora e dos filhos.

Contudo, não vislumbro de que modo as testemunhas arroladas poderiam contribuir para eventual comprovação de que o Réu teria renunciado à meação das verbas trabalhistas da Apelante, se a própria prova documental constante dos autos, em especial os acordos de separação e divórcio homologados por sentença judicial (fls. 12/14 e 27/29), demonstra não ter sido perpetrada a alegada renúncia.

Em rigor, a Recorrente não especifica de modo detalhado a real necessidade e utilidade da produção da prova testemunhal, de modo que, verificando ser a questão de mérito unicamente de direito, mostra-se escorreito o julgamento antecipado da lide na espécie, conforme previsão do artigo 330, I, do CPC, sem que tal fato implique cerceamento de defesa.

Além disso, já me manifestei no sentido de que *"Incumbe ao juiz, como titular do poder instrutório, dispor sobre a conveniência ou não da produção de provas, tendo em mira a livre formação de seu convencimento, consoante prescreve o Artigo 130 do CPC."* (20100020043570AGI, Relator CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 09/06/2010, DJ 25/06/2010 p. 105).

Desse modo, não vislumbro qualquer violação ao artigo 5º, *caput*, incisos II, LIV e LV da Constituição Federal, bem como aos artigos 400 e 471 do CPC, com o indeferimento da produção de prova testemunhal.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo retido e prossigo o exame do recurso de apelação.

Carência de ação por falta de interesse de agir

Suscita a Recorrente a falta de interesse de agir do Autor, pelo fato de que, quando do ajuizamento da separação consensual, ajustaram os litigantes que os bens móveis do casal ficariam com a Apelante, dentre os quais se inclui a indenização trabalhista. Entende que o Apelado renunciou ao seu quinhão em favor da ora Recorrente, pois sabia da existência da ação trabalhista. Invoca a disposição dos artigos 840 do CCB/2002 e 1.025 e 1.030 CC/1916.

Pois bem.

Do acurado exame do acordo de separação judicial das partes (fls. 12/14), devidamente homologado por sentença (fl. 16), observo que a cláusula genérica no sentido de que a Ré ficaria com todos os bens móveis do casal, de modo algum incluiu eventuais direitos futuros e litigiosos na partilha.

Ao contrário, a redação de forma genérica demonstra exatamente que não houve qualquer disposição acerca da meação de eventuais direitos provenientes da ação trabalhista movida pela ora Apelante, não havendo falar, portanto, em falta de interesse processual por parte do Demandante, porquanto o direito ora perseguido não foi transacionado pelas partes. O disposto nos artigos 840 do CCB/2002 e 1.025, 1.030 do CC/1916 não ampara a tese da Recorrente.

Ademais, a pretensão ora delineada em juízo (sobrepartilha de verbas provenientes de indenização trabalhista) é respaldada pelo disposto no artigo 1.040, inciso III, do CPC, perfeitamente aplicável à espécie por previsão do artigo 1.121, §1º, do mesmo diploma legal.

REJEITO, portanto, a preliminar.

Prescrição

Passo ao exame da prejudicial de mérito arguida pela Apelante.

A reclamação trabalhista foi ajuizada pela Ré em 10/05/1995 (fl. 18) e sentenciada em primeira instância em 06/05/1997 (fls. 37/42), quando o casal já se encontrava separado judicialmente, o que ocorreu em 07/10/1996 (fl. 16). Entendo que a partir da publicação desta sentença, a qual reconheceu o direito da Requerida à percepção de verbas rescisórias, é que nasceria para o Autor o direito a pleitear a meação da indenização trabalhista.

Em virtude da ausência de disposição específica para a prescrição da ação de sobrepartilha, aplica-se a regra geral da prescrição vintenária do Código Civil de 1916.

Cumpre ressaltar que, no presente caso, o prazo vintenário previsto no art. 177 do CC/1916, vigente à época da publicação da sentença trabalhista, fora reduzido para 10 (dez) anos, nos termos dos artigos 205 e 2.028, ambos do CC/2002, em razão da entrada em vigor do Novo Código Civil em 11/01/2003, já que nesta data ainda não havia decorrido mais da metade do prazo previsto no antigo Código.

Contudo, iniciada a contagem do prazo, estabelecido pelo CC/1916, e sobrevindo o Novo Código Civil, há de se iniciar novo cômputo, a partir da vigência deste último, 11 de janeiro de 2003, devendo ser desprezado o tempo anteriormente decorrido.

Esse o entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça:

> *"CIVIL. SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT. DIREITO INTERTEMPORAL. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL. TRANSCURSO DE MENOS DA METADE DO TEMPO ANTES PREVISTO. INCIDÊNCIA DA REGRA DE CONTAGEM TRAZIDA COM O NOVO DIPLOMA LEGAL - INCISO IX DO § 3º DO ARTIGO 206. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Havendo ocorrido a redução do prazo prescricional relativo à determinada pretensão, com a entrada em vigor do novo Código Civil e havendo, na data de início de sua vigência, transcorrido menos da metade do prazo prescricional previsto para a mesma situação no Código Civil revogado, prevalece a forma de contagem trazida pela norma do novo Diploma Material (art. 2.028 do CC/2002). 2 - O termo inicial da contagem do prazo prescricional reduzido com a entrada em vigor do novo Código Civil é a data de início de sua vigência, dia 11/01/2003, em respeito aos princípios da segurança jurídica e da irretroatividade legal. (...) Apelação Cível desprovida. (20070110924298APC, Relator ANGELO PASSARELI, 2ª Turma Cível, julgado em 30/04/2008, DJ 12/05/2008 p. 248)" [destaques não constantes do original]*

Assim, reiniciado o prazo prescricional de 10 (dez) anos em 11/01/2003, afasta-se a prejudicial, já que a prescrição se daria somente em 11/01/2013 e o ajuizamento da ação de sobrepartilha ocorreu em 26/06/2008.

Com essas considerações, REJEITO A PREJUDICIAL de prescrição.

MÉRITO

No mais, assiste razão à Apelante.

Com efeito, verifico que os valores recebidos pelos cônjuges em razão das atividades profissionais não integram o patrimônio comum do casal para fins de direito à meação, a teor do disposto no artigo 1.659, inciso VI, do Código Civil, aplicável ao regime de comunhão universal por força do que estabelece o artigo 1.668, inciso V, do mesmo diploma legal.

Tenho que, ao contrário do entendimento da r. sentença, a disposição do artigo 1.669 do Código Civil, no caso, é absoluta, não se comunicando, desse modo, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, que não se transformaram em frutos durante o casamento, obviamente, pelo fato de terem sido deferidos em data muito posterior à separação do casal. Note-se que a separação judicial ocorreu em 07/10/1996 e o Recurso de Revista, alusivo à indenização trabalhista da Apelante, foi julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho em 13/11/2009. (Fonte:http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=87173&ano_int=2003&qtd_acesso=1601349)

Além disso, não resta claro se o período exato a que se refere a verba trabalhista envolve períodos anteriores e/ou posteriores à separação do casal, sendo certo que a Apelante fora admitida pelo Banco que restou condenado a lhe pagar indenização trabalhista em data anterior ao dia do casamento das partes, conforme fl. 15 (núpcias em 09/11/1991) e fl. 37 (admissão em 05/03/1990), o que, por si só, afastaria o direito à meação da totalidade da indenização trabalhista.

Por outro lado, tendo as partes contraído o matrimônio e se separado durante a vigência do Código Civil de 1916, releva notar que também o código revogado excluía da comunhão universal, de forma categórica, as verbas provenientes do trabalho de cada um dos cônjuges. Confira-se:

> *"Art. 263. São excluídos da comunhão:*
> *(...)*
> *XIII - os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos."*

O novo Código Civil manteve a mesma exclusão, como já dito outrora, senão vejamos:

> *"Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:*
> *(...)*
> *VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;"*

Nesse raciocínio, seja a partir do Código Civil de 1916, seja à luz do Código Civil em vigor, entendo ser incomunicável, no regime de comunhão universal de bens, a remuneração obtida pela atividade profissional do cônjuge, por constituir tal verba o resultado do labor exclusivo deste.

Portanto, no caso em comento, em que as relações patrimoniais entre os ex-cônjuges eram reguladas pelo regime da comunhão universal - como se observa da certidão de casamento acostada à fl. 15 -, diante da expressa exclusão legal, o crédito de natureza trabalhista a ser recebido pela Apelante, em razão da procedência do pedido formulado na ação trabalhista é incomunicável ao Autor, ainda que a ação trabalhista tenha sido ajuizada na constância do matrimônio.

Em que pese a jurisprudência em sentido contrário do c. STJ, cito os seguintes julgados emanados deste egrégio Tribunal, em caso similares, não admitindo que as verbas trabalhistas de cada cônjuge se comuniquem ao outro, in verbis:

> *"CIVIL. FAMÍLIA. DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO CUMULADO COM OFERTA DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. INTERESSE DO MENOR. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. EXTENSÃO. PENSÃO ALIMENTÍCIA AO EX-CÔNJUGE INDEVIDA. PARTILHA. EFEITOS. INDENIZAÇÃO TRABALHISTA PERCEBIDA APÓS A RUPTURA DO VÍNCULO CONJUGAL NÃO SE COMUNICA. TAXAS CONDOMINIAIS E IPTU. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. Para fins de concessão de guarda compartilhada, imprescindível aos pais terem diálogo e maturidade para conduzirem uma boa formação do filho, de modo a proporcionar uma base adequada de valores e princípios familiares, inerentes ao desenvolvimento humano. Frente a atritos e conflitos vivenciados entre o ex-casal, melhor que se defira a guarda unilateral. 2. Em questões de família deve o magistrado agir com cautela, considerando a preponderância de interesses dos menores envolvidos, a despeito daqueles inerentes aos pais. A extensão*

da regulamentação de visitas, in casu, atende primeiramente aos interesses dos filhos. 3. Não comprovou a reconvinte/apelante que faz jus ao percebimento de pensão alimentícia de seu ex-cônjuge. 4. Indenização trabalhista, por ser de caráter pessoal, da qual, portanto, apenas o titular pode abrir mão, está excluída da comunhão parcial, nos exatos termos do art. 1.659, VI, do CC. Depois da ruptura do vínculo conjugal não há falar em bem adquirido com o produto de indenização trabalhista. A comunicação somente se daria em relação ao bem adquirido com o seu produto, caso isso ocorresse antes da ruptura do vínculo conjugal. 5. O pagamento pelo autor das taxas condominiais e do IPTU deu-se a título de alimentos in natura em benefício dos seus próprios filhos, conforme proposto na peça inicial, não havendo que se falar em compensação dos referidos valores na partilha, levando-se em conta a quota-parte da ré/apelada. 6. O termo inicial da correção monetária deve ser a partir da data em que o imóvel - sala - foi recebido como pagamento. 7. Recursos parcialmente providos. Unânime. (20070111246508APC, Relator ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, julgado em 16/12/2009, DJ 18/02/2010 p. 104)" [destaques não constantes do original]

"CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SOBREPARTILHA. NUMERÁRIO RECEBIDO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO TRABALHISTA. INCOMUNICABILIDADE. 1. O artigo 1.659 do Código Civil de 2002, ao arrolar bens que, no regime de comunhão parcial, são excluídos da comunhão, faz referência, de forma categórica, às verbas trabalhistas percebidas por cada um dos cônjuges. 2. No caso sob análise, em que as relações patrimoniais entre os ex-cônjuges eram reguladas pelo regime de comunhão parcial, diante da expressa exclusão legal, o crédito de natureza trabalhista recebido pelo Agravante, em razão da procedência do pedido formulado na ação trabalhista ajuizada em desfavor da União, é incomunicável à Agravada. Deveras, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge retribuem o labor - físico e/ou intelectual - exclusivo dele. 3. Agravo de instrumento provido, a fim de determinar o cancelamento do bloqueio efetuado nas contas do Agravante, relativo aos valores

por ele recebidos a título de indenização trabalhista pleiteada em demanda movida contra a União, distribuída sob o n. 95.0015037-9.(20090020050806AGI, Relator FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, julgado em 01/07/2009, DJ 13/07/2009 p. 24)" [destaques não constantes do original]

Assim, a r. sentença deve ser integralmente reformada, eis que inexiste direito à meação dos créditos trabalhistas por parte do Autor.

Por derradeiro, não há falar em litigância de má-fé por parte do Requerente, pois este apenas exerceu o direito autônomo e abstrato de ação.

Além disso, não restou comprovada a alegação de alteração da verdade dos fatos pelo Apelado, haja vista que simplesmente não se vislumbra no acordo de separação das partes cláusula dispondo sobre a partilha de eventuais direitos trabalhistas, não se podendo atribuir tal fato nem à omissão da Ré e nem à má-fé do Autor que teria ajuizado a presente ação mesmo tendo renunciado ao eventual direito material.

Desse modo, não procede a pretensão da Apelante de condenação do Apelado nas penas por litigância de má-fé.

DISPOSITIVO

Com tais fundamentos, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para, reformando a sentença, julgar improcedente a pretensão autoral.

É como voto.

Des. Fernando Habibe (Revisor) - Com o Relator.

Des. Antoninho Lopes (Vogal) - Com a Turma.

DECISÃO

Negar provimento ao agravo retido, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009071024699-3

Apelante - Erivelton Rosa de Jesus Almeida
Apelados - ACS/ASPRA Associação dos Praças Policiais e Bombeiros Militares do Distrito Federal e outros
Relator - Des. Jair Soares
Sexta Turma Cível

EMENTA

DANOS MORAIS. OFENSA VERBAL. DISCUSSÃO EM ASSEMBLEIA DE ASSOCIAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INTENÇÃO DE OFENDER.
Discussão em assembleia de associação, em que evidente o conflito de interesses entre os participantes, com troca de acusações, mesmo que ofensivas, mas sem intenção de ofender a honra, não constitui conduta ilícita que causa dano moral passível de reparação. 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, Vera Andrighi - Revisora, César Loyola - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Jair Soares, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Negou-se provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

ERIVELTON ROSA DE JESUS ALMEIDA ajuizou ação de reparação por danos morais em face de ACS/ASPRA - ASSOCIAÇÃO DOS PRAÇAS POLICIAIS E BOMBEIROS MILITARES DO DISTRITO FEDERAL e OUTRO dizendo, em síntese, que o segundo réu, na qualidade de diretor-presidente da primeira ré, imputou-lhe, falsamente, o crime de tentativa de roubo.

Afirma que a alegada calúnia - proferida em assembleia e diante de vários associados da primeira ré - ofendeu-lhe a honra e a dignidade.

A sentença indeferiu a inicial por inépcia (fls. 1986/1990).

Apelou o autor (fls. 1992/2003).

Argui, em preliminar, que a contestação apresentada pelos réus é intempestiva. Além disso, não foram impugnados os fatos narrados na inicial.

No mérito, sustenta que o segundo réu ofendeu-lhe, verbalmente, ao dizer que o apelante "tentou roubar R$ 300.000,00 do bolso de cada associado".

A frase, dita diante de várias pessoas, durante assembleia, encontra-se gravada no DVD que consta nos autos, constituindo a causa de pedir do pedido de indenização por danos morais. A conduta desidiosa dos advogados da associação é objeto de discussão em outra ação.

Preparo regular (f. 2004). Contrarrazões apresentadas (fls. 2014/2026).

VOTOS

Des. Jair Soares (Relator) - Os réus, representados pela mesma advogada, apresentaram uma única contestação.

Segundo o art. 241, III, do CPC, começa a correr o prazo, quando houver vários réus, da juntada aos autos do último aviso de recebimento cumprido ou mandado citatório cumprido.

O mandado de citação do segundo réu, cumprido, foi juntado aos autos em 17.3.10 (f. 1663). O prazo para os réus contestarem começou a correr em 18.3.10 e terminou em 6.4.10, em razão do feriado da semana santa.

A contestação, apresentada em 5.4.10, o fora tempestivamente.

Rejeito a preliminar.

De início, cumpre esclarecer que, embora o autor tenha se estendido demasiadamente sobre fatos que em nada repercutem para o deslinde da causa, bem como apresentado inúmeros documentos que não se relacionam com o dano moral reclamado, a inicial não é inepta.

Ainda que a inicial não seja nenhum modelo, possibilita a compreensão da causa de pedir e do pedido, permitindo a defesa.

Pretende o apelante reparação por danos morais em razão de ter se sentido ofendido pelo segundo réu, diretor presidente da Associação dos praças e bombeiros militares do Distrito Federal - ASC/ASPRA, em assembleia realizada em 29.5.09.

Diz o apelante, que o segundo réu, nessa ocasião, caluniou-lhe publicamente, atribuindo-lhe falsamente a prática do crime de roubo tentado.

A frase, dita pelo apelado e gravada na mídia que consta nos autos, foi proferida em referência ao acordo proposto pelo próprio apelante para que renunciasse ao cargo de diretor jurídico da associação dos praças e bombeiros militares do Distrito Federal, mediante o pagamento de R$ 300.000,00.

O valor, segundo o apelante, foi proposto como forma de reparar o prejuízo que sofreu em razão do não conhecimento de apelação apresentada, intempestivamente, por advogada contratada pela ASC/ASPRA, em ação de indenização que tramita na Justiça Federal.

Referida ação indenizatória foi ajuizada pelo autor e sua esposa, em razão de fato ocorrido no Hospital HFA, quando a esposa do autor sofreu um aborto espontâneo que culminou na morte da criança prematura.

A sentença condenou a União a pagar ao apelante e a sua esposa indenização de R$ 12.000,00 por danos morais. Insatisfeitos com o valor decidiram eles apelar. No entanto, a apelação foi apresentada intempestivamente pela advogada da associação, razão pela qual somente foi conhecida a apelação da União.

Daí porque o apelante alega ter proposto ao diretor presidente da associação que essa lhe pagasse R$ 300.000,00 para que deixasse o cargo de diretor jurídico, fato que foi levado ao conhecimento de vários associados, em assembleia, como sendo tentativa de roubo.

A conduta da advogada da associação, que perdeu o prazo para apelar quando representava o apelante em ação indenizatória, a atuação do apelante enquanto exerceu o cargo de diretor jurídico e o conteúdo da proposta que fez para que renunciasse - que, aliás, de caráter bastante duvidoso - em nada interessam ao deslinde da causa.

Importa saber se houve ou não ofensa verbal ao apelante, por parte dos réus, com ofensa à honra e à imagem, ofensa que a Constituição Federal assegura indenização pelo dano moral ou material (CF, art. 5º, X).

A frase dita em assembleia pelo segundo réu, motivadora do pedido de indenização e reputada ofensiva à honra e à dignidade, foi, segundo o apelante "*... mesmo você querer roubar trezentos mil reais do bolso de cada um dos associados*" (f. 1999).

Se as palavras do réu podem ou não ser consideradas imputação falsa de fato definido como crime, a configurar o crime de calúnia, não é objeto de exame

da presente ação, que visa tão somente examinar a existência de ato ilícito que enseje indenização por danos morais. A existência do suposto crime está sendo apurada em ação própria.

Por certo que o réu, na condição de diretor presidente, tem obrigação de levar ao conhecimento dos associados fatos que se relacionem à gestão dos que exercem cargos de direção na associação, a exemplo do exercido pelo apelante - diretor jurídico.

A colocação feita pelo réu, embora tenha causado enorme aborrecimento e constrangimento ao autor, vez que tornou pública a duvidosa proposta que fez para deixar o cargo que ocupava, não constitui ato ilícito.

A utilização da expressão "querer roubar", por si só, não pode ser compreendida como intenção de macular a honra e a dignidade do apelante.

Não é toda e qualquer ofensa verbal, dita no calor de uma discussão ou dos acontecimentos, que é capaz de depreciar a moralidade alheia e desvalorizar o indivíduo, degenerando em abuso e tornando-se atividade antijurídica, sujeitando os responsáveis à reparação dos danos causados.

O apelante, inclusive, não nega o conteúdo da proposta que fez e que foi levada ao conhecimento dos demais associados.

O que se tem é o relato da proposta ao apelante de receber R$ 300.000,00, em meio ao debate entre as partes. O teor da expressão utilizada não ataca a honra e a reputação do autor, com ofensa aos direitos de personalidade e à dignidade do ofendido, a ponto de constituir ato ilícito (art. 186, do CC).

Considerando o histórico que envolve a relação entre as partes, em que evidente o conflito de interesses, desavenças pessoais e acusações recíprocas, não se vislumbra a ocorrência de dano moral nas expressões proferidas pelo réu, segundo as circunstâncias narradas nos autos e o contexto em que ocorreram.

Discussão, ainda que implique em ofensa verbal, em face de interesses conflitantes entre as partes, mas que não atinge a dignidade dos envolvidos, não constitui conduta ilícita apta a ensejar indenização por danos morais.

Sérgio Cavalieri Filho ensina que:

> "Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou

> sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo, se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo" (Programa de Responsabilidade Civil. Ed. Malheiros, 2003, p.99).

Ademais, o apelante, ao comportar-se de forma arbitrária, propondo o pagamento de R$ 300.000,00, para que deixasse o cargo de diretor jurídico, se sujeita às consequências da publicidade dos atos que praticou, os quais, inclusive, sequer preocupou-se em negar.

O constrangimento gerado pelo fato de outros associados terem conhecido a proposta que confessa ter feito, não lhe confere direito a indenização por danos morais. Não praticaram os réus ato ilícito.

Embora não seja inepta a inicial, improcede o pedido de danos morais formulado.

A sentença deve ser mantida, mas por outros fundamentos.

Nego provimento.

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

Des. César Loyola (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Negou-se provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010061003010-1

Apelantes - Companhia Siderúrgica Nacional e outros
Apelados - Os mesmos
Relator - Des. Flavio Rostirola
Primeira Turma Cível

EMENTA

PROCESSO CIVIL E CIVIL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. JULGAMENTO *INFRA PETITA* NÃO CONFIGURADO. MÉRITO. ANULATÓRIA DE DUPLICATAS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ESTOCAGEM DE PRODUTOS NO TERMINAL PORTUÁRIO. DISCREPÂNCIA DOS VALORES PREVISTOS NOS TÍTULOS E A BASE DE CÁLCULO CONTRATUALMENTE ESTIPULADA. PEDIDO RECONVENCIONAL. AUSÊNCIA DE PROVAS SOBRE O EFETIVO PERÍODO DE ARMAZENAGEM DO BEM.

1. Mostra-se inconsistente a alegação de nulidade da sentença por suposto julgamento *infra petita*, se as questões levantadas na lide foram devidamente examinadas, não se havendo confundir a citada situação irregular com aquela que reflete nítido inconformismo da parte em relação à solução conferida à lide, que desafia recurso próprio.

2. A duplicata representa um título cambiário formal, causal, que tem por origem um ato jurídico de compra e venda de mercadorias ou prestação de serviços, e que circula mediante endosso, sacado contra o devedor. Mostra-se necessário, antes de tudo, que exista uma obrigação representada por determinado crédito constituído em razão de acordo de vontades.

3. Na melhor exegese do artigo 1º, §1º, da Lei nº 5.474/68 (Lei das Duplicatas), as faturas devem espelhar os valores correspondentes à efetiva prestação de serviços.

4. Se os valores lançados pela parte credora, sacadora das duplicatas protestadas por indicação, não se revestem da

certeza necessária para se reconhecer a exigibilidade do importe descrito nos títulos protestados, seja em razão da discrepância com a base de cálculo contratualmente avençada, seja pela ausência de prova cabal da quantidade de dias de estocagem do produto, na forma como exigia o acordo, forçoso desconsiderá-los.
5. A reconvenção é caracterizada pela cumulação objetiva de ações, em que é exigido o preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais. Nesse norte, infere-se que ao reconvinte também são aplicáveis o ônus de demonstrar a existência do seu direito (art. 333, I, do CPC), com a devida produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, sob pena do indeferimento do seu pleito.
6. No caso em comento, consistiu o contrato na prestação de serviços necessários à descarga e armazenamento do produto denominado "petcoke", do navio "Star Heranger" para o terminal de carvão da Requeria/Reconvinte, localizado no Porto de Sepetiba/RJ, de acordo com as condições previamente pactuadas.
7. Havendo fundada dúvida acerca do período de estocagem do produto, fato não comprovado na instrução do feito, imperioso indeferir o pedido reconvencional de indenização pelo período da suposta armazenagem no Terminal de Carvão da CSN, pois se trata de ônus da parte postulante, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.
8. Apelo da CSN não provido. Apelo da Autora provido para declarar nulas as duplicatas emitidas com base no período de estocagem do produto.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Flavio Rostirola - Relator, Lécio Resende - Revisor, Natanael Caetano - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Natanael Caetano, em proferir a seguinte decisão: conhecer dos recursos, rejeitar a(s) preliminar(es) e, no mérito, negar provimento ao da ré e dar

parcial provimento ao da autora, unânime , de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 23 de junho de 2010.

RELATÓRIO

Na origem, a empresa VOTORANTIM CIMENTOS LTDA. ajuizou ação anulatória contra a CSN - COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL, requerendo, em suma, a anulação das duplicatas protestadas pela Requerida, bem assim, em sede de cognição sumária do feito, a suspensão dos seus efeitos, sob a égide do descumprimento do acordo firmado entre os litigantes.

Consistiu o contrato na prestação de serviços necessários à descarga e armazenamento do produto denominado "petcoke", do navio "Star Heranger" para o terminal de carvão da CSN, localizado no Porto de Sepetiba/RJ. As condições avençadas foram descritas no documento de fls.10/12.

Após regular tramitação do feito, sobreveio a sentença de fls.180/186, posteriormente tornada sem efeito por esta e. Primeira Turma Cível (fls.259/266), por haver sido proferida de forma *extra petita.*

Determinado o retorno dos autos à origem, a MM. Juíza da Primeira Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Sobradinho proferiu nova sentença, nos seguintes termos do seu dispositivo sentencial, *in verbis* (fls.276/282):

> *"Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na ação cautelar de sustação de protesto, tornando definitiva a medida liminarmente concedida, e improcedente o pedido inicial formulado na ação principal e o pedido reconvencional. Em consequência, extingo os processos,-com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC. No tocante à ação cautelar, COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL - CSN arcará com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em R$ 10.000,00 (dez mil reais), atendendo aos critérios do art. 20, § 4º, do CPC. E, em relação à ação principal, as custas processuais deverão ser igualmente divididas e as partes arcarão com os honorários advocatícios de seus respectivos advogados."*

As partes se insurgem contra a referida decisão.

Em suas razões de apelação, às fls. 286/293, sustenta a **COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL - CSN**, em suma, que teria executado o contratado de maneira eficiente, de forma que eventual atraso no armazenamento do produto não decorreria de sua culpa. Enfatiza que, na verdade, a Apelada é quem haveria dado azo ao noticiado atraso no armazenamento do "petcoke", que teria ultrapassado os 04 (quatro) dias de gratuidade avençados no contrato. Esclarece que a data da descarga não teria qualquer influência no período de armazenagem. Acrescenta, ainda, que "a apelante limitou-se a alegar que o lapso temporal excedido se deu em razão do suposto atraso da Apelante, sem, todavia, comprovar tal alegação." - fl.290

Sustenta a regularidade das duplicatas emitidas, posto que teria realizado os serviços contratados de maneira eficiente. Pontua, ainda, que a Apelada "não questionou a totalidade dos dias de armazenagem e, também, não contestou o fato de que esta excedeu os quatros dias de gratuidade". Dessa forma, entende que seriam regulares as duplicatas protestadas sem aceite, em razão da suposta prestação dos serviços.

Destarte, requer seja julgado procedente o pedido reconvencional, de forma seja a Apelada condenada a lhe pagar a importância de R$ 1.007.734,05 (um milhão, sete mil e setecentos e trinta e quatro reais e cinco centavos), que espelham o total das duplicatas protestadas.

Preparo à fl. 294.

Apelação da VOTORANTIM às fls.295/298. Ressalta que a r. sentença haveria incorrido em novo *error in judicando*, porquanto não haveria se pronunciado a respeito do pedido de nulidade dos títulos que originaram essa cobrança. No mesmo sentido, entende que teriam sido comprovados os danos morais, em razão do apontamento de títulos indevidos a protesto.

Dessa forma, requer sejam declarados nulos e inexigíveis os títulos objetos da cobrança, bem assim julgado procedente o pedido de indenização a título de danos morais e materiais.

Preparo à fl.299.

Contrarrazões da Requerente às fls.332/337 e da Requerida às fls.338/344.

Às fls.349/359, foi juntado ofício do Departamento Nacional de Produção Mineral informando a renovação do alvará de autorização de pesquisa mineraria em favor da empresa Votorantim.

Em seguida, manifestou a empresa Votorantim pelo desentranhamento do citado ofício, bem assim para que este seja remetido à distribuição para a instauração da ação de Avaliação Judicial de que trata os artigos 27 e 28 do Código de Mineração.

É o relatório.

VOTOS

Des. Flavio Rostirola (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, CONHEÇO de ambas as apelações.

(i) ofício de fls. 348/359

Em relação à petição de fls. 269/372, em que a empresa Votorantim requer o desentranhamento do citado ofício, bem assim a sua remessa à distribuição deste e. Tribunal, com o fito de se instaurar a ação de Avaliação Judicial de que trata os artigos 27 e 28 do Código de Mineração, entendo não ser esta a via processual adequada para se postular a propositura da ação.

Note-se que não se trata de incidente processual relevante ao deslinde da presente demanda, razão pela qual a relação ali descrita - DNPM e Votorantim -, deve ser dirimida em processo autônomo, não incumbindo a este Relator impulsionar e instaurar tal ação, seja com respaldo no princípio da inércia, seja pela necessária observância ao princípio do devido processo legal.

Por esses motivos, defiro tão somente o desentranhamento do citado ofício, mediante cópia nos autos, incumbindo à peticionante proceder à diligência que entende devida.

(ii) alegação de *error in judicando* - julgamento *infra petita*

Em sua apelação de fls.295/298, sustenta a empresa Votorantim a ocorrência de novo *error in judicando* na r. sentença, porquanto não haveria se pronunciado a respeito do pedido de nulidade dos títulos que originaram a cobrança em contenda.

Como é cediço, o magistrado, ao decidir, deve se ater às questões suscitadas, nos limites em que a ação foi proposta, na melhor exegese dos artigos 128 e 460 do *Codex* Processual, que assim dispõe:

> "***Art. 128*** *- O Juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte."*

> ***"Art. 460 -*** *É defeso ao Juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado."*

Nessas condições, deve guardar a sentença correspondência direta com a peça vestibular, mostrando-se vedado ao julgador decidir aquém (*citra* ou *infra petita*), fora (*extra petita)*, ou além (*ultra petita*) do requerido na inicial. Eis o porquê de a decisão vincular-se à causa de pedir e ao pedido.

No caso dos autos, não vislumbro o noticiado *error in judicando,* tampouco a hipótese de nulidade dos títulos por simples interpretação da sentença, na forma como perquirida pela empresa Apelante/Autora. Ao contrário do que afirma, a questão proposta restou examinada pela r. sentenciante. Confira-se (fls.281/282):

> "(...) Os títulos, que foram emitidos sem aceite e encaminhados ao protesto, não guardam relação com o valor combinado para o armazenamento do produto, vez que a descrição dos serviços e o valor unitário constante das notas fiscais nºs 001809, 001810 e 001816, juntadas aos autos principais, às fls. 39, 44 e 49, não estão de acordo como a base de cálculo convencionada (itens 3.2.2. a 3.2.5., do contrato)... Conforme os fundamentos expostos, <u>as partes não comprovaram o direito material pleiteado, seja em relação ao pedido indenizatório, pelo dano moral e material, seja em relação ao pedido de cobrança do armazenamento do produto</u>. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na ação cautelar de sustação de protesto, tornando definitiva a ordem liminar concedida, e improcedentes o pedido inicial formulado na ação principal e o pedido reconvencional."

Veja-se, destarte, não se tratar de *decisum* incompleto, porquanto as questões levantadas foram examinadas, vindo a i. julgadora a concluir pela improcedência do pleito.

Trata-se, portanto, de nítido inconformismo da parte em relação à solução conferida à lide, o que desafia recurso próprio, no caso, apelação.

Por outro vértice, cumpre-me registrar inexistir qualquer prejuízo à parte, porquanto, em face do efeito devolutivo dos recursos, a questão da nulidade das duplicatas será apreciada na presente instância recursal.

Dessa forma, **rejeito a preliminar de nulidade do julgado.**

(iii) unidade da peça contestatória e reconvenção

Primeiramente, com o fito de afastar qualquer alegação de nulidade, ressalto não se haver falar na inépcia da peça reconvencional, por haver sido apresentada em peça única, juntamente com a contestação.

É cediço que, por meio da contestação, o réu expõe, de modo material e processual, defesa contra a pretensão deduzida pelo autor. Nessa peça, conforme o art. 300 do Código de Processo Civil, o réu ataca a relação processual, ao apontar máculas, e/ou rebate o mérito da pretensão deduzida na inicial. Caso queira formular pleitos, deve o réu utilizar-se da reconvenção, cuja apresentação deve ser realizada de forma simultânea à contestação, mas em peça autônoma (art. 299 do CPC), sob pena do não conhecimento.

Em que pese tal assertiva, entendo que, no caso em tela, mostra-se viável a discussão da reconvenção, por se tratar de mera irregularidade, seja com respaldo no princípio da instrumentalidade das formas, seja com o fito de permitir a prestação jurisdicional de forma célere e eficiente, com assento no art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Política de 1988. De tal sorte, repele-se, na hipótese em tela, prestígio da forma em detrimento da matéria.

Nesse sentido, destaco o seguinte aresto do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"**RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. LOCAÇÃO. CONTESTAÇÃO E RECONVENÇÃO. PEÇA ÚNICA. DISTINÇÃO CLARA. IRREGULARIDADE. CONDENAÇÃO. ALUGUÉIS ATRASADOS. AUSÊNCIA DE PEDIDO. JULGAMENTO EXTRA PETITA**. I - Embora oferecidas em peça única, a contestação e a reconvenção foram completamente separadas dentro do corpo da petição, podendo as duas ser distinguidas* ictu oculi. *Sendo assim, tal circunstância deve ser considerada mera irregularidade, não se erigindo em nulidade processual. II - A reconvenção pleiteou tão somente o despejo da locatária, razão pela qual a sentença e o acórdão recorrido, ao*

> *condenarem ao pagamento dos aluguéis em atraso, proferiram julgamento extra petita. III - Afastada a condenação no pagamento dos aluguéis, resta ausente o interesse na análise da pretensa violação aos arts. 330, inciso I, e 398, do Código de Processo Civil. Recurso parcialmente provido. (REsp 549.587/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23.03.2004, DJ 10.05.2004 p. 335) [grifei]*

Feitas as considerações necessárias, passo à análise do cerne da presente lide.

(iv) da alegação de irregularidade das duplicatas

Consoante exposto no relatório, as partes firmaram contrato de prestação de serviços, consistente na descarga e armazenamento do produto denominado "petcoke", do navio "Star Heranger" para o terminal de carvão da CSN, localizado no Porto de Sepetiba/RJ.

De acordo com as condições avençadas (fl.10), a empresa CSN obrigou-se a realizar "*serviços de desestiva, capatazia, transporte do produto até o pátio, armazenagem, remoção, pesagem e recarga em veículos rodoviários e/ou ferroviário a serem contratados pelo Votorantim Cimentos*".

Por um lado, a empresa Votorantim sustenta que a CSN, de forma culposa, retardou a descarga dos produtos do navio, no Porto de Sepetiba/RJ, por suposta falha no equipamento utilizado, fato que culminou na imposição da multa de US$167.752,75 (cento e sessenta e sete mil, setecentos e cinquenta e dois dólares americanos e setenta e cinco centavos) - fl.92. Ainda, defende a irregularidade das duplicatas protestadas, por haverem sido emitidas por indicação, não constar o competente aceite, bem assim por não refletir a prestação de serviços realizados (ausência de lastro).

A seu turno, defende a CSN o cumprimento total do contrato, bem assim que a apelante Votorantim é quem teria dado azo ao noticiado atraso no armazenamento do "petcoke". Enfatiza que "*a apelante limitou-se a alegar que o lapso temporal excedido se deu em razão do suposto atraso da Apelante, sem, todavia, comprovar tal alegação*." - fl.290

Por oportuno, esclareço aos Eméritos Pares que **as notas fiscais,** em que se fundamentam a cobrança (reconvenção), referem-se ao período de **estocagem** do produto. Dessa forma, ante o limite traçado na reconvenção, ficam afastados

eventuais questionamentos em relação ao suposto atraso na **descarga** do produto (item 3.1 do contrato - fl.10).

Pois bem, volvendo-me ao cerne da presente lide, analiso a liceidade das duplicatas em contenda, sacadas por indicação contra a Votorantim (Autora).

É cediço que a duplicata representa um título cambiário formal, causal, que tem por origem um ato jurídico de compra e venda de mercadorias ou prestação de serviços, e que circula mediante endosso, sacado contra o devedor. Mostra-se necessário, antes de tudo, que exista uma obrigação representada por determinado crédito constituído em razão de acordo de vontades.

Com efeito, os artigos 13 e 14 da Lei 5.474/1968 (Lei das Duplicatas) estabelecem as seguintes condições para se efetivar o protesto por indicação:

> *"**Art. 13. A duplicata é protestável por falta de aceite, de devolução ou de pagamento**. § 1º Por falta de aceite, devolução ou de pagamento, o protesto será tirado, conforme o caso, mediante apresentação da duplicata, da triplicata, ou, ainda, **por simples indicação do portador, na falta de devolução do título**. § 2º O fato de não ter sido exercida a faculdade de protestar o título, por falta de aceite ou de devolução, não elide a possibilidade de protesto por fato de pagamento. (...)" **"Art. 14 Nos casos de protesto, por falta de aceite, de devolução ou de pagamento, ou feitos por indicação do portador o instrumento de protesto deverá conter os requisitos enumerados no artigo 29 do Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, exceto a transcrição mencionada no inciso II, que será substituído pela reprodução das indicações feitas pelo portador do título."***

Da análise dos dispositivos transcritos, verifica-se que, para a realização do protesto por indicação, seria necessário tão somente que o instrumento de protesto contivesse os requisitos enumerados no artigo 29 do Decreto nº 2.044/1908.

A essência de tais requisitos, inclusive, foi mantida na nova Lei de Protesto de Títulos de Crédito (Lei nº 9.492/1997), em seu artigo 22, que possui a seguinte redação:

> "***Art. 22.*** *O registro do protesto e seu instrumento deverão conter: I - data e número de protocolização; II - nome do apresentante e endereço; III - reprodução ou transcrição do documento ou das indicações feitas pelo apresentante e declarações nele inseridas; IV - certidão das intimações feitas e das respostas eventualmente oferecidas; V - indicação dos intervenientes voluntários e das firmas por eles honradas; VI - a aquiescência do portador ao aceite por honra; VII - nome, número do documento de identificação do devedor e endereço; VIII - data e assinatura do Tabelião de Protesto, de seus substitutos ou de Escrevente autorizado. Parágrafo único. Quando o Tabelião de Protesto conservar em seus arquivos gravação eletrônica da imagem, cópia reprográfica ou micrográfica do título ou documento de dívida, dispensa-se, no registro e no instrumento, a sua transcrição literal, bem como das demais declarações nele inseridas".*

De fato, ao examinar os instrumentos de protesto acostados às fls.43, 48 e 53, poder-se-ia concluir pela observância dos aludidos requisitos, abstraindo-se, destarte, a noticiada mácula **nos protestos** efetivados, sobretudo no que diz respeito à suposta ausência de remessa das duplicatas para aceite, porquanto constam todas as especificações do título, como o seu número, data de vencimento do aceite, o nome do sacado e do sacador e o valor supostamente devido, ainda, a observação de que o devedor fora intimado, o que presume o aceite.

TODAVIA, não bastasse a própria impugnação do protesto efetivado nos autos do processo nº 2006.06.1.000013-4, cujo pedido de sustação de protesto fora julgado procedente (fl.282), observo que as duplicatas padecem de vício insanável, no que tange **à ausência de certeza da obrigação cambial ali descrita**, em outras palavras, não há prova inequívoca da prestação de serviços de estocagem na forma como alegada pela empresa CSN. Explico.

Do contrato firmado entre as partes constam os seguintes preços para o serviço de armazenagem-estocagem (cláusulas 3.1 a 3.2.5 fls.10/11):

> "*3.1.* ***Descarga: R$14,52t***
> *3.2.* **ARMAZENAGEM***: 3.2.1. A armazenagem do PRODUTO terá um período livre de quatro (04) dias (considerando-se o 1º dia, o imediatamente seguinte ao dia do término da descarga).*

3.2.2. Após o período livre de armazenamento (considerando-se o 1º dia, o imediatamente seguinte ao 4º dia livre da armazenagem), fica definido que o prazo máximo de armazenagem do PRODUTO será de 21 dias, com o custo de R$4,17/t sobre a totalidade da carga do navio; 3.2.3. Se após o término deste prazo a Votorantim Cimentos não tiver retirado a totalidade da carga do navio a ser nomeado, a mesma irá arcar com o custo extra de armazenagem de R$8,34t (correspondente a 02 vezes o custo de armazenagem) sobre o saldo restante no início deste período. 3.2.4. Caso a Votorantim Cimentos, não tenha retirado a totalidade da carga do navio após 10 dias do vencimento do prazo de armazenagem, será o custo extra de R$ 16,68/t (correspondente a 04 vezes o custo de armazenagem) sobre o saldo restante no início deste período; 3.2.5. Caso a Votorantim Cimentos deixe um saldo da carga do navio no Tecar por vinte dias além do prazo máximo de armazenagem, conforme o item 3.2.2 desta cláusula de armazenagem, a mesma irá arcar com R$ 33,38 (correspondente a 08 vezes o custo de armazenagem) sobre o saldo restante no início deste período".

Note-se assistir razão à Autora/Apelante quando afirma que os valores previstos no título não correspondem aos previstos no contrato, sob o fundamento de que a descrição dos serviços e o valor unitário constante das notas fiscais nºs 001816 (fl.39), 001809 (fl.44) e 001810 (fl.49), não estão de acordo com a base de cálculo convencionada.

De fato, as cláusulas 3.2.2 a 3.2.5 preveem o custo básico de R$4,71 por tonelada armazenada, oscilando os valores de acordo com o tempo para a sua retirada, podendo ser de R$8,34t, R$16,68t e até mesmo R$33,36t. Nas notas fiscais constam os valores de R$ 17,56 (fl. 44); R$35,12 (fl. 39) e R$8,78 (fl. 49), e não consta qual o parâmetro utilizado para a conclusão daqueles valores.

Com efeito, entendo que os valores ali lançados pela CSN não se revestem da certeza necessária para se reconhecer a exigibilidade do importe descrito nos títulos protestados, seja em razão da discrepância com a base de cálculo contratualmente avençada, seja pela ausência de prova cabal da quantidade de dias de estocagem do produto, consoante exige o acordo.

Ora, dispõe o artigo 1º, §1º, da Lei nº 5.474/68 (Lei das Duplicatas):

> ***"§1º** - A fatura discriminará as mercadorias vendidas ou, quando convier ao vendedor, indicará somente os números e valores das notas parciais expedidas por ocasião das vendas, despachos e entregas das mercadorias".*

Com as adaptações necessárias, o artigo 20, §1º, do mesmo Diploma: "**§1º** - A fatura deverá discriminar a natureza dos serviços prestados."

Conquanto a empresa Autora não tenha refutado a existência da relação comercial que originou as faturas, a mesma se insurge fortemente quanto aos valores ali estabelecidos. E, como dito alhures, o valor unitário do serviço descrito na nota é desconexo com o estipulado no contrato.

Nessas condições, por não refletir os serviços efetivamente prestados, forçoso desconsiderar os valores apresentados nas duplicatas emitidas.

Outrossim, verifico que a própria Reconvinte (CSN) não se desincumbiu do ônus de demonstrar fato constitutivo do seu direito, a teor do art. 333, inciso I, do CPC.

Não constam as datas relevantes ao deslinde da lide.

Note-se que Sua Excelência a quo, na decisão interlocutória de fl.144, deixou evidente que a ausência de informação sobre as datas da execução do contrato poderia trazer prejuízo às partes.

Contudo, além da Autora, a própria Requerida/Reconvinte, na audiência de conciliação realizada em 07 de agosto de 2007, declarou a sua intenção em não produzir outras provas (fl.162).

Ora, é cediço que a reconvenção é caracterizada pela cumulação objetiva de ações, em que é exigido o preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais. Nesse norte, infere-se que ao reconvinte também são aplicáveis o ônus de demonstrar a existência do seu direito (art.333, I, do CPC), com a devida produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, sob pena do indeferimento do seu pleito.

Se a parte não envidou esforços para cabalmente demonstrar o seu pleito, forçoso indeferi-lo.

Ademais, não se olvide que o **predicado da abstração** próprio dos títulos de crédito - que significa que a exigibilidade do título e o exercício do direito ali inserido independe do negócio subjacente que lhe deu origem, o que afasta a discussão sobre o negócio originário entre as partes mediatas - encontra a sua **excepcionalidade** exatamente nas **duplicatas**, que é um

título causal, devendo efetivamente corresponder ao negócio jurídico que lhe deu origem.

Em tempo, a própria sistemática da execução ou da cobrança da duplicata, na hipótese de aceite por presunção, segue regra diferente (art.15 da lei das Duplicatas), sendo, destarte, exigível a prova inequívoca do recebimento das mercadorias ou da **efetiva prestação dos serviços,** o que, na hipótese em tela, não foi comprovada na forma como noticiada pela CSN.

Nesse sentido, destaco os seguintes arestos do e. Superior Tribunal de Justiça:

> *"**DIREITO COMERCIAL. AUSÊNCIA DE ORIGEM LEGÍTIMA PARA EMISSÃO DE DUPLICATA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EMPRESA LOCADORA DE VEÍCULOS QUE, ALÉM DA DIÁRIA E QUILOMETRAGEM, INCLUIU NA CÁRTULA VALORES CORRESPONDENTES À REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE HAVIDO DURANTE A LOCAÇÃO**. 1. Para valer como titulo hábil à instauração do processo executivo, a duplicata deve conter, em primeiro lugar, o aceite do devedor. À sua falta, ainda assim poderia ser tida como titulo executivo extrajudicial desde que, protestada, venha acompanhada de documento que comprove a efetiva prestação de serviços e o vínculo contratual que o autorizou. 2. No caso, a duplicata não teve origem válida, desde que a emitente, além dos serviços contratados em razão da locação do veículo (diária mais quilometragem), fez compreender no título em questão a quantia correspondente aos reparos do automóvel em razão do acidente havido durante a locação. A providência apontada pela credora, a par de extrapolar o âmbito do pactuado, impede que o devedor acompanhe a real extensão dos danos, porque unilateralmente realizada. 3. A emissão da duplicata de prestação de serviços deve obediência às regras aplicáveis à compra e venda a prazo, sendo necessária, contudo, a comprovação da efetiva prestação dos serviços. Assim, não há falar em violação do art. 20, § 3º da Lei 5.474/68. 4. Tendo as instâncias ordinárias assentado que não restou comprovada a prestação dos serviços, o reexame do tema nesta instância especial encontra óbice*

no verbete Sumular n° 7/STJ". 5. À falta de prequestionamento, inviável a análise da assertiva de violação do art. 1.192 do CC/16, aplicável, pois, o enunciados dos verbetes das Sumulas 282 e 356 do STF. Recurso especial não conhecido". (REsp 190.735/RO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008)

*"**RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA. CARÁTER PREQUESTIONADOR. DESCABIMENTO. COMERCIAL. DUPLICATA. FALTA DE ACEITE. COMPROVANTE DE ENTREGA DAS MERCADORIAS OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AUSÊNCIA. ENDOSSATÁRIO DE BOA-FÉ. INOPONIBILIDADE. SACADO**. I - (omissis) II - A duplicata não aceita e desprovida do comprovante de entrega das mercadorias ou da prestação dos serviços não pode ser oposta ao sacado, mesmo pelo endossatário de boa-fé, a quem se resguarda o direito de regresso contra o endossante. III - Ausente o aceite das duplicatas, cabe ao endossatário exigir do endossante a apresentação do comprovante de entrega das mercadorias ou da prestação dos serviços, no momento em que realizado o endosso. IV - Impossibilidade de compensação de dívidas da endossatária com o sacado, com créditos inscritos em duplicata desprovida de exigibilidade. Recurso parcialmente provido, apenas, para exclusão da multa dos embargos declaratórios. (REsp 770.403/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ 15/05/2006 p. 212)*

*"**AÇÃO MONITÓRIA. DUPLICATA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ACEITE (FALTA). PROTESTO. PROVA DA DÍVIDA. FACTORING.** - O protesto não impugnado de duplicata sem aceite permite a propositura do procedimento monitório, mas tal fato só por si não é suficiente para a procedência da ação. - Negada a relação causal pela demandada, sem a prova da efetiva prestação dos serviços, impunha-se reconhecer*

> *a irregularidade na emissão da duplicata e a improcedência da ação. - Se não fosse assim, toda falsa duplicata levada a protesto sem impugnação seria suporte suficiente para a procedência da ação monitória. No entanto, o devedor que se omite diante do protesto pode defender-se na ação de cobrança, e esta somente pode ser acolhida se demonstrada adequadamente a existência da dívida. - A devedora pode alegar contra a empresa de factoring a defesa que tenha contra a emitente do título. Recurso conhecido e provido". (REsp 469.051/RS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2003, DJ 12/05/2003 p. 308)*

Atento a todas essas circunstâncias, entendo inviável o reconhecimento da regularidade das duplicatas em tela, emitidas com base na prestação de serviços de armazenagem/estocagem portuária no período alegado pela CSN.

Reitere-se que a emissão de duplicata para cobrança de serviços prestados deve apoiar-se em contrato escrito, máxime quando a nota fiscal ou fatura não foram assinadas pelo devedor-sacado, na melhor exegese dos artigos 1º e 20 da Lei nº 5.474/68.

Registre-se tratar de **relação cambiária** desvinculada dos entraves do direito comum, razão pela qual não se autoriza a mitigação do valor estampado no título: a duplicada ou é valida ou se reputa nula.

Portanto, entendo nulas as duplicatas carreadas aos autos. Em consequência, cai por terra o pedido reconvencional.

(v) pedido de indenização por danos materiais

O pedido de indenização por danos materiais formulado pela empresa Autora, sob o fundamento de que a Requerida indevidamente retardou a descarga dos produtos do navio, no Porto de Sepetiba/RJ, fato que culminou na imposição da multa de US$167.725,00 (cento e sessenta e sete mil, setecentos e vinte e cinco dólares americanos), não prospera.

Veja-se que o documento de fl.91 desserve para os fins colimados pela Autora, pois se trata de simples declaração. Ao meu sentir, ela deveria, no mínimo, apresentar o auto de infração lavrado pela autoridade competente, com o apontamento da norma transgredida ou, ainda, o comprovante do pagamento da suposta multa.

Se assim não procedeu, nada a prover em relação aos danos materiais.

(vi) danos morais

No mesmo sentido, o pedido de danos morais.

Da simples leitura dos autos percebe-se que a parte credora agiu no regular exercício do seu direito, ao levar a duplicata inadimplida a protesto, pois, até prova em contrário, havia pendência financeira em desfavor da empresa Autora.

Note-se que o fato de haver irregularidade na duplicata, pelo não apontamento do valor efetivamente devido, não implica o reconhecimento da não prestação dos serviços pela CSN.

Outrossim, Sua Excelência *a quo* bem assentou que a imediata suspensão dos efeitos do protesto, em tese, impediu que a autora sofresse dano moral.

De tal sorte, tendo o credor agido à época no exercício do seu direito, entendo não se há falar em indenização por danos morais.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade da r. sentença, NEGO PROVIMENTO ao apelo da Demandada e **DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo da Autora**, para declarar nulas as duplicatas emitidas com base nas notas fiscais nºs 001816 (fl.39), 001809 (fl.44) e 001810 (fl.49),

Mantenho os demais termos da r. sentença, inclusive, em relação à sucumbência estipulada, porquanto fixada de acordo com o art.20, § 4º, do CPC.

Por fim, defiro o desentranhamento do ofício de fls.349/359 pela empresa VOTORANTIM, mediante cópia nos autos, devendo esta proceder à diligência que entende devida.

É o meu voto.

Des. Lécio Resende (Revisor) - Quando da revisão examinei detidamente os autos e me coloco de acordo com o eminente Relator para rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso da ré e dar parcial provimento ao recurso da autora, nos termos do seu voto.

É o voto.

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

DECISÃO

Conhecer dos recursos, rejeitar a(s) preliminar(es) e, no mérito, negar provimento ao da ré e dar parcial provimento ao da autora, unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005011102974-5

Apelantes - MPDFT e outros
Apelados - Os mesmos
Relator - Des. Silvanio Barbosa dos Santos
Segunda Turma Criminal

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. MÉRITO. PROVA ROBUSTA. DOLO ESPECÍFICO DE REDUZIR OU SUPRIMIR TRIBUTO. ART. 1º, II E V, LEI 8.137/90. AUTO DE INFRAÇÃO. MATERIALIZAÇÃO DA APURAÇÃO FEITA PELO FISCO. INTERPRETAÇÃO LITERAL. SUFICIÊNCIA. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA SUFRAGADO PELAS DEMAIS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS. ICMS. CONTROLE PARALELO DE VENDAS. ESCRITA FISCAL. COTEJO. DIFERENÇA APURADA. TRIBUTAÇÃO. SONEGAÇÃO. CONDENAÇÃO. REGULARIDADE. DANOS MATERIAIS. VÁRIOS PROCESSOS. COMPLEXIDADE. SOLUÇÃO NO JUÍZO FAZENDÁRIO PRÓPRIO. DESPROVIMENTO.

1. No que pertine à justa causa para a instauração das ações penais contra o apelante, se a resposta preliminar do réu não afeta o ânimo do julgador que recebe a denúncia, eventual discussão sobre esse tema, em sede de apelação, está necessariamente imbricada com o mérito da demanda.

2. Comprovada a juntada de documentos antes da fase de apresentação de memoriais, não há que se falar em prejuízo para a defesa que, necessariamente, teve acesso a todo processado. Preliminares rejeitadas.

3. A diferença a maior, resultante do confronto entre o controle paralelo de vendas e a escrita fiscal da empresa, deve ser

tributada, com aplicação da penalidade prevista para a hipótese de sonegação fiscal.
4. Nos delitos tributários, sobressaindo o dolo de suprimir ou reduzir o valor do tributo, a condenação é medida que se impõe.
5. A menção, por si só, da prática de mais de uma conduta prevista no art. 1º, da Lei nº 8.137/1990, associada à intensidade do dolo, justificariam a avaliação negativa de tal circunstância judicial. Precedente (STJ, HC 115.951/SC, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17-6-2010, DJe 2-8-2010).
6. Diante da informação constante dos autos de que o débito tributário do réu já está inscrito em dívida ativa, e que a Fazenda Pública dispõe de Procuradores capacitados para promoverem a competente execução fiscal, se já não o fez, mitiga-se obrigatoriedade de fixação de valor reparatório mínimo, em sede criminal, até por que se cuida de 5 (cinco) processos apensados com complexidade suficiente para justificar a separação das instâncias, visando elidir qualquer possibilidade de balbúrdia processual.
7. Recursos desprovidos.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Silvanio Barbosa dos Santos - Relator, João Timóteo de Oliveira - Revisor, Alfeu Machado - Vogal, sob a presidência do Des. João Timóteo de Oliveira, em proferir a seguinte decisão: rejeitar a preliminar. Negar provimento a ambos os recursos. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2010.

RELATÓRIO

Pela r. sentença de fls. 630-654, cujo relatório se adota como complemento, proferida pela ilustre autoridade judiciária da 7ª Vara Criminal da

Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF, em julgamento simultâneo dos Processos nº **2007.01.1.116787-6, 2005.01.1.102974-5, 2006.01.1.001029-6, 2006.01.1.001175-6**, **E. DA A. O.** foi condenado à pena de 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 161 (cento e sessenta e um) dias multa, valor unitário de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos, como incurso no artigo 1º, II e V, da Lei nº 8.137/90 (Crimes contra a ordem Tributária), por 213 vezes, na forma do art. 71, do Código Penal, por eventos então ocorridos entre os anos de 1999 e 2002, consistente na redução, livre e consciente, de tributo (ICMS) devido aos cofres do Distrito Federal.

Recorreu o d. MINISTÉRIO PÚBLICO (fl. 658), recebido (fl. 660), aduzindo, em sede de razões recursais (fls. 664-667), que a r. sentença merece reforma, vez que o d. magistrado não fixou valor mínimo para reparação dos prejuízos sofridos pela Fazenda Pública do DF, sob fundamento de que o débito já está inscrito em dívida ativa, e não há interesse processual da vítima.

O réu foi intimado da r. sentença (fl. 670), tendo sua d. Defesa Técnica ofertado recurso (fl. 671), recebido (fl. 703), e, em sede de razões do apelo, verberou, em resumo (fls. 672-701):

a) **preliminar** de nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa, vez que a acusação juntou documentos ao processo, sem que a defesa fosse intimada para se manifestar; sentença proferida no Processo nº 126787-6 (*rectius*: 116787-6), sem que a defesa tivesse oportunidade de oferecer alegações finais; sentença proferida neste processo (110238-7), sem o relatório;

b) **preliminar** de ausência de justa causa para o exercício das ações penais, caracterizando *bis in idem*;

c) no **mérito**, o réu deve ser absolvido, haja vista que a r. sentença baseou-se em prova ilícita, obtida sem as devidas cautelas legais;

d) superadas tais teses, seja a pena definitiva reduzida para 2 (dois) anos de reclusão.

Contrarrazões do d. MINISTÉRIO PÚBLICO (fls. 706-725), e da d. Defesa (fls. 727-732).

Nesta instância, o d. Procurador de Justiça, Doutor MÁRIO PEREZ DE ARAÚJO, opinou pelo conhecimento dois apelos e provimento apenas do recurso do *Parquet* (fls. 738-758).

É o relatório do necessário.

VOTOS

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Relator) - Conheço dos recursos.

DAS PRELIMINARES

A d. Defesa Técnica alegou violação do primado do contraditório, acoimando de nulidade a r. sentença por cerceamento de defesa, vez que a acusação juntou documentos ao processo, sem que a defesa fosse intimada para se manifestar; sentença proferida no Processo nº 126787-6 (*rectius*: 116787-6), sem que a defesa tivesse oportunidade de oferecer alegações finais; sentença proferida neste processo (110238-7), sem o relatório.

Conforme declinado pelo d. magistrado sentenciante (fl. 641), tais documentos foram apensados aos autos antes da apresentação das alegações finais.

Quando da apresentação dessa peça processual, era de se esperar que a d. Defesa Técnica tivesse conhecimento de todo o processado, anteriormente produzido.

Da mesma forma, reunidos todos os processos ajuizados contra o apelante (Processo nº 2005.01.1.102974-5, fls. 319 e 320), no mesmo juízo, era ponto pacífico de que seriam julgados simultaneamente.

Nenhuma nulidade até aqui.

Em que pese alegue nulidade processual, por não ter tido oportunidade de oferecer alegações finais, nos autos do Processo nº 116787-6, entendo que tal situação não subsiste. É de se registrar a existência de peça específica, juntada àquele feito às fls. 395-403. Ou seja, não houve violação do direito à ampla defesa e contraditório, que foi exemplarmente exercido pelo nobre causídico.

Tal fato ocorreu, na verdade, nos autos do Processo nº 2006011001175-6, julgado no estado em que se encontrava, haja vista suficiência de prova para exaração da r. sentença, conforme diretiva estampada à fl. 230, daquele feito, sob fundamento de que a instrução realizada em um processo seria aproveitada nos demais (fl. 478, destes autos).

Por fim, não se verifica a prolação de sentença no presente feito sem a existência de relatório. A mesma sentença proferida nos autos da Ação Penal nº 116787-6, foi juntada por cópia nos demais processos, não se verificando ausência de relatório no r. *decisum*.

No que pertine à justa causa para a instauração das ações penais contra o apelante, se a resposta preliminar do réu não afeta o ânimo do julgador que recebe a denúncia, eventual discussão sobre esse tema, em sede de apelação, está necessariamente imbricada com o mérito da demanda.

Assim, **rejeito** todas as preliminares suscitadas.

DO MÉRITO

Por questão de lógica, principio pelo recurso da defesa, eis que pretende a absolvição do recorrente.

Do recurso do réu:

No que pertine à matéria meritória, melhor sorte não espera o apelante.

A materialidade dos crimes em comento se apura a partir da análise dos seguintes documentos:

Processo nº **1175-6**: auto de infração (fls. 11-13), demonstrativo para inscrição de dívida ativa (fls. 118-120), demonstrativo de controle paralelo de vendas e relatório de vendas (fls. 31-36 e 48/53), livros de registro e apuração de ICMS (fls. 4-184, do apenso) e demonstrativo de controle paralelo de vendas (fls. 254-425, do apenso).

Processo nº **1029-6**: auto de infração (fls. 6-8), demonstrativo para inscrição de dívida ativa (fls. 129-132), demonstrativo de controle paralelo de vendas e relatório de vendas (fls. 26-32 e 224-226), livros de registro e apuração de ICMS (fls. 3-296, do apenso) e demonstrativo de controle paralelo de vendas (fls. 297/442 do Apenso).

Processo nº **102974-5**: demonstra-se a materialidade pelo auto de infração (fls. 13-15), demonstrativo de controle paralelo de vendas (fls. 32-35), relatório de vendas (fls. 51-57), demonstrativo de inscrição em dívida ativa (fl. 138), livros de registro e apuração de ICMS (fls. 1-293, do apenso) e demonstrativo de controle paralelo de vendas (fls. 294-460, do apenso).

Processo **110238-7**: auto de infração (fls. 13-15), demonstrativo de controle paralelo de vendas (fls. 36 e 37), relatório de vendas (fls. 213-229), demonstrativo de inscrição em dívida ativa (fls. 123), livros de registro e apuração de ICMS (apenso) e demonstrativo de controle paralelo de vendas (fls. 230-406).

Processo **116787-6**: auto de infração (fls. 13-15), demonstrativo de controle paralelo de vendas (fls. 45, 46, 97 e 98), relatório de vendas (fls. 213-

229), demonstrativo de inscrição em dívida ativa (fl. 123), livros de registro e apuração de ICMS (fls. 35-356, do apenso) e demonstrativo de controle paralelo de vendas (fls. 272-441).

Alusivo à autoria sobressai indene de dúvida ser o réu responsável pela administração da empresa NATUREZA - COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE PRODUTOS NATURAIS LTDA., e suas filiais, conforme se depreende dos atos constitutivos da empresa (fls. 134-149, dos autos 102974-5), bem como do termo de declarações prestados; bem como prova oral colhida durante a instrução processual.

Eis a versão apresentada pelo apelante nestes autos, cujo depoimento serviu também para munir o Processo nº 102974-5 (fls. 434 e 435):

> "(...) **Que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia;** que o que foi vendido pelo interrogando consta dos livros fiscais e tudo foi emitido nota fiscal; que os fiscais na época dos fatos estiveram em seis lojas do interrogando, já no final do expediente e nada apurara; que o interrogando não sabe mexer nos computadores e sabe dizer que os computadores existentes nas lojas, são usados pelas gerentes que colocam vários valores como metas ou ensaios para fins de comparação com outras lojas ou outros grupos; que **o interrogando é responsável pela empresa, inclusive pela sua administração**; que o interrogando faz os pagamentos dos impostos após a contabilidade emitir as guias; que quem faz a escrituração da empresa do interrogando é a empresa CONSISTÊNCIA, na pessoa do contador A.; que quem encaminhava as notas fiscais e demais documentos fiscais para o contador, eram os funcionários das lojas; que **o interrogando não tinha o controle do envio dos documentos para o contador**; 'que não sabe se as planilhas de vendas, constantes dos apensos, se correspondem ou não à verdade; (...) que não sabe o que representava aquelas planilhas'. (...) 'Que era praxe e ainda é, os gerentes das lojas fazerem reuniões para estabelecer metas futuras, desafios de grupo, entre outras; que gerentes, mostram metas de outras lojas, para fins de aumentar a competitividade entre eles; que os fiscais não foram até as lojas do interrogando para conferir se

> as planilhas arrecadadas condiziam com as entradas e saídas de mercadorias; que o Boticário faz a fiscalização das franquias do interrogando através de supervisores; que o Boticário, empresa franqueadora, não vende sem notas; que a fiscalização do Boticário é para fins de receber royalties; que o interrogando na verdade, para utilizar a marca do Boticário". Acrescentei grifo.

Nos autos do Processo nº 2006011001029-6, praticamente, manteve a mesma versão, apenas acrescentando alguns detalhes.

Comprove-se (fls. 227 e 228):

> "(...) Que nunca autorizou venda em sua empresa sem emissão de notas fiscais; que não tomou conhecimento de que dentro de sua empresa tenha havido venda sem emissão de nota fiscal; que as empresas do interrogando são franquias do Boticário; que o interrogando devido a franquia para (*sic*) *royalts* ao franqueador; que os *royalts* são calculados baseado na venda de cada loja; que ao final do dia, é enviada uma planilha de venda automaticamente ao franqueador e em cima disso é que é feito o pagamento dos *royalts*; que paga comissão para os vendedores de suas lojas; que o (*sic*) base da comissão é a venda de cada consultor; que **não há na nota fiscal o local específico para colocar o nome do vendedor beneficiado pela comissão**; que **no final do dia, já sai automaticamente a planilha de venda com a identificação de cada vendedor, para pagamento das comissões**; que o aluguel pago nos *Shoppings Centers*, é percentual ao valor vendido pela loja; que o Condomínio fiscaliza diariamente o que cada loja vende e em cima disso cobra a taxa do aluguel, não havendo distorção entre o apurado pelo Condomínio e o vendido pelo interrogando; que o interrogando é fiscalizado pelo fisco, pelo Condomínio do *Shopping* e pelo franqueador, na pessoa do consultor; que no escritório central das empresas do interrogando, os fiscais fizeram uma varredura, levaram os papéis da empresa que tempos depois gerou o auto de infração em apenso; que os fiscais requereram todos os livros fiscais do interrogando;

> que foi em razão dos fiscais terem encontrado relatórios que divergiram da escrituração do interrogando, que originou este processo; que esses relatórios estavam na memória do computador da empresa do interrogando; que o interrogando foi pressionado para assinar papéis contendo números sobre pena de ser transportado para a Delegacia; que os próprios fiscais bateram o carimbo da empresa do interrogando nesses papéis; que dentro da empresa naquele momento havia funcionários junto com o interrogando e fiscais; que os funcionários sofreram constrangimentos, pois os fiscais abriam as gavetas das suas mesas sem pedir permissão; que é comum nas suas empresas os gerentes fazerem planilhas de projeções de vendas com as outras empresas do interrogando; que há premiação do franqueador e do franqueado pelo desempenho nas vendas; que em cada loja existem vários grupos comandados por um gerente; que é comum um gerente de uma loja, mostrar para o seu grupo o desempenho das outras lojas, através de gráficos e relatórios". Negritei.

O fato se repetiu no bojo da Ação Penal nº 2007011116787-6 (fls. 370-372).

Registro, aqui, uma incongruência, pois, ao mesmo tempo em que afirmou o apelante não haver campo específico para indicação do nome do vendedor, adiante, pontuou que, ao final do dia, sai automaticamente a relação dos vendedores para pagamento das comissões.

A testemunha J. V. DE A. L. foi esclarecedora a respeito da fiscalização realizada nas empresas de propriedade do réu, apontando as irregularidades encontradas.

Anote-se:

> "(...) Que se lembra do auto de infração e da análise dos documentos, mas não participou da apreensão. (...) 'Que não conversou com o proprietário da empresa e nem com o contador; que **comparou os documentos arrecadados com os livros fiscais, constatou-se a diferença de vendas**.' (...) 'Que foram arrecadados relatórios de vendas e os livros fiscais da

empresa foram solicitados através de notificação posterior e a empresa os apresentou; que **os relatórios continham relações de vendas e totalizavam um valor maior em que os constantes dos livros fiscais; que os relatórios caracterizaram a omissão fiscal; que os relatórios não são documentos oficiais de empresa**; que **os relatórios são controles paralelos de vendas da empresa**; que no momento em que os documentos são arrecadados é lavrado um termo de arrecadação, que é assinado pelos agentes do fisco e pelo representante da empresa; que neste termo constam todos os documentos arrecadados; que **o auto de infração foi lavrado em face da divergência entre os valores da documentação arrecadada e o livro fiscal**; que no momento da arrecadação, o responsável assina um documento dizendo que aqueles documentos arrecadados, são do controle paralelo da empresa; que a veracidade dos relatórios, vem da assinatura do termo de arrecadação pelo responsável pela empresa; que o termo de arrecadação é feito em função de documentos arrecadados no escritório de contabilidade ou na empresa; que o responsável pela empresa, vê o que está sendo arrecadado e assina o que está sendo arrecadado; que a **depoente analisou um dos relatórios para lavrar um dos autos de infração**; que a depoente não participou da arrecadação; que a depoente não viu o momento da assinatura no termo de arrecadação pelo réu e considerou este termo como autêntico, porque o trabalho foi feito em conjunto com quem participou da arrecadação; que existe o procedimento de chegar ao estabelecimento e contar as mercadorias, se o agente quiser usar se (*sic*) meio e ver se correspondem às notas fiscais; que **tudo que entra ou sai, tem que ter nota, se sair sem nota é sonegação**; que não sabe dizer se a fiscalização foi em cada um dos estabelecimentos do réu; que no auto em que a depoente participou foram analisados as planilhas e os livros fiscais; que a depoente analisou as planilhas originais; que foram montados vários processos e foram tiradas fotocópias da planilhas; que não sabe onde estão as planilhas originais, mas acredita que estão em um dos processos; que não se recorda se

todas as planilhas analisadas pela depoente estavam somente com o valor superior ao dos livros fiscais; que as planilhas que apresentarem valores inferiores são desconsideradas." Enfatizei.

Reproduzo, por indispensável, o depoimento de M. A. C. V., o qual confirma as declarações da testemunha acima.

Asseverou:

"(...) Que não tem parentesco com o acusado, nada lhe impedindo de dizer a verdade, sendo-lhe deferido o compromisso legal, sob pena de responder por crime de falso testemunho; que o depoente é auditor tributário do GDF e procedeu a fiscalização no dia dos fatos. ' (...) 'Que foi montada uma operação com diversas equipes, em diversas lojas do Boticário; que o depoente foi designado para o escritório central do Boticário; que **o procedimento foi padrão e foi franqueado ao depoente o acesso a toda documentação**; que examinaram planilhas que mostravam um controle de faturamento em diversas lojas; que imprimiram o material; que o acusado estava no local e rubricou as folhas para dizer que havia sido retirado de seu estabelecimento; que **depois foram confrontar essas informações com os livros contábeis do acusado; que deu uma diferença e essa diferença a legislação prevê é um controle paralelo, ou seja, caixa dois**; que diante disso, **a diferença foi autuada e tratada como sonegação de imposto**; que não se recorda se o acusado fez algum comentário com relação as planilhas; que o comportamento do acusado foi cordado; que **foram lavrados cinco autos de infração num período de cinco a seis meses**; que **isso não gera perda para o erário, pois o valor é atualizado**; que foi dada uma oportunidade para o acusado poder saldar a dívida.' (...) 'Que não existem metas na Secretaria de Finanças, de arrecadação; que houve uma época em que os auditores recebiam uma gratificação, mas esta era de cem por cento, sem qualquer meta de produtividade; que na época dos fatos não havia mais qualquer gratificação; que a gratificação foi no ano de 1996; que **o acusado não assinou**

todas as planilhas, mas algumas delas, sempre caracterizando o início e o fim de um lote de documentos; que **as planilhas foram retiradas do computador da empresa**; que os carimbos da empresa nas planilhas devem ter sido batidos por algum funcionário da empresa; que **o fiscal não bate esse tipo de carimbo**; que o carimbo é para caracterizar que se identifica o documento, para fazer prova de que saiu da empresa; que **o acusado assinou um termo de arrecadação, junto com os autuantes**; que **a prova da sonegação foram as planilhas que atestavam o controle paralelo de vendas**; que esta expressão é do depoente; que **não existe nas planilhas a palavra 'controle', mas existe a palavra 'vendas'**; que não sabe dizer se a fiscalização foi em cada um dos estabelecimentos; que soube que foram várias equipes e em varias lojas, mas não sabe se em todas; que não sabe o que foram encontradas nas lojas; que o depoente não foi em nenhuma loja; que **os valores das planilhas eram diferentes dos livros fiscais**; que **a auditoria do depoente foi contábil e não foi de caixa**; que **se há diferença de valores, a maior ou a menor, o contribuinte é suspeito, ou de sonegação ou de lavagem de dinheiro**; que o depoente só tem competência para apurar imposto; que se houve valores menores, não seria autuado pelo depoente; que **nas planilhas os valores eram maiores e não se recorda se tinham valores menores**; que no Decreto de ICMS estão definidos o que é caixa 02; que no Decreto do ICMS não consta metas de vendas; que o acusado não assinou nenhuma planilha constante que era controle paralelo; que lavrou os autos porque a sonegação era compatível com a empresa do acusado; que se fosse um valor absurdamente alto, incompatível com a empresa do acusado, não se consideraria o valor, mas apuraria onde estava o erro, para evitar que fosse caracterizar como erro material; que havia reuniões de trabalho para as fiscalizações; que os autos foram feitos em um prazo de seis meses para dar uma oportunidade para o acusado pagar;que isso foi uma coisa pública, dentro da Secretaria." Destaquei.

A terceira auditora P. F. M. C. (fls. 368 e 369, Processo nº 116787-6) corroborou a dinâmica dos fatos acima destilada.

Confira-se:

> "(...) Que foi arrecadado no escritório da empresa, no Terraço *Shopping*, material de controle de venda; que o contribuinte foi notificado a apresentar livros e documentos fiscais, para a realização do processo de auditoria; que no confronto com o Livro de Registro de Saídas, constatou-se a diferença em relação no que constava no Relatório de Vendas; que em relação a referida diferença, os auditores 'cobraram' o ICMS; que na época houve uma operação especial nos estabelecimentos comerciais do Terraço *Shopping*; que em relação a algumas vendas foi emitida Nota Fiscal e houve escrituração, mas em relação a outras vendas, ficou constatado que e (*sic*) não houve emissão de Nota Fiscal e nem escrituração; que a depoente confirma a sua assinatura no Auto de Infração de fls. 13/15 e seguintes; que no referido Auto de Infração, só foi cobrado tributo daquilo que não constava no Livro de Registro e (*sic*) Saída, bem como em relação a vendas sobre as quais não foram emitidas notas fiscais; que a empresa foi notificada para apresentar os Livros e Documentos Fiscais, o que foi atendido; que com tal documentação é que foi possível fazer o confronto com os controles de vendas; que o acusado aqui presente se apresentou como sócio-gerente da empresa na época em que realizava auditoria; que no Terraço *Shopping* funcionava o escritório da empresa, onde forma arrecadadas (*sic*) documentos relativos a várias filiais; que diversas filiais da empresa foram autuadas; que a manutenção de tais documentos fora da filial, dentro de um escritório, era regular; que deseja esclarecer que é obrigatória a manutenção dos talões de notas fiscais no estabelecimento comercial, ou seja, em cada filial tem que haver um talão de nota; que os livros fiscais podem ficar no escritório de contabilidade; que o que foi arrecadado no escritório foram controles de vendas; que o acusado assinou e teve ciência dos Autos de Infração e a depoente não se recorda se ele se manifestou

> de alguma forma; que os auditores M. A., J. e F. atuaram na mesma auditoria, juntamente com a depoente; (...) no caso específico, salvo engano, a operação ocorrência em relação (*sic*) de denúncia de terceiro; que, ao que se recorda, várias equipes de auditores participaram da operação; que a equipe da depoente se dirigiu ao escritório da empresa; (...) **concluiu a existência de sonegação fiscal confronto os relatórios com livros e documentos fiscais**; que os referidos relatórios pertenciam à empresa autuada, inclusive constando carimbos da empresa e assinaturas do acusado; (...) 'nós não arrecadamos nada sem ciência de quem assina o termo de arrecadação'; que durante a diligência foram impressos alguns documentos que estavam em arquivo eletrônico do computador e outros documentos já estavam em pastas devidamente impressos; que os referidos relatórios foram arrecadados no mesmo dia da diligência; (...)". Negritei.

Constou da r. sentença (fls. 646-651):

> "(...) Do depoimento prestado exsurge o óbvio. Os documentos foram arrecadados da empresa gerenciada pelo acusado, sendo uma forma de controle paralelo de vendas. Não é crível que alguém sonegue e o faça documentadamente nos livros oficiais. Evidentemente, a apuração da sonegação aparece por outros documentos paralelos, como fichas, apontamentos, arquivos, que não estão, por óbvio, assinados, autenticados e com reconhecimento de firma. O fato é que, conforme amplamente demonstrado pela prova documental, foi encontrada diferença entre o valor oficialmente declarado de vendas e aquele efetivamente havido, relatado em paralelo por controle alheio aos livros comerciais.
>
> A testemunha confirma a autenticidade da documentação obtida, demonstrando que foi assinada pelo réu e carimbada pela empresa, algo fácil de ser verificado pela própria análise dos demonstrativos acostados aos autos. Ainda, a testemunha P. C. corroborou, nos depoimentos que prestou em dois dos

processos, as afirmativas feitas pelas demais testemunhas.
A defesa, por sua vez, insiste que a documentação obtida não tem idoneidade para ser utilizada em processo penal. Esquece, primeiramente, que está amplamente comprovada nos autos, pela assinatura do réu, pelo carimbo da empresa e pelas declarações das testemunhas a autenticidade da procedência dos documentos. Ainda, esquece da presunção de legitimidade e veracidade dos atos praticados pelos agentes públicos.
A atuação administrativa, e aí se enquadra a da Administração tributária, goza de presunção de veracidade e legitimidade. Em suma, as afirmações contidas no termo de fiscalização e anexos gozam de presunção de retratar fatos verdadeiros, bem como ter sido realizada de forma legítima. Tal presunção é relativa, podendo ser ilidida por prova contundente em sentido contrário.
Contudo, a defesa não fez a apresentação de qualquer prova, apenas vociferou em suas alegações que tais documentos não são legítimos e o meio de arrecadação foi incorreto, o que já foi refutado em sede de preliminares, seara adequada para tratar de ilicitude de provas.
Ao contrário, os autos demonstram cabalmente a existência e a proveniência dos documentos, demonstrando ser o controle de vendas da empresa gerenciada pelo réu.
Questiona, ainda, porque os fiscais não encontraram nenhuma venda desacompanhada de nota fiscal. A resposta é simples. Não há como provar fato negativo. A nota fiscal não foi emitida, a venda não foi registrada no livro, de forma que somente constava na contabilidade paralela, o caixa dois, mantida pela empresa.
Ainda, por meio das testemunhas de defesa, insistiu na tese de que tais demonstrativos existiam efetivamente, o que já contraria seus próprios argumentos. Contudo, seriam meras estimativas de metas, para que seus funcionários ficassem motivados. Tal tese não guarda qualquer relação com a realidade. Por exemplo, avaliando o demonstrativo de fls. 252 dos autos 110238-7/2005, chega-se a algumas conclusões. Inicialmente,

salta aos olhos o óbvio: o título é 'resumo dos vendedores no período de 01/05/00 a 31/05/00'. A seguir, para cada vendedor é colocado o valor de venda líquida, descontos, quantidade de vendas e comissão. Em seguida, há a coluna "índice geral" e "meta". Este segundo, inclusive, não está preenchido. Finalmente, em uma última coluna existe a quantidade de dias trabalhados. Não tem a menor verossimilhança que a meta de um vendedor seja trabalhar 29 dias, a de outro 23 e, finalmente, um terceiro, tenha meta de trabalhar somente 9 dias. E o pior, este último, deveria realizar só 15 vendas em todo este período.

Fica evidente desta simples análise que o documento é um relatório do mês, não uma projeção de vendas. A própria estrutura do documento ilide a improvável tese defensiva.

Dos depoimentos das testemunhas de defesa, somente se extrai que praticaram delito de falso testemunho, que poderá resultar na abertura de processo separado, com consequências distintas. Para este feito, os depoimentos prestados não ilidiram em nada a presunção estabelecida pelos autos de infração lavrados.

Ademais, os delitos contra a ordem tributária não são simples exercício paralelo da ânsia do Fisco Estatal. Eles vêm punir condutas fraudulentas adotadas para subtrair-se à obrigação de pagar tributos. Tal obrigação é compulsória, contudo, o mero inadimplemento gera inscrição na dívida ativa. A fraude, combinada com o inadimplemento, vem caracterizar os delitos analisados.

Dos demonstrativos acostados aos autos, bem como do seu confronto com a contabilidade oficial mantida nos livros da empresa, conclui-se pela correção dos autos de infração lavrados, que refletiram fielmente a diferença encontrada.

O dolo específico está facilmente comprovado, vez que o réu agiu em procedimento desconforme à legislação, tendo ciência deste, embora negue, com o claro intuito de reduzir e/ou suprimir tributo.

> Desta forma, sua conduta subsumiu-se perfeitamente ao tipo penal do art. 1º, II e V da Lei 8.137/90.
> Cumpre ressaltar que a conduta pode ser comissiva ou omissiva. Tal elemento do tipo não consiste sempre em um "fazer", mas pode, perfeitamente, consubstanciar em um "não-fazer". Quando isso ocorre, temos um delito omissivo. O crime omissivo próprio é aquele em que a legislação descreve uma conduta omissiva. No crime omissivo impróprio, o delito é comissivo por excelência, mas, em virtude de norma de extensão da parte geral do Código Penal, poderá ser praticado através de omissão.
> Os delitos praticados pelo réu são omissivos próprios, consistindo em 'omitir operação de qualquer natureza' (inciso II, art. 1º, L. 8.137/90) e 'negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente'. Tais condutas são perfeitamente descritas na denúncia. O réu, por inúmeras vezes (pelo menos duzentas e treze vezes), omitiu vendas realizadas da fiscalização tributária, não recolhendo o tributo respectivo, ao não emitir notas fiscais e contabilizar no livro adequado".

Analiso a prova documental produzida.

Processo nº **1175-6** - loja da SQS 410 Bl. "B" sala 36, Asa Sul - auto de infração n 2297/2003-GEAUT (fls. 11-13); demonstrativo do controle paralelo das vendas (fls. 35 e 36); julgamento em 1ª instância, reconhecendo a existência de "Caixa 2" (fls. 61 e 62); julgamento pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais (fls. 94-99).

Processo nº **1029-6** - loja da SBN Qd. 2 Bl. "K" sala 9 Térreo, Asa Norte - auto de infração n 1695/2003-GEAUT (fls. 6-8); demonstrativo do controle paralelo das vendas (fls. 31 e 32); julgamento em 1ª instância, reconhecendo a existência de "Caixa 2" (fls. 66-68); julgamento pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais (fl. 112).

Processo nº **102974-5** - loja da SCLS 309 Bl. "A" sala 29, Asa Sul - auto de infração n 2296/2003-GEAUT (fls. 13-15); demonstrativo do controle paralelo das vendas (fls. 36 e 37); julgamento em 1ª instância, reconhecendo a existência de "Caixa 2" (fls. 65 e 66); julgamento pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais (fls. 111-117).

Este processo - loja da SHC/AOS E/A 2/8 Lt. 5 sala 227 - auto de infração n 3648/2003-GEAUT (fls. 13-15); demonstrativo do controle paralelo das vendas (fls. 36 e 37); julgamento em 1ª instância, reconhecendo a existência de "Caixa 2" (fls. 71-73); julgamento pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais (fls. 103-107).

Processo nº **116787-6** - loja da SAI/SO Área 6580 salas 235/236 (Park Shopping) - auto de infração n 3153/2003-GEAUT (fls. 13-15); demonstrativo do controle paralelo das vendas (fls. 45 e 46); julgamento em 1ª instância, reconhecendo a existência de "Caixa 2" (fls. 109 e 110); julgamento pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais (fls. 143, 144 e 147).

A partir da avaliação de todos esses documentos, torna inviável tese absolutória.

Essa vertente não vinga. A interpretação literal do dispositivo que tipifica a conduta criminosa, nos delitos tributários, espanca qualquer margem de dúvida.

Confira-se:

> "Art. 1° Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)
> *Omissis...*
> II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;
> *Omissis...*
> V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.
> Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa".

O réu encontra-se incurso no art. 1º, incisos II e V, da citada lei.

Não há dúvida quanto a tais preceitos.

A existência do chamado "Caixa 2" restou patenteada nos autos.

É indiferente para deslinde da presente demanda perquirir se os documentos foram arrecadados com a assinatura espontânea do apelante ou se derivada de pressão feita pelos auditores. No pertinente, têm tais servidores públicos fé pública para assegurar a veracidade de eventual apreensão de livros fiscais resistida, não basta à defesa simplesmente questionar.

O procedimento tributário tem força probatória para todos os fins.

A impressão dos relatórios de "venda paralela" não altera o deslinde desse voto.

O art. 78, do Código Tributário Nacional, no seu parágrafo único, dispõe que "considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder".

O Fiscal detém o poder de polícia e deve agir com discricionariedade, ou seja, tem liberdade de decidir quais sãos os critérios de melhor solução para realizar a finalidade pública (fiscalização), desde que previstos em lei e sem abuso ou desvio de poder. O poder de polícia tem a faculdade de escolher qual o procedimento a ser adotado dentre os vários descritos na Lei.

O art. 200, do CTN, determina que as autoridades administrativas federais poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, e reciprocamente, quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção.

Portanto, não há que se falar em abuso de poder ou de autoridade por parte dos fiscais, pois o legislador lhes garantiu o acesso incondicional aos documentos fiscais.

Afasta-se alegação de ilicitude da prova. A condenação era de rigor.

DA DOSIMETRIA DA PENA

A d. Defesa Técnica pleiteou, em último caso, seja a pena definitiva reduzida para 2 (dois) anos de reclusão.

Asseverou que a elementar (quantidade de delitos) foi utilizada em dois momentos do cálculo da pena, uma para majorar a pena base, considerada nas circunstâncias do crime, e outra, quando da aplicação da continuidade delitiva (art. 71, CP), o que ensejaria *bis in idem*.

Peço vênia para compilar trecho da r. sentença a respeito do assunto. Anote-se (fl. 653):

> "(...) As circunstâncias do delito (6) que justificam maior reprimenda do que a realizada pelo próprio tipo penal. Com efeito, praticou inúmeras vezes conduta de deixar de declarar e de emitir nota fiscal a respeito de operações realizadas. **Praticou mais de uma das figuras previstas no art. 1º, Lei 8.137/90, o que só não enseja dupla apenação por conta da característica de tipo misto alternativo. Ainda, fez de maneira a dificultar a descoberta do delito, realizando contabilidade paralela completa e detalhada, demonstrando a intensidade de seu dolo**.
> As consequências do delito (7) também são especialmente relevantes, vez que resultaram em enorme desfalque aos cofres públicos, superior a R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais). Ainda, tais fatos ocorreram entre 1999 e 2002 e, conforme informações dos autos, não foram ainda ressarcidos ao erário.
> Finalmente, não há nos autos qualquer menção a reação da vítima (8) que deva ser considerada.
> Assim sendo, considerando a existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis (circunstâncias e consequências do delito) dentre as oito elencadas pelo CP, acresço dois oitavos do intervalo entre o mínimo e o máximo de pena, fixando a pena-base em 2 (DOIS) ANOS E 9 (NOVE) MESES E DE RECLUSÃO e 97 (NOVENTA E SETE DIAS MULTA).
> Não pesam atenuantes (art. 65 e 66, CP) ou agravantes (art. 61 e 62, CP) no presente fato. Ainda, não existem causas de aumento ou diminuição de pena.
> Finalmente, **deve ser aplicada a majorante referente à continuidade delitiva (art. 71, CP). Para tanto, deve ser considerado que o número de condutas praticadas foi incontável, superior a duzentas**. Ainda, o valor do desfalque aos cofres públicos foi extremamente considerável, perpetrado por um longo período de quatro anos, com despudor por parte do réu, que omitia expressiva parte de suas vendas da contabilidade

> oficial, não fornecendo notas fiscais, inclusive. Assim sendo, **aplico ao máximo a majorante do art. 71, ou seja, no patamar de dois terços**". Negritei.

Em que pese o inconformismo, entendo que a menção, por si só, da prática de mais de uma conduta prevista no art. 1º, da Lei nº 8.137/1990, associada à intensidade do dolo, justificariam a avaliação negativa de tal circunstância judicial.

Conforme jurisprudência do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, não há que se falar em pena mínima para quem frauda o fisco mais de 200 (duzentas) vezes, por longo período de tempo.

Reproduzo:

> "*HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA EM CONTINUIDADE DELITIVA. PENA-BASE: 2 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. TOTAL CONCRETIZADO: 4 ANOS, 5 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADMISSIBILIDADE DA CONSIDERAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO COMO MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES DO STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* PELA UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS DO TIPO PARA ELEVAR A PENA-BASE. CULPABILIDADE, TODAVIA, QUE SE REVELA MESMO INTENSA. DIVERSOS TIPOS DE FRAUDE E POR LONGO PERÍODO. AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA EM 2/3 JUSTIFICADO. ELEVADO NÚMERO DE INFRAÇÕES (MAIS DE 200). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM, PORÉM, PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SOMENTE PARA, MANTIDA A CONDENAÇÃO, ANULAR A SENTENÇA NO PONTO EM QUE FIXOU A SANÇÃO PENAL, PARA QUE SE PROCEDA A NOVO APENAMENTO, COM OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS, MANTIDA A SITUAÇÃO PROCESSUAL DO PACIENTE.

1. A pena deve ser fixada com estrita observância dos arts. 59 e 68 do CPB, porquanto a fuga dos parâmetros estabelecidos legalmente ou a ausência de fundamentação válida no momento da dosimetria da pena constitui constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio de *Habeas Corpus*, sempre que não houver necessidade de dilação probatória, pois pode submeter o apenado à prisão por tempo superior ou inferior ao que seria admissível e adequado para a prevenção e reprovação do delito.
2. As instâncias ordinárias, ao considerarem como maus antecedentes ação penal ainda em curso, divergiram do entendimento há muito cristalizado nesta Corte Superior de Justiça, no sentido de que, para fins de exacerbação da pena-base, ações penais em curso, por si sós, não podem ser consideradas como maus antecedentes. Ressalva do ponto de vista do Relator.
3. É firme o entendimento desta Corte de que elementos próprios do tipo penal não podem ser utilizados como circunstâncias judiciais desfavoráveis para o fim de majorar a pena-base, sob pena de *bis in idem*. Vê-se que, *in casu*, o MM. Juiz de primeiro grau e o Tribunal *a quo* embasaram-se em elementos próprios do crime, quais sejam, a obtenção de lucro fácil e a total despreocupação do réu com os destinos do Estado arrecadador, para elevar a pena-base, o que não se coaduna com a sistemática admitida pela legislação penal.
4. **Justifica-se o aumento da pena-base, porquanto utilizadas diferentes condutas fraudulentas e por longo período (4 anos), com a finalidade de iludir o fisco, o que demonstra intensa culpabilidade**.
De fato, **ao meu sentir, aquele que reitera no cometimento do ilícito tributário, por meio de diversos tipos de fraude, demonstra dolo intenso na consecução do intento criminoso e, por isso, deve ter aumentado o desvalor de sua culpabilidade**.
5. **Para o aumento da pena pela continuidade delitiva dentro o intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve-se adotar o critério da quantidade de infrações praticadas**.
Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações; ***in casu,***

> **cometidas mais de 200 infrações, correto o aumento em 2/3 fixado pela sentença**.
> 6. Ordem parcialmente concedida, com ressalva do ponto de vista do relator, tão somente para, mantida a condenação, anular a sentença no ponto em que fixou a sanção penal, para que se proceda a novo apenamento, com observância dos critérios legais, mantida a situação processual do paciente.
> (HC 115.951/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17-6-2010, DJe 2-8-2010). Grifei.

DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O d. Órgão acusador postulou a reforma parcial da r. sentença, vez que o d. magistrado não teria fixado valor mínimo para reparação dos prejuízos sofridos pela Fazenda Pública do DF, sob fundamento de que o débito já está inscrito em dívida ativa.

Preservada a opinião do ilustre *Parquet*, entendo que, diante da informação constante dos autos de que o débito tributário do réu já está inscrito em dívida ativa, e que a Fazenda Pública dispõe de Procuradores capacitados para promoverem a competente execução fiscal, se já não o fez, não vislumbro obrigatoriedade na fixação de valor reparatório mínimo em sede criminal, até por que se cuida de 5 (cinco) processos apensados com complexidade suficiente para justificar a separação das instâncias, visando elidir qualquer possibilidade de balbúrdia processual.

ISTO POSTO, rejeitadas as preliminares, no mérito, nego provimento aos recursos.

É o voto.

Des. João Timóteo de Oliveira (Revisor) - Com o Relator.

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

DECISÃO

Rejeitar a preliminar. Negar provimento a ambos os recursos. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2008011025470-5

Apelante - W. L. C.
Apelado - MPDFT
Relator - Des. Alfeu Machado
Segunda Turma Criminal

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. NULIDADE DA SENTENÇA POR APRECIAÇÃO DAS PROVAS E DAS TESES DA DEFESA. INOCORRÊNCIA. ESGOTAMENTO DA MATÉRIA. *DECISUM* MONOCRÁTICO FUNDAMENTADO À EXAUSTÃO. CRIME AMBIENTAL. PESCA ILEGAL NO LAGO PARANOÁ COM REDE PREDATÓRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE TÃO SÓ A CASOS ESPECÍFICOS, EM QUE HAJA MÍNIMA LESIVIDADE REAL E NA AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PROIBITIVA. PESCA PREDATÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENA DE MULTA APENAS. INVIABILIDADE. *QUANTUM* DA PENA CORPORAL FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNÇÃO PEDAGÓGICA DA PENA SUBSTITUÍDA. MAIOR GRAVIDADE PARA COM O ACUSADO. RELAÇÃO INVERSA DO PEDIDO.

1. Não há nulidade, por suposta ausência de fundamentação, quando esta se faz de forma exaustiva, tampouco se falar em "sentença genérica", que desrespeita o trabalho jurisdicional do magistrado singular. Ademais, a proibição advém da lei, cujo questionamento não se fez. Vale ressaltar que o costume *contra legem* é vedado na seara criminal, além de que o magistrado não é obrigado a responder a todas as teses da parte, se dispuser de outros meios satisfatórios para julgar a demanda, mesmo que não seja, talvez, a alternativa mais recomendável, não tendo, *in casu,* o condão de impor nulidade ao julgado.

2. A conduta do réu não pode ser tida como insignificante, não havendo que se falar em reduzidíssimo grau de reprovabilidade tampouco em aceitação social, diante da relevância do bem jurídico constitucionalmente protegido, bem como do dever de proteção ao meio ambiente, imposto a cada cidadão pelo texto constitucional, conforme se extrai do art. 225 da Carta Magna.
3. O resultado da conduta praticada pelos réus, qual seja, a pesca ilegal de 15 kg de peixe do Lago Paranoá, ou mesmo os 8 kg alegados pela defesa, também não pode ser tido como irrelevante, mesmo que se alegue que o peixe é abundante no lago, quando há expressa proibição da pesca da maneira como feita pelo acusado (uso de rede), se constituindo assim, verdadeiramente em crime formal.
4. Verificada a tipicidade formal e material, não sendo caso de aplicação do princípio da insignificância, ante a ausência de qualquer de suas espécies (insignificância da conduta ou insignificância do resultado).
5. Não é possível, ante a gravidade da conduta, a fixação de pena de multa apenas, ante à necessidade do caráter educativo da pena corporal, substituída por restritiva de direitos, em que poderá se dar real ciência ao acusado da gravidade de seus atos e reeducá-lo, efetivamente, para que não volte a cometer o delito em tela, que ocorre muitas vezes por desconhecimento e de certo não se equipara a muitos dos demais delitos previstos na legislação ambiental. Ademais, foi a intenção da Sentença ao não substituir a pena corporal somente por multa, eis que esta seria mais gravosa ao acusado, fato do qual se descurou a defesa.
6. Negou-se provimento ao apelo do réu.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Alfeu Machado - Relator, Silvanio Barbosa dos Santos - Vogal, João Timóteo de Oliveira - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador João Timóteo de Oliveira, em proferir a

seguinte decisão: rejeitar a preliminar. negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Distrito Federal ofereceu denúncia contra **W.L. da C.** imputando-lhe a prática do crime previsto no Art. 34, §único, inciso II da Lei 6905/98 (pesca mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos).

Consta do relatório da r. Sentença recorrida:

> "Vistos etc.
> O Ministério Público denunciou W.L. da C. e F.G.R.F., devidamente qualificados nos autos, atribuindo-lhes a autoria da conduta prevista no art. 34, § único, inciso II, da Lei n° 9.605/98, assim descrevendo a dinâmica dos fatos:
> "Consta no incluso inquérito policial que os denunciados, no dia 25 de setembro de 2007, por volta das 22 hrs, foram surpreendidos na ML 08, altura do Conjunto 1, no Lago Paranoá, Lago Norte-Distrito Federal, por policiais da Companhia da Polícia Militar Ambiental do Distrito Federal, pescando, consciente e voluntariamente, mediante a utilização de petrecho não permitido, a saber uma rede de arrasto de náilon, de aproximadamente 1,5 m de largura por 400m de comprimento, medindo cada malha 60mm entre os ângulos oposto, conforme descrito no laudo de exame de objeto, presente às f/s. 30-36, do referido Inquérito.
> A Portaria n. 466, de 8 de novembro de 1972, da Superintendência do Desenvolvimento da Pesca (SUDEPE), em seu art. 2°, alínea "a" proíbe 'a utilização de quaisquer redes de arrasto e de lance, na pesca interior, com a praticada pelos denunciados.
> A Portaria n. 07 de 18 de dezembro de 2003, da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Hídricos do Distrito Federal, a seu turno, restringiu no exercício da pesca profissional,

o uso de tarrafas com malha igual ou inferior a 60 mm (entre os opostos da malha esticadas), linha de mão, caniço simples e caniço com molinete).

Os denunciados não possuem autorização para pescar com mencionado petrecho e sequer detêm licença para pesca amadora, forma encontrados em poder de aproximadamente 15 kg de peixe tipo tilápia, em um barco de madeira pertencente ao denunciado Wilson Leal da Costa.

A pesca amadora com barco (pesca embarcada), de acordo com o art. 3°, inciso II, da Portaria n. 30 do IBAMA, de 23 de maio de 2003, exige licença e não permite a utilização de rede de arrasto, como a manuseada pelos denunciados.

Assim agindo, 'ambos incorreram nas penas do art. 34, Parágrafo Único, inciso II, da Lei n. 9.605/98..."

A denúncia foi recebida em 03 de abril de 2008, conforme decisão de fl. 73.

Os acusados foram citados às fls. 77.

À fls. 78/79 o acusado W. foi interrogado.

No curso da instrução, foi ouvida a testemunha I.L. de S. (fl. 95), tendo o Ministério Público desistido da oitiva F.C. (fl. 94).

Na fase do art. 402 do Código de Processo Penal, o Ministério Público requereu a intimação do acusado F. para oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo. A defesa nada requereu.

Em 09.03.2009 foi realizada audiência preliminar, oportunidade em que foi oferecida e aceita proposta de suspensão condicional do processo ao acusado F. (fl. 110).

Em alegações finais, o Ministério Público postulou a procedência da pretensão punitiva do Estado, para condenar W.L. da C., nos termos da denúncia (fls. 134/140).

A Defesa, por seu turno, pugnou pela absolvição do acusado, alegando a atipicidade das condutas atribuída ao acusado, seja por ausência de dolo, seja pela aplicação do princípio da insignificância e sucessivamente pela pena apenas de multa (fls. 143).

A r. sentença monocrática condenou o réu **W.L. da C.** à pena de 01 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, substituída por 01 (uma) pena restritiva de direitos, a critério do Juízo das Execuções.

Inconformado com a condenação apela o acusado **W.L. da C**. Em sua apelação, em síntese, são as seguintes as teses de defesa:

1.) Nulidade da Sentença em razão de suposta falta de valoração sobre as alegações finais apresentadas e por considerar esta "genérica", sem a devida fundamentação, pelo que se seria nula;

2.) A aplicação do princípio da insignificância ao caso em tela;

3.) A substituição da pena corporal por pena de multa.

Em suas contrarrazões, o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e improvimento apelo. Também este é o posicionamento da d. Procuradoria de Justiça que oficia perante esta e. Turma.

É o relatório.

VOTOS

Des. Alfeu Machado (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Passo a análise pormenorizada do inconformismo.

1.) DA ALEGAÇÃO DE GENERICIDADE DA SENTENÇA E FALTA DE ENFRENTAMENTO DO EXPOSTO NAS ALEGAÇÕES FINAIS. EXACERBAÇÃO NO INCONFORMISMO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DECISUM MONOCRÁTICO QUE RESTOU FUNDAMENTADO DENTRO DOS NORMATIVOS APLICÁVEIS AO CASO EM TESTILHA E FEZ O DEVIDO COTEJO DO TIPO LEGAL. ENTENDIMENTO PRÓPRIO DO MAGISTRADO ACERCA DO FEITO. ALEGAÇÃO DE SENTENÇA GENÉRICA. ARGUMENTO DESCABIDO E TEMERÁRIO. ENFRENTAMENTO NESTA SEDE.

Alega o recorrente que a sentença que lhe condenou as penas do art. 34, II da Lei 9.605/98 seria nula, eis que genérica e ausente em fundamentação e que a MM. Juíza Sentenciante não se manifestou adequadamente sob os termos postos nas Alegações Finais.

A tese não merece prosperar.

Isto em razão de que, mesmo em comungando o entendimento que de fato o *decisum* monocrático não enfrentou todas as teses ventiladas, assim o fez

não por desleixo ou por vontade de causar dano ao acusado, mas porque entendeu pela desnecessidade de tal medida.

Isto se dá pelo fato de que, como será aduzido em momento oportuno, não interessa a espécie de peixe, o seu valor comercial, se a espécie é exótica ou nativa. **O que apreciou a r. Sentença vergastada foi o fato de o acusado portar rede para pesca predatória, em desacordo com a determinação legal, sem autorização para aquele tipo de pesca e estar efetivamente pescando em local proibido. Não é necessário mais que isso para o pleito condenatório.**

Pensar diferente seria impor ao juiz que, a despeito da legislação que impõe a proibição da pesca no Lago Paranoá, criar parâmetros não queridos pelo legislador, importando em usurpação desta função e violação ao princípio constitucional da separação de Poderes.

Pergunta-se: com base em que alega a defesa ser a Sentença "genérica", quando expôs o fato e as implicações legais de tal ato, os normativos aplicáveis ao caso, colacionando doutrina e jurisprudência sobre o tema? Tal argumento é metajurídico, desnecessário, sendo que a i. defesa técnica pode muito bem defender os direitos do acusado, sem precisar desmerecer o trabalho do juiz e, *data vênia,* definir que tópicos haveria de serem explanados ou referendados em tal ou outro momento da Sentença.

Não há aqui nulidade. Entretanto, **pela devolução da matéria a esta instância revisora,** entendo que, se assim insiste a i. defesa técnica, **esta Relatoria se manifestará sobre os temas alinhavados, em especial daqueles apostos nas Alegações Finais.**

1.) Quanto aos suposto laudo de avaliação dos peixes, este é ABSOLUTAMENTE DESNECESSÁRIO, eis que o simples fato de o acusado estar pescando com tralha fora dos conformes legais e em local aonde a pesca desta maneira é proibida, **MESMO QUE NÃO PEGUE NENHUM PEIXE**, é passível de reprimenda;

2.) Como dito alhures, não interessa mesmo que a tilápia seja espécie exótica, não natural das bacias hidrográficas brasileiros ou mesmo que, no Lago Paranoá, esta tenha sido ou seja considerada como espécie invasora. O delito não prevê o tipo do peixe, e não pode o intérprete dar tal interpretação, sob pena de estar se criando novo tipo legal;

3.) Tampouco interessa a suposta falta de lesividade ao afirmar que a pesca foi de apenas uns poucos quilos do peixe. O tipo em caso prevê o modo da pesca (qualitativo) e não o modo quantitativo. Ou seja, não é situação de se

apenar o acusado por ter pescado além de cota fixada na lei, mas, simplesmente de ter pescado de modo contrário à lei;

Com relação ao princípio da insignificância, aduz momento próprio para sua valoração, aduzindo que o julgado acostado à última folha das alegações finais (fl. 145) **NÃO SE APLICA AO CASO DOS AUTOS**, eis que naquela situação se tratava de pescadores artesanais, com molinetes de pesca ao invés de **REDE**.

Confira-se o posicionamento deste e. TJDFT sobre o tema em comento, *in verbis*:

> ***(...) Verificando-se que o juiz ao considerar o conjunto probatório que se logrou formar ao longo do trâmite processual, convenceu-se da materialidade e autoria do crime imputado ao recorrente e declinou os motivos do seu convencimento, não há falar em nulidade da sentença por falta de fundamentação.***
> *(20020710162098APR, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 10/07/2008, DJ 07/08/2008 p. 73)*
>
> *(...)* ***1. Não há cerceamento de defesa se o julgador desenvolveu raciocínio que lhe permitiu fazer incidir o preceito legal ao fato concreto. Preliminar rejeitada.***
> *(20020111070659APR, Relator NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO, 2ª Turma Criminal, julgado em 04/10/2007, DJ 04/12/2007 p. 158)*

Assim, não persevera a tese de nulidade da Sentença, sendo o aqui dito feito apenas para conferir efeito **INTEGRATIVO** ao julgado, não substitutivo.

2.) DA INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

Pugna o acusado pela aplicação do princípio da insignificância, sob a alegação de que o prejuízo causado pela sua conduta é ínfimo visto que a retirada de 8 Kg de peixe do Lago Paranoá não é capaz de provocar uma degradação significativa ao ambiente.

Não lhe socorre a razão. **Nos crimes contra o meio ambiente, o princípio da insignificância tem aplicação dosada e seus requisitos são mais acurados que os aplicados, por exemplo, nos crimes contra o patrimônio.**

Isto se dá, pois a vítima indireta é a própria coletividade. De certo que há casos em que o princípio se aplica de forma correta e indene de dúvidas, como ao caso de uma pessoa que retire cascas de uma árvore para fazer chá, sem contudo causar danos ao vegetal.

Ademais, bem asseverou a d. Sentenciante:

> *"No tocante à aplicação do princípio da insignificância, anoto que no direito penal ambiental vige o princípio da prevenção ou precaução, orientado à proteção do meio ambiente, ainda que não ocorrida a lesão, a degradação ambiental, pois esta é irreparável."*

Aqui retoma-se o raciocínio anterior, quanto á suposta nulidade da Sentença: a defesa não alega que a sentença não enfrentou as teses lançadas nas alegações finais? E o que é tal valoração, sobre o princípio da insignificância, **ALEGADO NAS ALEGAÇÕES FINAIS**?

Continua a MM. Juíza:

> *"O denunciado, em interrogatório judicial, alegou que a quantidade de peixes era de aproximadamente 8 quilos.* ***Asseverou que tinha conhecimento da proibição da utilização de rede, acrescentando que não tem autorização para pescar como amador, nem como profissional."***

Ou seja, o acusado ***SABIA QUE NÃO PODIA PESCAR E MESMO ASSIM O FEZ***. Aqui, mais uma vez, cai por terra a alegação de que a sentença seria *genérica* (sic).

É certo de que o art. 34, II da Lei 9.605/98 é norma penal em branco, ou seja, depende de ser completada por outros normativos legais de mesma hierarquia, inferiores ou mesmo normativos infralegais. *In casu*, se aplica, coligado a este, os dispositivos citados na Sentença **COMO FUNDAMENTAÇÃO LEGAL Á CONDENAÇÃO**.

O método utilizado pelo réu uso de rede para pesca predatória, também é vedado por lei, nos termos do art. art. 3º, III da Lei Distrital 3066/02, que assim dispõe, em seus dispositivos pertinentes:

> ***Art. 3º*** *Fica terminantemente proibida a pesca no Lago Paranoá mediante:*

> ***I - o uso de rede de superfície;***
> *II - a utilização de qualquer artefato explosivo ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante;*
> ***III - a prática de rede batida;***
> *IV - a prática de mergulho com fisga, arpão, espingarda de mergulho e equipamentos semelhantes;*
> *V - o uso de substâncias químicas de qualquer natureza que provoquem a morte ou alterações no comportamento dos animais.*
> ***Art. 4º Só poderá exercer a pesca profissional no Lago Paranoá*** *o pescador do Distrito Federal ou de outros estados da Federação que estiver devidamente filiado à Cooperativa dos Pescadores do Lago Paranoá - COOPELAP-DF, entidade credenciada no Departamento de Pesca e Agricultura do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, ou instituição semelhante registrada e domiciliada no Distrito Federal. (Sem grifos no original)*

Sobre a inaplicabilidade do princípio ao crime em comento, luminar exposição do i. Desembargador SÉRGIO ROCHA, que analisou situação de todo semelhante a do caso dos autos:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME AMBIENTAL - PESCA ILEGAL NO LAGO PARANOÁ - PRINCÍPIOS DO IN DUBIO PRO REO E DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE.*
> *1.Comprovadas a autoria e materialidade com relação a ambos os réus, sendo inaplicável à espécie o princípio do in dubio pro reo.*
> ***2.A conduta dos réus não pode ser tida como insignificante, não havendo que se falar em reduzidíssimo grau de reprovabilidade tampouco em aceitação social, diante da relevância do bem jurídico constitucionalmente protegido, bem como do dever de proteção ao meio ambiente, imposto a cada cidadão pelo texto constitucional (CF 225).***
> ***3.O resultado da conduta praticada pelos réus, qual seja, a pesca ilegal de 20 Kg de peixe do Lago Paranoá, também não pode ser tido como irrelevante.***
> ***4.Verificada a tipicidade formal e material, não sendo caso***

> ***de aplicação do princípio da insignificância, ante a ausência de qualquer de suas espécies (insignificância da conduta ou insignificância do resultado)***.
> *5.Negou-se provimento ao apelo dos réus.*
> *(20090110226739APR, Relator SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Criminal, julgado em 18/02/2010, DJ 15/03/2010 p. 214) (Sem grifos no original)*

Se seguem mais arestos desta e. Corte de Justiça:

> CRIME AMBIENTAL. **PESCA COM PETRECHO PROIBIDO (REDE DE ARRASTÃO)**. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE - RECURSOS IMPROVIDOS.
> **1. O princípio da insignificância, via de regra, não se aplica aos crimes ambientais, porque são intervenções desta natureza que potencializam prejuízos aos ecossistemas como um todo, motivos suficientes a embasar a persecução penal.**
> 2. Negado provimento aos recursos.
> (20060111244666APR, Relator JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 18/06/2010, DJ 02/07/2010 p. 144) (Sem grifos no original)

> PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME AMBIENTAL. LEI Nº. 9.605/98. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.
> **O direito a um ambiente ecologicamente equilibrado é de toda a coletividade e sua preservação visa garantir direitos fundamentais, dentre eles a vida, a saúde e o lazer.** É necessária a intervenção estatal para o resguardo do meio ambiente, porquanto se reveste de significativa importância para o regular equilíbrio e sustentação da vida humana, tanto que essa posição de relevância se encontra no próprio texto constitucional. **O princípio da insignificância não comporta aferição apenas pela compreensão do valor econômico do bem jurídico tutelado.** Este se compõe de outros elementos, tais como a

> ofensividade da conduta do agente, a periculosidade social da ação, o grau de reprovabilidade do comportamento, a lesão jurídica provocada. **Em se tratando de crime ambiental, a repercussão presente e futura do dano bem como sua dimensão espacial a alcançar todo o entorno do local onde verificado, não admitem chamamento ao princípio da insignificância, sob pena de se reduzir a relevância daquele bem jurídico tutelado, cuja proteção constitucional buscou-se resguardar.** Recurso improvido. (20070111033365APJ, Relator ESDRAS NEVES, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DF, julgado em 14/10/2008, DJ 24/10/2008 p. 101) (Sem grifos no original)

Sobre o tema acerca da substituição da pena corporal por pena de multa, apenas, tenho que o melhor para o Réu é que não lhe seja aplicada pena pecuniária, eis que pessoa simples e de poucos recursos financeiros.

Ademais, a substituição por pena restritiva de direitos se mostrará mais efetiva ao cumprimento da medida tendente a reeducar o acusado, mostrando em verdade os efeitos de seus atos, servindo de verdadeiro efeito pedagógico, sendo recomendável que seja feito em moldes equiparáveis a aqueles estendidos ao corréu **F.G.**, conforme constam das fls. 110.

Ante o exposto, **nego provimento** ao apelo do acusado, mantendo íntegra a r. Sentença recorrida..

É como voto.

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

Des. João Timóteo de Oliveira (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Rejeitar a preliminar. Negar provimento. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2008091023155-8

Apelantes - MPDFT e outros
Apelados - Os mesmos
Relator - Des. Mario Machado
Primeira Turma Criminal

EMENTA

PENAL. TORTURA E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS. PRELIMINAR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A AÇÃO PENAL. MATERIALIDADE. AUTORIA. PROVAS. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 9º DA LEI N. 8.072/90. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009.

Conforme a redação do art. 225, § 1º, II, do CP, vigente à época do fato, cometido o crime de estupro, atualmente previsto no art. 217-A do Código Penal, com abuso da qualidade de padrasto a ação penal é pública incondicionada, sendo o Ministério Público legítimo para propô-la. Acrescente-se, ainda, a orientação da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, praticado o estupro ou o atentado violento ao pudor com violência real, a ação penal é pública e incondicionada, o que determina a titularidade da pretensão punitiva ao Ministério Público. Preliminar rejeitada.

Conjunto probatório que confirma a materialidade e a autoria dos crimes do art. 1º, II, §§ 3º e 4º da Lei n. 9.455/97 e do crime do art. 214 do CP, conduta agora abrangida pelo tipo do art. 217-A do Código Penal (Lei n. 12.015/2009), em concurso material, não cabendo absolvição com base no princípio *in dubio pro reo* nem desclassificação do crime sexual para a conduta do art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Praticado o estupro, que abrange o antigo atentado violento ao pudor, contra pessoa vulnerável após a Lei 12.015/2009, não incide a regra do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, porque revogada. Se praticada a conduta contra pessoa vulnerável,

sem violência real e antes da vigência da Lei n. 12.015/2009, não incide a causa de aumento do art. 9º da Lei n. 8.072/90 para se evitar *bis in idem*, nem incide aquela Lei nova, porque mais gravosa, já que prevê pena de 8 a 15 anos, quando a anterior previa 6 a 10 anos. Mas, havendo presença de violência real na conduta, deve ser aplicada a Lei 12.015/2009 (art. 2º, parágrafo único do CP), porque mais benéfica a pena (8 a 15 anos), vez que a incidência da majorante do art. 9º mencionado (cabível até então) elevaria a pena para os limites de 9 a 15 anos, agravando a situação do condenado.
Apelo do réu desprovido e provido o do Ministério Público.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Mario Machado - Relator, George Lopes Leite - Revisor, Sandra De Santis - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador George Lopes Leite, em proferir a seguinte decisão: desprover o apelo defensivo e prover o acusatório. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 9 de setembro de 2010.

RELATÓRIO

J. C. S., qualificado nos autos, foi condenado, pela prática do crime do art. 1º, II, c/c o § 4º, I, e do art. 1º, II, c/c os § 3º e § 4º, II (duas vezes), tudo da Lei n. 9.455/97 e, também, pelo crime do então vigente art. 214 do Código Penal, c/c o art. 9º da Lei n. 8.072/90 (duas vezes), tendo sido aplicada, no final, a pena total de 47 anos e 6 meses de reclusão em regime prisional inicial fechado (fls. 420/469).

O Ministério Público apelou à fl. 471. Nas razões de fls. 475/489, quanto ao delito de atentado ao pudor, pede seja reconhecida a causa de aumento de pena do art. 9º da Lei n. 8.072/90, mas que seja aplicada, em seguida, a pena do art. 217-A do Código Penal, já que mais benéfica a Lei n. 12.015/09, fazendo incidir, ainda, a causa de aumento do atual art. 226, II, do mesmo Código, tudo em concurso material. Subsidiariamente, não reconhecida a retroatividade da Lei n.

12.015/09, pede a aplicação das causas de aumento dos mencionados artigos 9º e 226, II, sobre a pena do revogado art. 214 do Código Penal, observado o concurso material de crimes.

A defesa técnica apresentou razões de apelação às fls. 494/567, alegando, em preliminar, ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal, aduzindo ausência de representação da genitora das vítimas. No mérito, alega falta de prova da materialidade do crime de atentado ao pudor, pois os laudos não apontaram a existência de ato libidinoso, e, quanto ao crime de tortura, diz que a prova técnica não confirma a ocorrência de sofrimento mental pelas vítimas, elemento normativo necessário para a configuração do tipo. Também sustenta insuficiência de provas para condenação, devendo ser aplicado o princípio *in dubio pro reo*. Afirma que as declarações das vítimas não foram ratificadas pelas demais provas orais colhidas. Pede absolvição em relação a ambos os delitos, com base no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pede a desclassificação da conduta do crime então previsto no art. 214 do CP para aquela prevista no art. 244 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com reflexo na pena fixada. No final, pede seja fixada a pena base no mínimo legal, insurgindo-se contra a negativação das circunstâncias judiciais *culpabilidade*, *personalidade* e *consequências do crime*.

Contrarrazões do réu às fls. 508/510, pugnando pelo desprovimento do recurso do Ministério Público.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 513/527, pugnando pelo desprovimento do recurso do réu.

Destituída a defensora constituída pelo réu (fl. 531), os autos foram enviados à Defensoria Pública, que ratificou, na íntegra, as razões recursais apresentadas pela Defesa particular (fl. 535 verso).

Parecer da Procuradoria de Justiça às fls. 541/553, pugnando pelo parcial provimento do recurso do Ministério Público e pelo desprovimento do recurso do réu.

É o relatório.

VOTOS

Des. Mario Machado (Relator) - <u>Da apelação do réu</u>

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminarmente, ao contrário do que sustenta o apelante, o Ministério Público possui legitimidade para a propositura da ação penal.

Primeiro, registre-se que a redação do art. 225, § 1º, II, do CP, vigente à época do fatos, é expressa no sentido de que, cometido o crime com abuso da qualidade de padrasto, como no caso, a ação é pública incondicionada.

Acrescente-se, ainda, conforme destacou a Procuradoria de Justiça, a orientação da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, praticado o estupro ou o atentado violento ao pudor com violência real, também presente no caso, a ação penal é pública e incondicionada, o que determina a titularidade da pretensão punitiva ao Ministério Público. Nesse sentido:

> *"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLÊNCIA REAL. CONCURSO MATERIAL ENTRE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. FELATIO ORE. ESTUPRO E CRIME CONTINUADO. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO. 1. Omissis. 2. Nos termos da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, quando o estupro ou o atentado violento ao pudor é praticado com violência real, a ação penal é pública e incondicionada, o que garante a legitimidade do Ministério Público. 2.1 Precedente da Turma. '1 - A violência real caracteriza-se não apenas nas situações em que se verificam lesões corporais, mas também em casos em que a vítima sofre ameaça moral intensa de forma a lhe tolher completamente a liberdade de agir segundo a sua vontade. 2 - Há hipótese de crime complexo quando, na prática do estupro, é verificado o constrangimento ilegal, autorizando, dessa forma, a aplicação da Súmula 608 do STF'. (20040110616420APR, Relator Arnoldo Camanho, 1ª Turma Criminal, DJ 26/09/2007 p. 112). 3. Omissis." (20050310201855APR, Relator JOÃO EGMONT, 1ª Turma Criminal, julgado em 05/02/2009, DJ 22/07/2009 p. 343)*

Rejeitada a preliminar, passa-se ao mérito.

As condutas imputadas ao apelante foram assim descritas na denúncia:

"No período compreendido entre os anos de 2005 e 2008, na QR 513, Samambaia/DF,o denunciado, com vontade livre e consciente, por um número não determinado de vezes, submeteu os menores [F. H. C. S.] (08 anos à época em que os fatos se iniciaram), [C. C. S.] (06 anos à época em que os fatos se iniciaram) e [G. C. S.] (06 anos à época em que os fatos se iniciaram), seus enteados à época dos acontecimento, com emprego de violência, consistente em socar-lhes o corpo, a cabeça, além de pisar em suas barrigas e agredir-lhes usando instrumentos diversos, como pedaços de pau, cabo de vassoura e martelo, e graves ameaças de morte, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo pessoal, bem como medida de caráter preventivo, ou seja, para impedir que os fatos praticados contra as crianças viessem à público.

Segundo se apurou, no período acima informado, enquanto mantinha união estável com a genitora das vítimas, [H. C. S.], o denunciado, aproveitando-se da ausência desta na residência do casal, por um número não determinado de vezes, a pretexto de castigar-lhes, ou simplesmente pelo prazer de impingir-lhes castigos físicos, agrediu fisicamente os enteados batendo no corpo dos menores com as mãos ou com instrumentos diversos, causando-lhes intenso sofrimento físico e mental.

As agressões iniciaram-se por volta do mês de abril do ano de 2005, enquanto a genitora das crianças se encontrava hospitalizada por haver dado à luz o primeiro filho do casal, [H. D. C. C.] (fl. 15).

Aproveitando-se do fato de estar sozinho com as crianças, o denunciado passou a dar vazão aos seus instintos, valendo-se de uma régua de madeira, com a qual batia na cabeça, nas pernas e nos pés dos enteados.

Sob constantes ameaças de morte e de mais castigos físicos, as crianças optaram pelo silêncio, o que fez com que o denunciado passasse a agredi-los com mais crueldade.

A partir dali, as agressões passaram a ser quase diárias, pois o denunciado, autônomo, passava a maior parte do tempo em casa, na companhia do filho e dos enteados.

Algumas vezes, ele colocava as crianças de joelhos e passava a bater em seus pés com o uso de um segmento de madeira. Certa feita, ele utilizou um martelo para ferir os pés do menor [F. H. C. S.].

Em outras ocasiões, diante da recusa das crianças em comer toda a refeição, o denunciado as agredia na boca, enfiando nela um cabo de vassoura.

Em mais de uma oportunidade, o denunciado aplicou socos nas crianças, bem como as deitou sobre o chão, vindo a pular sobre seus corpos. Por conta desse comportamento, o denunciado acabou por provocar a hospitalização dos menores [F. H. C. S.] e [G. C. S.], em virtude de graves lesões nos órgãos internos, que lhes ocasionaram incapacidade para as funções habituais por mais de 30 (trinta) dias, bem como perigo de vida.

Para evitar que seus atos viessem ao conhecimento das autoridades públicas, o denunciado ameaçava constantemente as crianças, submetendo-as a intenso sofrimento mental, pois informava que iria matá-las, ou matar a genitora delas, além espancá-las caso viessem a relatar os fatos a alguém.

Visando dar credibilidade às suas palavras, o denunciado manuseava instrumentos que utilizava para agredir os menores, além de armas de fogo, o que fazia com que as crianças silenciassem, motivadas pelo terror.

As agressões somente cessaram com o fim do relacionamento da genitora dos menores com o denunciado, fato ocorrido no primeiro semestre do corrente ano.

No período compreendido entre os anos de 2005 e 2008, o denunciado, com vontade livre e consciente, por um número não determinado de vezes, constrangeu as menores [G. C. S.] e [C. C. S.], suas enteadas à época dos fatos, mediante violência, consistente em socar-lhes o corpo, a cabeça, além de pisar em suas barrigas e agredir-lhes usando instrumentos diversos, como pedaços de pau, cabo de vassoura e martelos; e graves ameaças de morte, a permitir que com elas praticasse atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Segundo se apurou, no mesmo contexto de violência e terror

> criado pelo denunciado, aplicando os mesmos expedientes que utilizava para torturá-las, o denunciado, desta feita visando a satisfação de seus instintos sexuais, determinava às suas enteadas [G. C. S.] e [C. C. S.], separadamente e sempre na ausência de sua companheira, que se dirigissem até um dos cômodos da casa, geralmente o quarto do casal, e, lá chegando, determinava a elas que retirassem suas vestes, vindo a introduzir seu pênis no ânus das crianças, bem como a esfregá-la na entrada de suas vaginas, chegando a ejacular.
> Tais atos eram praticados de forma frequente, sendo que os atos sexuais eram acompanhados de sessões de espancamento, mesmo que não houvesse resistência por parte das vítimas.
> Isto posto, requer o Ministério Público a instauração de processo-crime contra [J. C. S.], como incurso:
> 1 - Nas penas do art. 1°, inciso II, com a causa de aumento prevista no § 4°, inciso II, todos da Lei 9.455/97 (vítima [C. C. S.]), aplicando-se as regras da continuidade delitiva (art. 71 do CP);
> 2 -Nas penas do art. 1°, inciso II e § 3°, com a causa de aumento prevista no § 4°, inciso II, todos da Lei 9.455/97 (vítimas [F. H. C. S.] e [G. C. S.], aplicando-se as regras da continuidade delitiva (art. 71 do CP), por 02 (duas) vezes, em concurso material (art. 69 do CP);
> 3 - Nas penas do art. 214 do Código Penal, com a causa de aumento do art. 9° da Lei 8.072/1990, em continuação delitiva (art. 71 do CP), por 02 (duas)vezes, em concurso material (art. 69 do CP).
> Requer seja o denunciado citado para apresentar defesa preliminar e para todos os demais atos processuais, pena de revelia, até final sentença condenatória. Requer, ainda, sejam notificadas as vítimas e testemunhas abaixo arroladas para que sejam ouvidas sobre os fatos ora narrados, sob as penas da lei." (fls. 2/6)

De início, registre-se a certeza da materialidade tanto do crime de tortura quanto do atentado violento ao pudor. Nesse sentido a vigorosa prova colacionada, merecendo destaque a narrativa das vítimas, ouvidas na Delegacia e em Juízo.

Com efeito, diversamente do que assevera a Defesa, em casos de crimes desta natureza, que na maioria das vezes não deixa vestígios, prescinde-se do exame de corpo de delito, sendo suficiente a palavra segura da vítima, corroborada pelos demais elementos probatórios existentes no processo, como na hipótese.

Como é cediço, a ausência de vestígios materiais não é conclusiva a respeito da inexistência do crime contra a dignidade sexual, vez que nem todos os atos libidinosos deixam vestígios duradouros.

Quanto ao crime de tortura, a prova da materialidade, no caso, também pode ser extraída dos diversos depoimentos colhidos na fase extrajudicial e em juízo, sendo absolutamente desnecessária a realização de avaliação pericial para a certeza dos transtornos psicológicos sofridos pelas vítimas. Obviamente, crianças de 6 e 8 anos de idade, ameaçadas de morte, com objetos e até arma de fogo, por longo período, no caso, mais de 3 anos, têm prejudicado seu desenvolvimento mental, com sequelas para o resto da vida, o que é de conhecimento mediano e notório. Inclusive, como se verá a seguir, as vítimas perderam o ano escolar na época. Ademais, o sofrimento físico, por si só, já configurou o delito de tortura, a exemplo, além dos constantes castigos corporais, da internação hospitalar de duas das vítimas em razão de violenta agressão praticada pelo acusado, causando-lhes lesões em órgãos internos ao corpo (rompimento do fígado em uma e vômito de sangue pela outra).

Superada a questão da materialidade dos crimes, robustamente comprovada, também não possui razão o apelante quando afirma prova insuficiente para a condenação.

A autoria imputada ao apelante na denúncia foi confirmada durante a instrução criminal, tendo o M. Juiz valorado a prova com percuciência na sentença condenatória, cujos fundamentos sequer o apelante logrou impugnar pontualmente. Aliás, nas razões de apelação, limitou-se a fazer alegações genéricas, totalmente desprovidas de amparo, porque o conjunto probatório não deixa dúvida de que o acusado efetivamente cometeu as condutas descritas na inicial.

Embora tenha negado a autoria em juízo (fls. 350/352), o acusado confirmou que, enquanto sua companheira, mãe das vítimas trabalhava fora, cuidava de seus enteados, duas meninas de 6 anos de idade (gêmeas) e um garoto de 8 anos de idade, e do filho do casal, um bebê. Disse que nunca bateu nas crianças nem proferiu ameaças contra elas. Sobre o ferimento na cabeça do garoto, afirmou que um quadro caiu na cabeça dele e, em seguida, disse que ele

teria caído do tanque, quando tentava pegar comida para o cachorro. Também disse que já bateu nas crianças com chinelo no bumbum, quando estas estavam brigando. Releva destacar a afirmação de que "*nunca bateu com rodo na cabeça de* [F.]*, mas confirmou tal fato na DPCA em virtude da pressão que estava sofrendo, ainda mais porque estava sendo processado pelo disparo de arma de fogo*" (fl. 351) e, também, a declaração de que "*nunca abusou sexualmente das meninas; que o interrogando disse ter enfiado o dedo no ânus de uma das meninas quando depôs na DPCA porque estava sob muita pressão e em desespero em razão do disparo de arma de fogo contra sua companheira; que o depoimento do interrogando foi filmado*" (fl. 351).

Veja-se que o apelante afirma que sua confissão pontual na delegacia ocorreu porque estava sob pressão. Mas não imputa o exercício da pressão à polícia. Não alega coação. Diz que se sentiu pressionado porque já respondia à acusação de disparo de arma de fogo efetuado contra a mãe das vítimas. Seu depoimento na delegacia foi filmado.

Nesse quadro, não há a menor dúvida de que os fatos confessados são verdadeiros, até porque corroborados por outras provas colhidas sob o crivo do contraditório, como se verá a seguir.

O depoimento detalhado, seguro e coerente das três vítimas não deixam a menor dúvida dos atos praticados pelo acusado. Corroboram os fatos confessados por ele e confirmam os demais descritos na denúncia.

O menor F. H., na fase judicial (fls. 300/303), declarou que as agressões sempre aconteciam quando a mãe saía para trabalhar. Disse que o acusado batia nele e nas irmãs, sem nenhuma razão, com chineladas ou com uma régua de madeira no rosto, nas pernas, na palma da mão e na sola dos pés, agressões estas que deixavam marcas no corpo. Contou que o acusado proferia ameaças de morte contra todos eles. O menor também contou que, certa vez, o acusado apontou arma de fogo contra ele. As agressões ocorriam quase que diariamente, tendo o acusado, por fim, passado a agredir as crianças com murros na barriga e no peito. Às vezes, ele também colocava os menores de joelhos e batia neles com pedaços de madeira na sola dos pés, tendo, numa ocasião, usado um martelo para bater em seus pés, machucando-os. Acrescentou que, quando as crianças não queriam comer toda a comida do prato, o acusado enfiava um cabo de vassoura nas bocas delas. O menor disse que foi agredido diversas vezes com socos no peito, tendo desmaiado em algumas delas. Certa vez, depois de desmaiar, o acordou com o acusado jogando-o para o alto e deixando-o o cair no chão. Em outra ocasião, o acusado ordenou que deitasse no chão. Tendo obedecido, foi

pisado na barriga e, por conta dessa agressão, teve o fígado rompido, razão pela qual foi submetido a uma cirurgia, ficando quase um mês internado no hospital. Sobre esse fato, o acusado afirmou para as pessoas que o menor havia caído do tanque e batido em uma caixa de gordura. Acrescentou que, na mesma época em que foi agredido com o martelo, foi golpeado na cabeça pelo agressor, que usou um rodo, cujo corte resultante teve que ser fechado com três pontos. Disse, ainda, que o acusado o obrigou a beber um pouco de *Qboa*, o que provocou queimadura em sua garganta. Contou que o agressor pisou diversas vezes na barriga de sua irmã G., que chegou a vomitar sangue. Afirmou que as agressões perduraram por aproximadamente 3 anos e pouco. Sobre o atentado violento ao pudor praticado contra suas irmãs, o garoto disse que via o acusado levá-las para o interior do quarto e fechar a porta e, ao sair, as meninas iam tomar banho. Elas lhe contaram que o acusado abusava sexualmente delas, narrando os diversos atos descritos na denúncia. Disse que resolveram contar os fatos, após a mãe deixar o país, indo morar na Espanha.

A vítima C., também em juízo (fls. 310/312), noticiou que seu irmão F. foi ameaçado de morte pelo acusado, que apontou uma arma de fogo para a cabeça do menor e, certa vez, o obrigou a beber *Qboa*. Confirmou que o acusado agredia as crianças com murros, dizendo que se contassem algo para a mãe, mataria a todos. Disse que viu quando o acusado bateu na cabeça de F., que necessitou de pontos no local. Também relatou ter sido agredida com um cabo de vassoura na cabeça e que o acusado batia nas pernas e na cabeça dos três com uma régua de pau e, também, com chutes e socos. Certa vez, foi agredia com um chute, que lhe provocou um desmaio. Disse que as crianças eram obrigadas pelo agressor a irem para a escola, vestindo roupas compridas para esconder as marcas no corpo. Ele as ameaça de morte, caso contassem sobre as agressões para alguém. Acrescentou que o acusado esquentava uma colher no fogão e queimava a língua das crianças e que ele também apertava a língua delas com um alicate. Disse, também, que, numa ocasião, o acusado obrigou sua irmã G. a beber o próprio sangue que havia vomitado depois de ser agredida por ele. Sobre o abuso sexual, disse que o acusado colocava o pênis em seu ânus e o esfregava em sua vagina, provocando-lhe muitas dores, confirmando que ele fazia o mesmo com a irmã dela. Que só contaram os fatos para a avó, depois que a mãe delas estava segura na Espanha.

Igualmente perante o Juiz (fls. 307/309), a outra vítima, a menina G., contou que o acusado deu uma martelada no pé de seu irmão F. e que ele batia com uma régua de pau nos três irmãos, batendo na cabeça, na palma das mãos e

na sola do pé. As agressões aconteciam todos os dias. Confirmou as ameaças de morte feitas pelo agressor, que colocava as crianças de joelho e batia de cinto e dava chutes na barriga e murros. Certa vez, após ser agredida com chutes e socos no tórax e na barriga, vomitou sangue, que foi obrigada a beber pelo acusado. Em razão dessa agressão foi encaminhada para o hospital. Sobre o abuso sexual, contou que o acusado colocava o pênis em seu ânus, confirmando que ele fazia o mesmo com a irmã dela. Disse que as agressões duraram por quase 4 anos e que tinha medo que o acusado matasse a mãe dela, caso contassem para ela sobre a sessão de tortura e abusos a que eram submetidos.

Como se vê, as declarações das vítimas são coerentes e harmônicas, não havendo, nos autos, nenhum elemento nos autos que leve a crer que as três crianças quisessem imputar falsamente tais crimes ao acusado, principalmente assumindo vitimização de abuso sexual. Certo que se tais atos não tivessem ocorrido e as crianças quisessem apenas se vingar do acusado por algum motivo, não o fariam assumindo submissão a atos carregados de tamanha humilhação, desonra e constrangimento.

De qualquer sorte, a condenação não se baseia apenas nas declarações da vítima. Absolutamente, não.

Conforme exaustivamente demonstrado na sentença, a certeza da autoria foi corroborada pelo depoimento de M. C. S., avó materna das vítimas, a quem as crianças contaram tudo após a separação entre a mãe e o acusado. M. C. S. foi a primeira a tomar conhecimento das agressões, dando notícia dos crimes à autoridade policial (fls. 5/6). Da mesma forma, em juízo (fls. 304/306), a avó confirmou e noticiou todos os fatos narrados pelas vítimas.

E não é só. O conjunto probatório conta ainda com as declarações da testemunha Elisângela Agostini, policial civil com capacitação para trabalhar com vítimas como as do caso. A profissional disse que ouviu as vítimas do abuso sexual, que se encontravam extremamente tensas, nervosas e constrangidas e se recusaram a manusear os brinquedos e jogos fornecidos. Com o uso de técnica adequada, após um longo período, as meninas relataram os fatos descritos nos relatórios de fls. 23/26 e 28/30, confeccionados no mesmo dia da entrevista. A policial declarou que as crianças relataram os abusos sexuais que sofreram individualmente, em ocasiões distintas, mas sabiam do que acontecia com uma e com outra, pois confidenciavam uma para a outra. Disse que, pelo relato das vítimas, os abusos aconteceram inúmeras vezes, acompanhadas de agressões físicas, ou gratuitas ou porque as meninas se recusavam a continuar o ato sexual

ou porque reclamavam de dor e pediam o acusado para parar. Disse que ter ouvido delas que eram agredidas com murros e com uma régua durante os abusos sexuais. Confirmou, ainda, que elas contaram os atos de tortura descritos na denúncia, dos quais também era vítima o irmão (fls. 341/342).

Registre-se, ainda, que os laudos periciais de fls. 95/96 comprovam as lesões sofridas pela vítima F., que a levaram à internação hospitalar já mencionada.

Acrescentem-se, também, os diversos documentos de fls. 133/199, todos relativos aos atendimentos hospitalares das vítimas F. e G., noticiando, entre outras coisas, a existência de lesões abdominais e no tórax, tudo em consonância com os demais elementos comprobatórios dos terríveis fatos apurados nestes autos.

Sobre os depoimentos de fls. 347/349, produzidos pelas duas testemunhas lá qualificadas, que tentam inocentar o acusado das imputações da denúncia, foram devidamente valorados pelo Juiz na sentença, cujos fundamentos (fls. 440/441), aqui acolhidos, não foram concretamente rebatidos nas razões do apelo. Note-se que a primeira testemunha noticiou ser desafeta da avó das crianças, além de que não prestou qualquer informação concreta em relação aos fatos, limitando-se a emitir juízo de valor a respeito da conduta acusado. A segunda testemunha, amigo pessoal do acusado, incidiu em contradições em seu depoimento, pois, ao mesmo tempo que afirmou ter ido poucas vezes à casa do acusado, narrou diversos detalhes envolvendo o cotidiano da família, justamente naquilo em que se relaciona com os fatos sob julgamento. Assim, essas declarações isoladas não encontram harmonia com conjunto probatório, subsistindo os fundamentos registrados na sentença condenatória.

Nesse quadro, diante da coerência das declarações e da atitude das vítimas, assumindo submissão a atos humilhantes, corroboradas pelos depoimentos da avó e da policial, pela prova documental, além da confissão parcial do acusado, não há dúvida nem da materialidade nem da autoria imputada na denúncia, não havendo que se falar em aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Por conseguinte, amoldando-se, formal e materialmente, a conduta do acusado ao tipo do então vigente artigo 214 do Código Penal, não cabe a invocada desclassificação para aquela do art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, até porque o dispositivo invocado refere-se a exploração sexual de criança e adolescente, cujo tipo consiste em submeter menor à satisfação da lascívia alheia, visando obtenção de vantagem, econômica ou não. Não é o caso, conforme exaustivamente demonstrado.

Também não encontra o mínimo apoio a insurgência contra a pena base fixada na sentença. Primeiro, ao contrário do que afirma o apelante, a circunstância *personalidade* não foi negativada na dosimetria da pena, carecendo de interesse nesse ponto. Depois, as circunstâncias *culpabilidade* e *consequências do crime* foram devidamente sopesadas, sendo absolutamente evidentes o elevado índice de reprovabilidade da conduta do acusado e a perpetuação do prejuízo moral sofrido pelas vítimas, tudo a justificar o bem fundamento aumento da reprimenda na sentença (fls. 463/469).

Portanto, nada a prover no recurso do acusado.

Da apelação do Ministério Público

Quanto ao delito de atentado ao pudor, pede seja reconhecida a causa de aumento de pena do art. 9º da Lei n. 8.072/90, mas que seja aplicada, em seguida, somente a pena do art. 217-A do Código Penal, já que mais benéfica a Lei n. 12.015/09, fazendo incidir, em seguida, a causa de aumento do atual art. 226, II, do mesmo Código, tudo em concurso material, já que se trata de duas vítimas.

Mas, na eventualidade de não ser reconhecida a retroatividade da Lei n. 12.015/09, o *Parquet* pede a aplicação das causas de aumento dos mencionados artigos 9º e 226, II, sobre a pena do revogado art. 214 do Código Penal, observado o concurso material de crimes.

De início, veja-se que, conforme o dispositivo da sentença, o acusado foi condenado pelo crime do art. 214 do Código Penal, "*com a causa de aumento do art. 9º da Lei 8.072/90, duas vezes em concurso material*" (fl. 463). Mas, na terceira fase da dosimetria da pena, foi registrado que "*Não constam causas de diminuição ou de aumento da pena, razão pela qual torno-a definitiva em* ***10 (dez) anos de reclusão***" (fls. 466 e 467).

Também registrou o Magistrado que:

> "Apesar da publicação da Lei 12.015/09 que extinguiu o crime de atentado violento ao pudor, transformando-o em crime de estupro de vulnerável, no caso da vítima ter menos de 12 [sic] anos, com penas previstas de 8 a 15 anos de reclusão, é caso de aplicação da lei anterior, por ser mais benéfica ao réu, cujas penas eram fixadas de 6 a 10 anos de reclusão" (fls. 466 e 467).

De fato, com a entrada em vigor da Lei n. 12.015/09, a conduta imputada ao acusado passou a ser regulada pelo novo art. 217-A do Código Penal, cujo tipo,

que inclui o estupro e o atentado violento ao pudor contra pessoa menor de 14 anos ou deficiente mental, está assim descrito:

> *"Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:*
> *Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.*
> *§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.*
> *§ 2º (Vetado)*
> *§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:*
> *Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.*
> *§ 4º Se da conduta resulta morte:*
> *Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos."*

Como se vê, o estupro passou a abranger a conduta de constranger alguém (não apenas a mulher) à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, que anteriormente caracterizava o crime de atentado violento ao pudor, revogando o crime do art. 214 do Código Penal. O novo artigo 213 é aplicável apenas às condutas cuja vítima é maior de 14 anos. Sendo a vítima menor de 14 anos, a conduta amolda-se ao tipo do novo artigo 217-A, com pena mais grave, de 8 a 15 anos.

Assim, a nova Lei n. 12.015/09 criou o crime de estupro de vulnerável, que se configura pelo cometimento de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos (217-A, *caput*), ou com pessoa, de qualquer idade, portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não tem o necessário discernimento ou não pode oferecer resistência (§ 1º). Note-se que o tipo do artigo 217-A não exige o emprego de violência e inclui a menoridade da vítima como elementar, afastando qualquer necessidade de discussão a respeito da sua inocência em assuntos sexuais.

Contudo, necessário verificar se a superveniência da Lei n. 12.015/09 afastou, ou não, a majorante do art. 9º da Lei n. 8.072/90.

Antes da Lei 12.015/2009, o entendimento que prevalecia é o de que, se presente violência real a tipificar o delito do revogado art. 214 do CP, não havia *bis in eadem* ao se tomar a idade inferior a 14 anos para agravar a conduta do agente, fazendo incidir a causa de aumento do art. 9º da Lei n. 8.072/90. Havia

bis in eadem caso se tomasse a idade inferior a 14 anos tanto para tipificar o crime (com violência presumida então) como para agravá-lo. Também era desnecessário o resultado lesões graves ou morte para a incidência do art. 9º da Lei n. 8.072/90. As formas agravadas da conduta, previstas no também revogado art. 223 do CP, lesões graves ou morte, tinham a ver com o resultado da conduta e, diante deste, aplicava-se pena mais grave. Nada tinham a ver com a idade da vítima. O que o art. 9º da Lei n. 8.072/90 punia com mais rigor era o crime de estupro ou atentado violento ao pudor cometido contra menor de 14 anos. Essa conduta de estupro ou atentado contra menor de 14 anos, por certo, é mais grave do que contra maior de 14 anos.

Nesse sentido era a jurisprudência do STJ:

> "RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME HEDIONDO. GRAVE AMEAÇA. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 9.º DA LEI N.º 8.072/90. APLICABILIDADE. 1. O crime de atentado violento ao pudor, ainda que de sua prática não resulte morte ou lesão corporal grave, está inserido no rol dos crimes considerados hediondos, consoante estabelece o art. 1º, inciso VI, da Lei n.º 8.072/90. 2. Esta Corte firmou jurisprudência no sentido de que fere o princípio *ne bis in idem* o aumento previsto no art. 9.º da Lei 8.072/90 nas hipóteses de estupro ou de atentado violento ao pudor com violência presumida, tendo em vista que a elementar já consta no próprio tipo penal. 3. Mas, se restou comprovada a existência de violência real ou grave ameaça no crime de estupro ou atentado violento ao pudor cometido contra menor de 14 anos deve ser aplicada a referida causa de aumento de pena, o que ocorreu no presente caso. 4. Recurso provido" (REsp 1020730/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 03/11/2008).

Nesse passo, considerando que as hipóteses constantes do revogado art. 224 passaram a ser elementares do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A), cuja pena é mais rigorosa do que aquela prevista no revogado 214 do Código Penal, resta afastada a possibilidade de incidência do art. 9º da Lei n. 8.072/90 para o crime do art. 217-A, sob pena de configuração do vedado *bis in idem*.

Ademais, caso incidisse a majorante nesse novo tipo, restariam violados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois os casos de violência real ou grave ameaça sem lesões graves ou morte da vítima seriam apenados com pena mínima de 12 anos, enquanto que a nova Lei, para o caso de efetiva ocorrência de lesões graves, comina pena mínima de 10 anos e, no caso de morte, a pena mínima é de 12 anos.

Portanto, certo que a norma do artigo 9º da Lei n. 8.072/90 foi tacitamente revogada pela Lei 12.015/09, pois a respectiva majorante estava estritamente vinculada às hipóteses do art. 224 do Código Penal, que foi expressamente revogado por aquela Lei.

Em síntese, praticado o estupro, que abrange o antigo atentado violento ao pudor, contra pessoa vulnerável **após** a Lei 12.015/2009, não incide a regra do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, porque revogada. Se praticada a conduta contra pessoa vulnerável, **sem violência real** e **antes** da vigência da Lei n. 12.015/2009, não incide a causa de aumento do art. 9º da Lei n. 8.072/90 para se evitar *bis in idem*, nem incide aquela Lei nova, porque mais gravosa, já que prevê pena de 8 a 15 anos, quando a anterior previa 6 a 10 anos. Mas, havendo presença de **violência real** na conduta, deve ser aplicada a Lei 12.015/2009 (art. 2º, parágrafo único do CP), porque mais benéfica a pena (8 a 15 anos), vez que a incidência da majorante do art. 9º mencionado (cabível até então) elevaria a pena para os limites de 9 a 15 anos, agravando a situação do condenado.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> "PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. VIOLÊNCIA REAL E GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. I - Esta Corte firmou orientação de que a majorante inserta no art. 9º da Lei nº 8.072/90, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio *ne bis in idem*. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real ou grave ameaça perpetrada contra criança, seria aplicável a referida causa de aumento. (Precedentes). II - Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009 restou revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível a sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Não obstante, remanesce a maior reprovabilidade

> da conduta, pois a matéria passou a ser regulada no art. 217-A do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda prevista revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP). III - Tratando-se de fato anterior, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A) por se mostrar mais benéfico ao acusado, *ex vi* do art. 2º, parágrafo único, do CP. Recurso parcialmente provido." (REsp 1102005/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 19/10/2009)

Voltando ao caso sob julgamento, trata-se de fato-crime anterior à Lei n. 12.015/2009, praticado mediante violência real, conforme denúncia e a própria sentença, situação que admite a aplicação das penas previstas no novo art. 217-A do Código Penal, retroagindo a Lei n. 12.015/09, porque, como visto, mais benéfica ao acusado.

Certo, também, que a mesma quantidade de aumento ou de diminuição de pena considerada na sentença deve ser mantida, evitando-se prejuízo para o condenado.

No caso, bem analisadas as circunstâncias judiciais, a pena-base foi fixada, para cada vítima, em 8 anos de reclusão, 2 anos acima do mínimo, portanto. Na fase seguinte, "*restou caracterizada como agravante (art. 61 do CP) a prática do crime prevalecendo de relações domésticas e por ter sido praticada contra criança.*" (fl. 466 e 467), com majoração da pena para 10 anos de reclusão, tornada definitiva diante da ausência de outras causas modificadoras.

Assim, acolhido o recurso do Ministério Público, passo à nova dosimetria. Considerada pena mínima prevista no art. 217-A do Código Penal, 8 anos de reclusão, e mantido o aumento de 2 anos com base na escorreita análise das circunstâncias judiciais na sentença, fixo a pena-base do acusado em dez (10) anos de reclusão.

Sucede que o aumento de 2 anos pelas agravantes reconhecidas na sentença, art. 61, incisos II, "f" (prevalecendo de relações domésticas) e "h" (contra criança), deve ser decotado, porquanto incide, como quer o Ministério Público e devidamente comprovado, a causa de aumento do art. 226, II, do Código Penal (se o agente é padrasto da vítima), sob pena de *bis in idem*.

Nesse passo, sobre a pena-base de dez (10) anos de reclusão, incide apenas a causa de aumento do mencionado art. 226, II, na fração de 1/2, o que

eleva para quinze (15) anos de reclusão em relação a cada vítima, não havendo outras causas modificadoras da sanção a considerar.

Por fim, incide a regra do art. 69 do Código Penal, em relação aos crimes sexuais entre si, cuja pena somada é de trinta (30) anos de reclusão, que, somada com o total da pena pelo crime de tortura, fica a pena definitivamente estabelecida em cinquenta e sete (57) anos e seis (6) meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso do réu e dou provimento ao recurso do Ministério Público para retificar a pena fixada na sentença pelo crime sexual, aumentando-a para trinta (30) anos de reclusão e, após unificação com a pena estabelecida para o crime de tortura, tornar a pena final definitiva em cinquenta e sete (57) anos e seis (6) meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, mantendo, no mais, a sentença.

É o voto.

Des. George Lopes Leite (Revisor) - O Ministério Público e J. C. da S. recorrem da sentença o condenou o réu em quarenta e sete anos e seis meses de reclusão, em regime fechado, por infringir o artigo 1º, II, combinado com o § 4º, I, e artigo 1º, II, combinado com os §§ 3º e 4º, II (duas vezes), da Lei 9.455/97 e artigo 214 do Código Penal combinado com o artigo 9º, da Lei 8.072/90. O Ministério Público pugna que seja reconhecido o aumento de pena do artigo 9º, da Lei 8.072/90 e aplicada a regra do artigo 217-A, do Código Penal, por ser mais benéfica, cumulado com o aumento do artigo 226, II. Subsidiariamente pede a aplicação das referidas causas de aumento sobre a pena do artigo 214, do Código Penal. A Defesa alegou preliminar de ilegitimidade do Ministério Público e insuficiência de provas para a condenação. Alternativamente pugna pela desclassificação do atentado violento ao pudor para a figura do artigo 244-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Ministério Público é parte legítima para a propositura da ação penal nos caso de atentado violento ao pudor praticado por padrasto ou quando ocorre mediante uso de violência real, duas situações presentes nos autos. As provas são suficientes. Embora o laudo técnico não tenha apontado vestígios de ato libidinoso, sua ocorrência está comprovada de forma contundente pelos depoimentos uníssonos das vítimas. A prática de tortura ficou demonstrada pelos depoimentos testemunhais e diversos documentos que atestam as graves lesões corporais sofridas pelas crianças F. e G. (folhas 133/201). A conduta descrita no

artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente em nada se assemelha àquela praticada pelo réu. Circunstâncias judiciais bem examinadas na sentença, negando-se provimento ao recurso defensivo.

Deve ser provido o apelo do Ministério Público. Aplica-se o artigo 117-A do Código Penal aos casos de estupro, que abrange o antigo atentado violento ao pudor, praticados com violência real contra pessoa vulnerável antes da vigência da Lei 12.015/2009, por ser mais benéfico ao réu. Mantendo o exame das circunstâncias judiciais realizado pela sentença, fixo a pena-base em dez anos de reclusão, sobre a qual incide a causa de aumento prevista no artigo 226, II, do Código Penal, aumentando a pena na metade e estabilizando-a em quinze anos de reclusão em relação a cada uma das vítimas. Somadas as penas pelos crimes sexuais e de tortura, fica a reprimenda estabilizada em cinquenta e sete anos e seis meses de reclusão. Regime inicial fechado.

É como voto.

Desa. Sandra De Santis (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Desprover o apelo defensivo e prover o acusatório. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2009011127127-8

Apelante - D.D. dos S.
Apelado - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Relator - Des. Romão C. Oliveira
Primeira Turma Criminal

EMENTA

PENAL. ART. 157, § 3º, PARTE FINAL, C/C O ART. 14, II, E ART. 157, § 2º, I, (DUAS VEZES), NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO E AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO - REJEIÇÃO. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE - PERSONALIDADE DESAJUSTADA - IMPROCEDÊNCIA. PENA EXACERBADA - ADEQUAÇÃO. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA - POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Havendo nos autos provas necessárias e suficientes a demonstrar que os disparos foram desferidos contra a vítima a fim de garantir o sucesso do roubo perpetrado, não se consumando a subtração ou a morte por circunstâncias alheias à vontade do agente, caracterizado está o delito de tentativa de latrocínio (art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal), afastando-se, por conseguinte, os pleitos de desclassificação da conduta.

Se dos testemunhos e das provas técnicas avulta a certeza do emprego da arma de fogo, irrelevante a não apreensão e a não realização do exame de eficiência do artefato. Precedentes jurisprudenciais.

O exame psiquiátrico que conclui pela inadaptabilidade social do réu aliado à extensa folha de antecedentes penais, com sentenças condenatórias transitadas em julgado, autorizam o recrudescimento da pena-base, ante a personalidade desajustada do acusado.

Verificando-se que a reprimenda aplicada ao acusado restou fixada em patamar exacerbado, cumpre ao Tribunal ajustá-la de acordo com o exame de suas condições pessoais e das circunstâncias do delito.
Se do acervo probatório que se logrou formar nos autos ressai que os crimes foram cometidos nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, caracterizada está a situação prevista no artigo 71, do CP - o crime continuado.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Romão C. Oliveira - Relator, Leila Arlanch - Revisora e George Lopes Leite - Vogal, sob a presidência do último, em prover parcialmente o recurso, à unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 4 de novembro de 2010.

RELATÓRIO

Senhor Presidente, cuida-se de apelação interposta por D.D. dos S., em face da r. sentença de fls. 243/260, que o condenou como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, c/c o art. 14, II, e do art. 157, § 2º, I (duas vezes), na forma do art. 69, todos do Código Penal, à pena unificada de 22 (vinte e dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime fechado, e 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa, calculados à razão legal mínima.

Para o crime insculpido no art. 157, § 3º, c/c o art. 14, II, do CP, foi imposta a pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 34 (trinta e quatro) dias-multa.

Com relação ao primeiro delito previsto no art. 157, § 2º, I, do CP, a reprimenda restou fixada em 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 70 (setenta) dias-multa.

Para o segundo crime de roubo circunstanciado, a sanção alcançou o patamar de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 129 (cento e vinte e nove) dias-multa.

Com as razões de fls. 279/296, a Defesa pugna, quanto ao crime de latrocínio tentado, pela desclassificação para roubo simples, ou para a figura prevista na primeira parte do § 3º, do art. 157, do CP, ou ainda, pelo reconhecimento de que se trata de tentativa de homicídio qualificado em concurso com a tentativa de roubo.

Noutro giro, requer a Defesa a redução das penas-base impostas aos delitos, e o afastamento, quanto aos crimes de roubo, da causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma. Finalmente, ainda quanto aos roubos, deblatera-se pelo reconhecimento de que se deram em continuidade delitiva.

O Dr. Promotor de Justiça atuante no primeiro grau não ofereceu contrarrazões formais ao argumento de que a manifestação da Procuradoria de Justiça é suficiente para que se tenha por legitimamente exercido o direito de contraditório do Ministério Público (fls. 298/299).

O parecer da douta Procuradoria de Justiça é pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, para que a personalidade do acusado não seja considerada circunstância negativa na fixação da pena-base e para que se reconheça a continuidade delitiva entre os dois crimes de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (fls. 303/310).

É o relatório.

VOTOS

Des. Romão C. Oliveira (Relator) - Senhor Presidente, próprio e tempestivo, conheço do apelo.

Narra a denúncia:

> "I - No dia 10.2.2009, por volta das 23h50min, no estacionamento público da SQS 411, em frente ao Bloco B, Asa Sul, Brasília/DF, o denunciado avistou a vítima R.P.S., que acabara de estacionar seu veículo VW/SPACE FOX, placa JHG 9647/DF, quando sacou sua arma e, encostando-a no corpo da vítima, anunciou o assalto, tomando para si a chave do carro.
> Quando o denunciado já estava no interior do veículo, prestes a levá-lo, a vítima identificou-se como policial militar, sacou sua pistola e efetuou disparo de alerta.

O denunciado, então, saiu do veículo e, de arma em punho, iniciou troca de tiros com a vítima, tendo efetuado cinco disparos em sua direção com a intenção de matá-la, mas não logrou êxito porque, em virtude de sua má pontaria, não acertou a vítima, que se protegeu atrás do veículo FIAT/PALIO, placa JHH 9945/DF.

Embora os disparos não tenham acertado a vítima, atingiram o veículo FIAT/PALIO mencionado, o que lhe causou avarias. Com o tumulto gerado, do (sic) denunciado empreendeu fuga a pé, pois, sem ter conseguido ceifar a vida da vítima e levar seu veículo, temeu ser preso.

II - Após os disparos contra a vítima R.P.S. e empreender fuga, o denunciado, por volta da 00h30min, chegou nas imediações da SQS 409, Asa Sul, Brasília/DF. Naquele local, mais precisamente no estacionamento público do Bloco D, o denunciado avistou as vítimas S.P.L. e R.M.R., que estavam no interior do veículo VW/GOL, placa JGW 8613/DF.

Ato contínuo, o denunciado sacou novamente a arma, abordou as vítimas e anunciou o assalto, quando lhes ordenou que abandonassem o veículo, no que foi atendido.

O denunciado, então, fugiu do local na condução do automóvel mencionado.

III - Após a subtração anterior, o denunciado, por volta da 01h00min, conduziu o veículo VW/GOL até a SQN 292 (sic), Asa Norte, Brasília/DF, quando se dirigiu até o estacionamento do Bloco G e lá avistou o veículo AUDI/A3, placa JGA 8923/DF.

O denunciado estacionou e abandonou o veículo VW/GOL, subtraído minutos antes, sacou sua arma e abordou as vítimas T.G.A.B. e S.T.S.M., anunciando o assalto. Além, o denunciado ordenou que as vítimas deixassem o interior do carro todos os pertences pessoais, no que foi obedecido.

O denunciado, então, na posse do veículo, empreendeu fuga. O veículo AUDI/A3 foi localizado tempos após, numa área de cerrado próximo ao Jardim ABC/GO, depenado e incendiado". (fls. 3/4).

Autoria e materialidade são incontestes.

Inicialmente, analiso de maneira conjunta os três pedidos de desclassificação do crime insculpido no artigo 157, § 3º, c/c o art. 14, II, do CP, e de exclusão da causa de aumento pelo emprego de arma, eis que demandam a análise dos mesmos elementos fático-probatórios.

Primeiro, pugna a Defesa pela desclassificação para roubo simples, asseverando, para tanto, que as provas relativas à utilização da arma de fogo são insuficientes à caracterização do crime do art. 157, § 3º, do Código Penal.

Outrossim, requer a desclassificação para o crime previsto art. 157, § 3º, primeira parte, do CP, alegando que referido dispositivo configura causa de aumento de pena e não um tipo penal autônomo. Afirma, ainda, que não consumado o homicídio, não se pode punir o agente por tentativa de latrocínio.

O terceiro pedido diz respeito à desclassificação para o delito insculpido no art. 121, § 2º, V, c/c o art. 14, II, do CP, em concurso material com o art. 157, c/c o art. 14, II, do CP, e o reconhecimento da competência do Tribunal do Júri para julgamento do feito.

O pleito de exclusão da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, baseia-se no fato de que não se realizou Exame de Eficiência de Arma de Fogo.

Verifica-se que o acusado confessou parcialmente a conduta descrita na denúncia, quando afirmou ter perpetrado o roubo contra a primeira vítima, R.P. dos S.. Negou, entretanto, os disparos de arma de fogo, confira-se:

> "(...) que em relação ao primeiro fato narrado na denúncia, o interrogando de fato viu a vítima estacionar o veículo e se aproximou mostrando a arma e determinando que a vítima desembarcasse do veículo, deixando a chave na ignição e os demais pertences; que a vítima saiu andando e o interrogando entrou no veículo e deixou sua arma sobre o banco do passageiro, para acionar o veículo; que percebeu que a vítima colocou a mão para trás e aí imaginou que a vítima estava armada; que a vítima começou a atirar em direção ao interrogando, que pegou a sua arma e desceu do veículo; que em nenhum momento efetuou disparos em direção à vítima (...); que não sabe como o veículo FIAT/PALIO descrito na denúncia foi

> atingido por disparos e acredita que pode ter sido alvejado pelo próprio policial militar (...)". (fl. 195).

A vítima R. P. dos S., por sua vez, assim narrou a dinâmica dos fatos:

> "que é proprietário do veículo VW/SPACE FOX; que estava chegando da faculdade, por volta das 23h50, quando estacionou e foi abordado por um cidadão com arma em punho, que determinou que o depoente deixasse todos os objetos no veículo e desembarcasse; que o depoente desembarcou do veículo e caminhou em direção ao veículo de sua vizinha, enquanto o acusado entrou em seu veículo; que então o depoente se abaixou e gritou "polícia", uma vez que é policial militar, sacou a arma e iniciou-se um tiroteio; que efetuou quatro disparos de sua pistola; que o acusado praticamente descarregou a arma dele contra o depoente; que o acusado usou um revólver, possivelmente calibre 38 ou calibre 32 de cano longo; que não se recorda exatamente quem efetuou o primeiro disparo, uma vez que tudo aconteceu muito rápido, mas acredita que inicialmente efetuou um disparo de alerta e então o acusado revidou (...); que o autor do crime é a pessoa cuja fotografia está acostada às fls. 35."

Assim, diante do quadro fático-probatório que se logrou formar nos autos, verifico que o acusado, após ameaçar a vítima R.P. dos S. com o emprego de arma de fogo, entrou no seu veículo e, diante da informação de que a vítima era policial, iniciou intensa troca de disparos, tudo com o fim de assegurar o êxito da empreitada criminosa narrada na denúncia, somente não consumando a subtração ou a morte por circunstâncias alheias à sua vontade.

No que concerne à alegação de descaracterização do latrocínio por não ter-se consumado o homicídio, confira-se a doutrina de Rogério Greco, *verbis*:

> "Da mesma forma, se temos um homicídio tentado e uma subtração tentada, também somos convencidos de que houve um latrocínio tentado.
> 'A conduta do agente que, ao tentar subtrair bens ou valores da vítima, dispara contra sua pessoa, consciente da possibili-

> dade de causar a morte daquele, pratica o delito de latrocínio tentado, uma vez que não obteve nenhum dos resultados pretendidos; a subtração de coisas e a morte da vítima (TJRS, AP. 70023205578, 7ª Câm. Crim., Rel. Sylvio Baptista Neto, pub. 8/4/2008)'." (*in*: Código Penal Comentado, 2010, Niterói: Editora Impetus, p. 417).

Destarte, havendo roubo e homicídio tentados, haverá tentativa de latrocínio, e não a figura prevista na primeira parte do § 3º do art. 157 do Código Penal, porquanto o réu, para assegurar a subtração, disparou tiros na direção da vítima, somente não ocasionando a sua morte por circunstâncias alheias à sua vontade.

A jurisprudência é firme no sentido de que, para a configuração da qualificadora do emprego de arma, é prescindível a realização de laudo que ateste sua eficiência se, por outros meios, a aptidão restou incontroversa.

Nesse sentido, têm decido nossos tribunais, *in verbis*:

> "PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E PELO CONCURSO DE AGENTES. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO. NEGATIVA DE AUTORIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. IMPROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. (...) 2. A não apreensão da arma utilizada, sendo comprovada por meio idôneo, como a prova testemunhal da vítima, não descaracteriza a majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal (...)." (20010110357292APR, relator Edson Alfredo Smaniotto, 1ª Turma Criminal, julgado em 08/06/2006, DJ 17/08/2006 p. 126).
>
> "APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO QUALIFICADO. FALTA DE APREENSÃO DA ARMA UTILIZADA NA SUA PRÁTICA. PROVA DA AUTORIA. REINCIDÊNCIA. 2. Sem relevância a falta de apreensão da arma utilizada na perpetração do roubo, pois as vítimas afirmaram a utilização desse instrumento como meio de coagi-las à entrega de seus bens. 3. (...). (APR 2001.01.1.119880-2, Acórdão Número 166095,

> Relator Designado: GETULIO PINHEIRO. Publicação no DJU: 05/02/2003, Pág. 75).
> "Pouco importa à caracterização do roubo qualificado pelo emprego de arma não ter sido o revólver apreendido e não ter ficado provado o seu poder vulnerante" (RT 741/610-1).
> "O simples fato de a arma não ter sido periciada, ou até mesmo apreendida, não afasta a qualificadora do crime de roubo (RT 753/611).
> "A não apreensão da arma não impede o reconhecimento dessa qualificadora, desde que sua utilização reste demonstrada por outros meios e tenha ela atuado no espírito da vítima como fator inibidor de eventual reação" (RJDTACRIM 31/115-6).

Ademais, no Laudo de Exame de Veículo (fls. 97/99) efetuado no Fiat/Pálio Placa JHH-9945-DF, consta a seguinte conclusão: "(...) que o veículo examinado tivera moldura da janela da porta posterior direita atingida por projétil de arma de fogo (...)". Consonante à conclusão técnica, tem-se o depoimento da proprietária do veículo periciado, K.B.A., afirmando que ouviu disparos quando estava em sua casa e que o seu carro foi atingido (fl. 191).

Forte em tais argumentos rejeito os três pedidos de desclassificação, eis que demonstrada a efetiva ocorrência do crime previsto no art. 157, § 3º, c/c o art. 14, II, do CP. Pelas mesmas razões, afasto o pleito de não incidência da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

Passo, pois, à análise da dosimetria da pena imposta a D.D. dos S..

I) Em relação ao crime insculpido no art. 157, § 3º, c/c o art. 14, II, do Código Penal:

O MM. Juiz assim fundamentou a fixação da pena-base:

> "Considere-se, inicialmente, que (1) a culpabilidade do acusado não é deveras acentuada, vez que praticou o núcleo do tipo do art. 157, § 3º, CP, sem nenhuma circunstância que demonstre culpabilidade exacerbada. Contudo, mostra-se claro que o agente possui personalidade perturbada (2), o que se depreende de sua narrativa e dos atos que pratica, bem como de sua total incompatibilidade com a vida social, fazendo uso de crack, sem

> ser viciado, de forma que se faz necessário a exasperação da pena base. O réu ostenta inúmeros outros antecedentes criminais, contudo, por ser reincidente, não se aplica o aumento de pena referente aos maus antecedentes, na forma do art. 59, CP (3). A conduta social do agente (4), pelo que se depreende dos autos não merece maior reprovação. Os motivos do crime (5), pela análise dos autos, eram patrimoniais, o que não caracteriza nenhuma torpeza considerável, já que consentâneos com o próprio tipo penal. Desta forma, não devem ser considerados para majoração da pena base. As circunstâncias do delito (6) que motivam maior reprimenda do que a realizada pelo próprio tipo penal, vez que agiu com *animus neccandi* diante de uma vítima policial, em claro desafio à própria sociedade. As consequências do delito (7) não devem ser consideradas para fim de aplicação de pena, pois não geraram maior dano patrimonial. Finalmente, não há nos autos qualquer menção a um comportamento da vítima em decorrência deste fato (8) que deva ser considerado para os fins ora discutidos.
> Desta forma, considerando que o código elenca oito circunstâncias judiciais, sendo aqui reconhecidas a existência de duas negativas para o réu (circunstâncias e personalidade), acresço dois oitavos do intervalo entre o mínimo e o máximo de pena, chegando à pena base de 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão." (fls. 255/256).

Neste ponto, pugna a Defesa pela desconsideração da personalidade como circunstância negativa na análise do art. 59, do CP. Todavia, o Laudo de Exame Psiquiátrico acostado às fls. 210/211 apresenta a seguinte observação: "Este quantitativo indica potencial intelectivo mediano e, aliado a análise de suas habilidades gerais, descarta a presença de retardo mental em qualquer nível".

Em seguida, referido laudo conclui que: "trata-se de personalidade que preserva satisfatório contato com a realidade, porém mostra condição vulnerável diante das pressões do meio, adotando um padrão de conduta instável, impulsivo e socialmente inadaptado".

Ora, a inadaptabilidade social do acusado, a par do exame psiquiátrico, é evidenciada através de sua extensa folha de antecedentes penais, que percorre

as fls. 130 a 165, dentre as quais se verificam pelo menos duas (fls. 139 e 152) em que a sentença condenatória transitou em julgado, fato que não há como ser ignorado. De outra banda, verifica-se que o MM. Juiz não quis considerá-las como maus antecedentes, o que estava autorizado a fazer, segundo entendimento jurisprudencial pacífico. Sopesou, portanto, tais incidências quando da análise da personalidade do acusado.

Destarte, a pena corporal imposta pelo Dr. Juiz na primeira fase não está a merecer qualquer reparo, pelo que a mantenho em 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Entretanto, a pena pecuniária deve ser reduzida, eis que fixada de maneira desproporcional à privativa de liberdade, pelo que a fixo em 70 (setenta) dias-multa.

No segundo estágio de dosagem da reprimenda, verifico que o Dr. Juiz mostrou-se assaz severo ao fixar o *quantum* de aumento pela reincidência em 1/6 (um sexto) da pena inicial. Assim, o incremento da pena face à agravante em comento deve ser estabelecido em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 5 (cinco) dias-multa. Diante da inocorrência de outras atenuantes ou agravantes, a sanção resta fixada, provisoriamente, em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão e 75 (setenta e cinco) dias-multa.

Na terceira fase, mantenho a redução pela tentativa estabelecida na r. sentença - 2/3 (dois terços) -, o que leva a reprimenda ao patamar definitivo de 8 *(oito) anos de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa.*

II) Em relação ao crime previsto no art. 157, § 2º, I, do CP, cometido contra as vítimas S. e R.:

Na primeira fase da dosimetria, verifica-se que o MM. Juiz, considerando negativa a personalidade do agente, fixou a pena-base em 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa.

Com fulcro nos mesmos fundamentos expostos linhas volvidas, mantenho a reprimenda física no patamar estabelecido na r. sentença. Entretanto, a pena pecuniária deve ser reduzida para 25 (vinte e cinco) dias-multa, eis que desproporcional à sanção corporal imposta.

Na segunda fase, ante a ocorrência da confissão espontânea e da reincidência, verifico que o Dr. Juiz deixou de aumentar a pena, em que pese a preponderância da referida agravante. Assim, tendo em vista que tal situação é favorável ao acusado, mantenho a pena, neste estágio, em 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Na terceira fase, preservo o acréscimo imposto na r. sentença de 1/3 (um terço) pela causa de aumento de pena consubstanciada no emprego de arma de fogo, o que conduz a reprimenda, definitivamente, a 6 *(seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 33 (trinta e três) dias-multa*. Destaque-se que a pena corporal restou intacta: houve, somente, redução da pena pecuniária.

III) Em relação ao crime previsto no art. 157, § 2º, I, do CP, cometido contra as vítimas T. e S.:

O MM. Juiz assim fundamentou a fixação da pena-base, *verbis*:

> "Considere-se, inicialmente, que (1) a culpabilidade do acusado não é deveras acentuada, vez que praticou o núcleo do tipo do art. 157, § 2º, I, CP, sem nenhuma circunstância que demonstre culpabilidade exacerbada. Contudo, mostra-se claro que o agente possui personalidade perturbada (2), o que se depreende de sua narrativa e dos atos que pratica, bem como de sua total incompatibilidade com a vida social, fazendo uso de crack, sem ser viciado, de forma que se faz necessário a exasperação da pena base. O réu ostenta inúmeros outros antecedentes criminais, contudo, por ser reincidente, não se aplica o aumento de pena referente aos maus antecedentes, na forma do art. 59, CP (3). A conduta social do agente (4), pelo que se depreende dos autos não merece maior reprovação. Os motivos do crime (5), pela análise dos autos, eram patrimoniais, o que não caracteriza nenhuma torpeza considerável, já que consentâneos com o próprio tipo penal. Desta forma, não devem ser considerados para majoração da pena base. As circunstâncias do delito (6) não motivam maior reprimenda do que a realizada pelo próprio tipo penal, vez que não ficou relatada nenhuma particularidade que determinasse aumento da reprimenda. As consequências do delito (7) devem servir para elevação da pena, uma vez que gerou considerável prejuízo patrimonial à vitima, estimado em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Finalmente, não há nos autos qualquer menção a um comportamento da vítima em decorrência deste fato (8) que deva ser considerado para os fins ora discutidos.
> Desta forma, considerando que o código elenca oito circuns-

> tâncias judiciais, sendo aqui reconhecidas a existência de duas negativas para o réu (consequências e personalidade), acresço dois oitavos do intervalo entre o mínimo e o máximo de pena, chegando à pena base de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão." (fls. 258/259).

Tenho, pois, como justificada a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo, todavia, considerando que o Dr. Juiz se houve com rigor excessivo, estabeleço a reprimenda inicial em 5 (cinco) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.

Na segunda fase, ante a ocorrência da confissão espontânea e da reincidência, verifico que o Dr. Juiz deixou de aumentar a pena, em que pese a preponderância da referida agravante. Assim, tendo em vista que tal situação é favorável ao acusado, mantenho a pena, neste estágio, em 5 (cinco) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.

Na terceira fase, preservo o acréscimo imposto na r. sentença de 1/3 (um terço) pela causa de aumento de pena consubstanciada no emprego de arma de fogo, o que conduz a reprimenda, definitivamente, a 6 *(seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa*.

Finalmente, pugna a Defesa pelo reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo descritos na denúncia como segundo e terceiro fatos.

Com efeito, do acervo probatório que se logrou formar nos autos, verifico que os crimes cometidos contra as vítimas S. e R. - subtração do veículo VW/Gol - e T. e S. - subtração do veículo Audi/A3 -, foram cometidos nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, denotando a situação prevista no artigo 71, do CP, qual seja, o crime continuado.

Destarte, colho a maior reprimenda imposta dentre as últimas dosimetrias estabelecidas linhas volvidas - 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa -, e aumento em 1/6 (um sexto), restando a pena pelo crime previsto no art. 157, § 2º, I, na forma do art. 71, do CP, estabelecida em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 46 (quarenta e seis) dias-multa.

Incidente, *in casu*, o concurso material de crimes entre o latrocínio tentado e os roubos circunstanciados, cometidos em continuidade delitiva, as penas hão de ser somadas, perfazendo, ao final, o montante de **15 (quinze) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 71 (setenta e um) dias-multa, calculados à razão legal mínima**.

Ficam mantidas as demais determinações contidas na r. sentença, especialmente no que tange ao regime de cumprimento da pena.

Nestes limites, Senhor Presidente, é que dou parcial provimento ao recurso.

E é como voto.

Desa. Leila Arlanch (Revisora) - I - DA AUTORIA E MATERIALIDADE DOS CRIMES

A materialidade dos crimes restou comprovada pelo inquérito (fls. 7/15), pela ocorrência 1613/2009 (fls. 16/23), pelos autos de reconhecimento (fls. 24, 31, 34, 58), pela ocorrência 2204/2009 (fls. 25/30), pela ocorrência 1852/2009 (fls. 43/45 e 56/57 e 60), pela ocorrência 183/2009 (fls. 46/48), fotografias do veículo AUDI/A3 - JFA - 8923/DF (fls. 49/53), pelas folhas de antecedentes criminais do acusado (fls. 62/65), pelo interrogatório do acusado (fls. 67/69); auto de apreensão (fl. 79), pelo termo de restituição (fl. 80), pelo laudo de avaliação econômica indireta (fl. 84); pelo laudo de exame de veículo AUDI/A3 (fls. 87/88); pelo depoimento de K.B.A. (fl. 89); pelo laudo de exame de veículo VW SPACEFOX (fls. 94/96), pelo laudo de exame do veículo FIAT/PALIO (fls. 98/99), pelo laudo de exame do veículo VW/GOL (fls. 102/103) e pelo relatório final (fls. 105/112).

A autoria, da mesma forma, foi comprovada pelos depoimentos prestados pelo próprio Apelante e pelas vítimas dos crimes contra elas praticados.

II - DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO SIMPLES

Em suas razões recursais, o Apelante, primeiramente, pleiteia a desclassificação do crime de tentativa de latrocínio para o de roubo simples. Para tanto, alega ser imprescindível a realização de laudo de eficiência de arma de fogo para que o delito previsto no artigo 157, § 3º, c/c artigo 14, inciso II, do Código Penal reste tipificado.

Tal insurgência não merece prosperar.

Vislumbra-se que os atos perpetrados pelo Apelante enquadraram-se na figura típica de latrocínio, na modalidade tentada (artigo 157, § 3º c/c artigo 14, inciso II).

É incabível o pleito recursal para a desclassificação do crime de tentativa de latrocínio para o crime de roubo simples, vez que o próprio Apelante confessou o emprego de arma de fogo em seu intento, "*que o interrogando de fato viu a vítima estacionar o veículo e se aproximou mostrando a arma e determinando que a vítima desembarcasse*" (fl. 195).

Some-se ao depoimento prestado pelo apelante os laudos de exame de veículo de fls. 94/95 e 98/99 que em consonâncias com a prova oral produzida é suficiente à comprovação da prática do crime imputado.

Neste diapasão, ressalte-se que prescinde a apreensão ou a realização de perícia da arma de fogo quando comprovada nos autos a sua utilização durante a empreitada criminosa, no caso, inconteste.

III - DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO QUALIFICADO PELA LESÃO

A Defesa pleiteia, ainda, a desclassificação do crime de tentativa de latrocínio para o de roubo qualificado pela lesão, afirmando que a circunstância prevista no § 3º do artigo 157 do Código Penal configura um causa de aumento e não um tipo penal autônomo.

É incabível o pedido perpetrado pelo apelante, pois que evidenciado o dolo finalístico ao ter o Apelante disparado sua arma de fogo contra a vítima com o nítido intento de assegurar a subtração da *res*, no que não obteve êxito na subtração e na morte por circunstâncias alheias à sua vontade, imperícia na execução, o que caracterizou a tentativa de latrocínio.

Neste sentido, colaciono o seguinte precedente jurisprudencial:

> ***Verificando-se o* animus necandi*, não sobrevindo o evento morte em decorrência de circunstância alheia à vontade do agente, como má pontaria, aproximação de terceiros, entre outras, configura-se o latrocínio. Nenhuma dúvida de que, na espécie, a ação dolosa foi direcionada no sentido de eliminar a vida da vítima para assegurar o sucesso da ação delituosa, não ocorrendo o resultado morte por circunstâncias alheias à vontade do agente, restando indubitável que a conduta do apelante amoldou-se ao tipo descrito no artigo 157, § 3º, parte final, c/c o artigo 14, II, ambos do Código Penal.***[1]
>
> ***Comprovado que os réus atiraram em direção aos policiais visando assegurar o sucesso da empreitada criminosa, mostra-se patente o animus necandi, não sendo possível a desclassificação do delito para roubo qualificado ou mesmo tentativa de roubo e resistência.***[2]

IV - DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE HOMICÍDIO COMBINADO COM TENTATIVA DE ROUBO

Não é possível, outrossim, acolher a pretensão do apelante no sentido de desclassificar o crime de tentativa de latrocínio para o de tentativa de homicídio em concurso material com o delito de tentativa de roubo.

Pelas provas colhidas nos autos fica evidente que o Apelante, no intuito de assegurar o resultado do crime patrimonial praticado, propôs-se a ceifar a vida da vítima, policial militar, mediante disparos de arma de fogo, só não logrando êxito em sua empreitada em razão de sua própria imperícia.

Resta inequívoco, portanto, que o animus necandi do Apelante foi direcionado à vítima tendo em vista a plena consumação de sua empreitada criminosa, ou seja, a efetiva subtração do veículo automotor.

IV - DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO NOS CRIMES DE ROUBO

Incabível, também, o pleito recursal do Apelante pela não incidência da causa de aumento de pena "emprego de arma de fogo" nos crimes de roubos, por não ter efetuado nenhum disparo nestas ações criminosas, vez que a jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que basta a ameaça por arma de fogo durante a perpetração do roubo para incidir a causa de aumento de pena respectiva, neste sentido:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. CONCURSO DE PESSOAS. INTERIOR DE ÔNIBUS COLETIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INCABÍVEL. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTANCIA JUDICIAL PERSONALIDADE. FAVORÁVEL. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.*
> *1. (...);*
> *2. O entendimento jurisprudencial assente é no sentido que de a apreensão da arma utilizada no roubo não se faz necessária para a caracterização da causa de aumento prevista no artigo 157, § 2º, i, do código penal, quando presentes outros elementos aptos a comprovar sua efetiva utilização." (Processo : 2008 02 1 005606-4 APR - 0002750-22.2008.807.0002 (Res.65 - CNJ); Relator : JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA; Órgão Julgador : 2ª Turma*

Criminal; Data de Julgamento : 02/09/2010; Disponibilização no DJ-e: 06/10/2010 Pág. : 162)

V - DAS PENAS

Ao apreciar a dosagem das pensa efetuada pelo douto juiz sentenciante, concluo que, de fato, alguns reparos devem ser feitos.

Analiso, primeiramente, a pena fixada em relação ao crime previsto no **artigo 157, § 3º, c/c o artigo 14, inciso II, do Código Penal**.

Na primeira fase da fixação da pena, foram consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas à personalidade do réu e às circunstâncias do crime.

Com efeito, dos dados trazidos ao processo, infere-se que o Apelante possui personalidade perturbada. Como foi bem acentuado pelo perito responsável pelo Laudo de Exame Criminológico, juntado às fls. 210/211, o Apelante apresenta uma inadaptabilidade social, sendo que faz uso constante de droga pesada, crak, e recorre à criminalidade como meio de subsistência.

As circunstâncias do crime, de igual maneira, devem ser sopesadas negativamente, vez que o fato de o réu continuar a atirar, mesmo depois de ser disparado tiro de alerta pela vítima, identificada como policial militar, implica em maior gravidade na prática do crime.

Dessa forma, mantenho a pena base aplicada no patamar de 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na segunda etapa de aplicação da pena, verifico que o magistrado, ao considerar a agravante da reincidência, exasperou excessivamente a reprimenda ao aumentar a pena inicial em 1/6 (um sexto), de forma que intervenho para alterá-la neste ponto. Aumento, portanto, a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, fixando-a, provisoriamente, em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão.

Na terceira fase, mantenho a diminuição de 2/3 (dois) terços em razão da tentativa, aplicando a pena em 8 (oito) anos de reclusão.

No que tange à aplicação da pena pecuniária, ao aplicar o sistema trifásico, o magistrado, na primeira etapa, fixou a pena de multa em 97 (noventa e sete) dias-multa. Tendo em vista a presença de apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, diminuo a pena pecuniária para 70 (setenta) dias-multa. Em razão da reincidência, aumento a pena em 5 (cinco) dias-multa, fixando-a em 75 (setenta e cinco) dias-multa e, na terceira fase, em razão da tentativa, reduzo a

pena de multa para o patamar definitivo de 25 (vinte e cinco) dias multa no valor unitário mínimo legal.

Resta fixada, portanto, para o crime previsto no artigo 157, § 3º, c/c o artigo 14, inciso II, do Código Penal, a pena de 8 (oito) anos de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Aprecio, então, a pena aplicada para o crime previsto no **artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, cometido contra as vítimas S. e R.**.

Na primeira fase, o juiz considerou desfavorável ao Apelante apenas a circunstância judicial relativa à personalidade. Pelos motivos acima expostos, mantenho a pena-base fixada na sentença no patamar de 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Na segunda fase de aplicação da pena, o magistrado deixou de agravar ou atenuar a pena. Em que pese reconhecer a preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea reconhecida, deixo de fazer qualquer alteração em observância ao princípio do *ne reformatio in pejus*.

Na terceira etapa, diante da existência de causa especial de aumento de pena, relativa ao emprego de arma de fogo, mantenho a majoração da pena em 1/3 (um terço), fixando-a em 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

No que tange à aplicação da pena pecuniária, ao aplicar o sistema trifásico, o magistrado, na primeira etapa, fixou a pena de multa em 53 (cinqüenta e três) dias-multa. Tendo em vista a presença de apenas uma circunstância judicial desfavorável, diminuo a pena pecuniária para 25 (vinte e cinco) dias-multa. Nada a considerar na segunda fase e, na terceira fase, em razão da causa especial de aumento de pena, aumento a pena de multa em 1/3 (um terço), fixando-a no patamar definitivo de 33 (trinta e três) dias multa no valor unitário mínimo legal.

Resta fixada, portanto, para o crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, cometido contra as vítimas S. e R., a pena de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 33 (trinta e três) dias multa fixados no valor unitário mínimo legal.

Por fim, analiso a dosagem de pena relativa ao crime previsto no **artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, cometido contra as vítimas T. e S.**

O juiz sentenciante, na primeira fase, o juiz considerou desfavorável ao réu as circunstâncias judiciais relativas à personalidade e consequências do crime. Pelos motivos expostos, mantenho o entendimento do juiz no que diz respeito à personalidade do Apelante. As consequências do crime foram graves, sendo que

a vítima teve prejuízo patrimonial no valor estimado de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Assim, não obstante concordar com a existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, considero que a pena-base fixada no decreto condenatório pelo juiz foi deveras exacerbada, por isso aplico-a no patamar de 5 (cinco) anos de reclusão.

Na segunda fase de aplicação da pena, o magistrado deixou de agravar ou atenuar a pena. Em que pese reconhecer a preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea reconhecida, deixo de fazer qualquer alteração em observância ao princípio do *ne reformatio in pejus*.

Na terceira etapa, diante da existência de causa especial de aumento de pena, relativa ao emprego de arma de fogo, mantenho a majoração da pena em 1/3 (um terço), fixando-a em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

No que tange à aplicação da pena pecuniária, ao aplicar o sistema trifásico, o magistrado, na primeira etapa, fixou a pena de multa em 97 (noventa e sete) dias-multa. Tendo em vista a presença de apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, diminuo a pena pecuniária para 30 (trinta) dias-multa. Nada a considerar na segunda fase e, na terceira fase, em razão da causa especial de aumento de pena, aumento a pena de multa em 1/3 (um terço), fixando-a no patamar definitivo de 40 (quarenta) dias multa no valor unitário mínimo legal.

Resta fixada, portanto, para o crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, cometido contra as vítimas T. e S., a pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias multa fixados no valor unitário mínimo legal.

Reconheço, por fim, a ocorrência da **continuidade delitiva** no cometimento dos crimes que são da mesma espécie. Os delitos foram praticados nas mesmas condições de tempo e pelo mesmo modo de execução. Dessa forma, aplico à pena mais grave, ou seja, à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias multa a fração de 1/6 (um sexto), em razão de terem sido praticados dois crimes nestas condições. Resta fixada, assim, a pena de 7 (sete) anos e 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 46 (quarenta e seis) dias-multa no valor unitário mínimo legal.

Pela incidência do **concurso material**, somo as penas do crime de latrocínio tentado e dos roubos circunstanciados, perfazendo o total unificado, de 15 (quinze) anos 09 (nove) meses e 10 (dez) dias-multa de reclusão a serem cumpridos em regime inicial fechado e 71 (setenta e um) dias-multa.

Isto posto, dou parcial provimento ao recuso para reduzir as penas cominadas para o patamar definitivo de 15 (quinze) anos 09 (nove) meses e 10 (dez) dias-multa de reclusão a serem cumpridos em regime inicial fechado e 71 (setenta e um) dias-multa.

É como voto.

Des. George Lopes Leite (Presidente e Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Prover parcialmente. Unânime.

Notas

[1] *EIR 20070710009536, Relator Mario Machado, Câmara Criminal, DJ 18/07/2008.*
[2] *APR20040910123128, Relator César Loyola, 2ª Turma Criminal, DJ 08/08/2008.*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2010051004345-7

Apelante - R.R. de L.
Apelado - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Relator - Des. Roberval Casemiro Belinati
Segunda Turma Criminal

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. CORRUPÇÃO DE MENORES. ALEGAÇÃO DE INIMPUTABILIDADE. SUPOSTA DEPENDÊNCIA QUÍMICA. PERÍCIA MÉDICA NÃO REQUERIDA NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. AUSÊNCIA DE DOLO. MENOR JÁ CORROMPIDO. CRIME FORMAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. CAUSA DE AUMENTO DO EMPREGO DE ARMA. NÃO APREENSÃO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO COMPROVADA PELA PROVA ORAL. CAUSA DE AUMENTO DO CONCURSO DE PESSOAS. CORRÉU INIMPUTÁVEL. IRRELEVÂNCIA. REDUÇÃO DA PENA PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DA REGRA DO CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. ALTERAÇÃO PARA A REGRA DO CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A simples alegação do réu de ser usuário e dependente de drogas não implica o reconhecimento de sua inimputabilidade, nos termos do artigo 45 da Lei nº 11.343/2006, devendo a dependência química estar demonstrada por meio de perícia médica que ateste o comprometimento da capacidade de autodeterminação do agente ao tempo do fato.

2. Se a Defesa não requereu, no curso da instrução criminal, a realização de exame de dependência toxicológica, não pode pretender o reconhecimento da inimputabilidade penal do réu em sede de recurso de apelação.
3. O crime de corrupção de menores é formal, ou seja, de perigo presumido, sendo desnecessária, para sua caracterização, a prova da efetiva corrupção do menor envolvido.
4. Incide a causa de aumento de pena de emprego de arma no crime de roubo (artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal), mesmo que não haja a apreensão da arma de fogo, se sua utilização restar comprovada por outros meios de prova no processo. No caso dos autos, a utilização da arma foi comprovada pela confissão do réu e pelo depoimento seguro coerente da testemunha presencial.
5. Havendo a comprovação de que o crime de roubo foi cometido por duas pessoas, o fato de uma delas ser inimputável não descaracteriza a causa especial de aumento prevista no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, porque a lei não exige que os comparsas sejam pessoas capazes, maiores de 18 anos, bastando que o crime tenha sido praticado em concurso de pessoas.
6. A incidência da circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal. Precedentes desta Corte, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.
7. Quando o agente, mediante uma só ação e com apenas um desígnio criminoso, comete os crimes de roubo e de corrupção de menores, aplica-se a regra do concurso formal próprio de crimes, prevista no artigo 70, primeira parte, do Código Penal.
8. Recurso conhecido e parcialmente provido para, mantida a condenação do apelante nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, e artigo 244-B da Lei nº 8.069/90, aplicar a regra do concurso formal próprio de crimes, reduzindo a pena total para 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, no valor legal mínimo.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Roberval Casemiro Belinati - Relator, Silvanio Barbosa dos Santos - Revisor, João Timóteo de Oliveira - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador João Timóteo de Oliveira, em proferir a seguinte decisão: dar parcial provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de **APELAÇÃO CRIMINAL** interposta por **R.R. de L.** contra a sentença que o condenou nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, e artigo 244-B da Lei nº 8.069/90, na forma do artigo 70, 2ª parte, do Código Penal, nos autos da ação penal nº 2010.05.1.004345-7, em curso perante o Juízo da Segunda Vara Criminal e Delitos de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Planaltina-DF (fls. 99/104).

A denúncia narrou os fatos nos seguintes termos (fls. 02/04):

> ***"[...] No dia 17 de outubro de 2009, por volta das 20:00 horas, na Drogaria Genérica da Estância, localizada na Estância Nova Planaltina, Rua A, Quadra 02, Lote 02, Planaltina-DF, o denunciado e o adolescente I. R. L., com vontades livres e conscientes, reunindo esforços, agindo com inequívocas intenções de se apossarem, definitivamente, de coisa alheia móvel, mediante grave ameaça e violência a pessoa, exercida com emprego de arma de fogo, subtraíram, para ambos, R$ 50,00 (cinquenta reais) e um aparelho celular, marca Nokia, pertencentes à vítima C.L.R., proprietário da referida drogaria. No local, dia e hora mencionados acima, o denunciado e o adolescente I., que empunhava uma arma de fogo, invadiram o estabelecimento e renderam o proprietário da drogaria e o funcionário C. H. T. da S., subtraindo os bens mencionados no parágrafo anterior.***

> ***Também no mesmo local, dia e hora, o denunciado, com vontade livre e consciente, corrompeu o adolescente I. R. L., nascido no dia 14.11.1993, com ele praticando o crime acima descrito. [...]".***

Processo instruído, sobreveio sentença julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o réu nas seguintes penas: 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, para o crime de roubo, e 01 (um) ano de reclusão, para o crime de corrupção de menores.

O MM. Juiz *a quo* entendeu que a prática dos dois crimes caracteriza o concurso formal impróprio, nos termos do artigo 70, 2ª parte, do Código Penal, argumentando que, na hipótese, "o acusado age com desígnios autônomos, atingindo bens jurídicos diversos" e, assim, as penas impostas ao réu foram somadas, totalizando 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicialmente semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, calculados unitariamente à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data dos fatos.

Irresignado, o sentenciado interpôs recurso de apelação (fl. 114). Nas razões recursais, a Defesa alega que o réu era dependente químico e, apesar de compreender o caráter ilícito do fato, não conseguiu se guiar de acordo com esse entendimento, sendo, portanto, inimputável. Deste modo, pugna pelo reconhecimento da extinção da punibilidade nos termos do artigo 45 da Lei nº 11.343/2006 (fls. 121/131).

De outro norte, busca a absolvição do réu pelo crime de corrupção de menores, por não ter agido com dolo e consciência, bem como por ser o adolescente já corrompido. Além disso, requer a exclusão da causa de aumento do emprego de arma, sob o fundamento de que a arma não foi apreendida e periciada, bem como a exclusão da causa de aumento de pena referente ao concurso de pessoas, pelo fato de o comparsa ser inimputável. Ao final, pugna pela redução da pena aquém do mínimo legal, pela aplicação das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, afastando-se o entendimento da Súmula 231 do STJ.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios apresentou contrarrazões, pugnando pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 133/146).

A ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Conceição de Maria Pacheco Brito, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento da apelação (fls. 155/161).

É o relatório.

VOTOS

Des. Roberval Casemiro Belinati (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

INIMPUTABILIDADE - DEPENDÊNCIA DE DROGAS

A Defesa alega que o réu era inimputável pelo fato de ser dependente químico e, deste modo, pugna pela extinção da punibilidade nos termos do artigo 45 da Lei nº 11.343/2006, adiante transcrito:

> ***"Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era ao tempo da ação ou omissão, qualquer que tenha sido a infração praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".***

Ocorre que a alegação de inimputabilidade penal do acusado não encontra amparo nos autos. Embora o sentenciado tenha afirmado que fez uso de entorpecentes no dia dos fatos, considerando-se dependente químico, asseverou a sua ocupação laboral como montador (trabalhava em vidraçaria) e apresentou depoimento judicial coerente (fl. 83).

Acrescente-se que a Defesa não requereu, no curso da instrução criminal, a realização de exame de dependência toxicológica, limitando-se a alegar, no presente recurso de apelação, a inimputabilidade penal do réu.

Sem a prova pericial, impossível constatar a alegada dependência química.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta egrégia Corte:

> ***"[...] 1. Inviável o reconhecimento da causa de exclusão de culpabilidade prevista no art. 26, do CP, se a dependência química não foi demonstrada mediante avaliação técnico--pericial, nos termos do art. 45, da Lei de Drogas. [...]". (APR 20080410118333, Relator ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 2ª Turma Criminal, julgado em 27/05/2010, DJ 09/06/2010 p. 165)***

> ***"[...] 1. A inimputabilidade suscitada pelo recorrente não pode apenas ser alegada, sem nenhum documento que a embase. Tanto a inimputabilidade descrita no* caput*, do artigo 26, do Código Penal, como aquela do parágrafo único, do artigo 45, da Lei N. 11.343/06, necessitam de prova pericial para que sejam reconhecidas. [...]". (APR 20050510056813, Relator SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 18/02/2010, DJ 15/03/2010 p. 180)***

Ademais, como bem salientado no parecer da ilustre Procuradora de Justiça, a hipótese é de uso voluntário de entorpecentes, e neste caso aplica-se a norma do artigo 28, inciso II, do Código Penal, segundo a qual a inimputabilidade penal não é excluída pela ingestão culposa de álcool ou substância de efeitos análogos, como drogas.

Deste modo, não há que se falar em extinção da punibilidade.

CORRUPÇÃO DE MENORES - DOLO DO AGENTE

Sustenta a Defesa que o apelante deve ser absolvido do crime de corrupção de menores, pois não restou demonstrado o dolo de corromper ou facilitar a corrupção do menor.

Sem razão.

Assim dispõe o artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, *verbis*:

> ***"Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:***
> ***Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.".***

O elemento subjetivo do tipo penal é o dolo de estar praticando crime com pessoa menor de dezoito anos, devendo a conduta do agente ser voltada para tal fim.

Dessa forma, conclui-se que, na hipótese, o dolo da conduta do agente encontra-se evidente, porque praticou infração penal em companhia de pessoa menor de dezoito anos, sabendo deste fato, haja vista que o inimputável era seu irmão.

CORRUPÇÃO DE MENORES - CRIME FORMAL

Ainda em relação ao crime de corrupção de menores, a Defesa postula a absolvição do réu ao argumento de que o adolescente já era corrompido, não merecendo provimento, conforme passarei a demonstrar.

A questão repousa em definir a natureza jurídica do crime de corrupção de menores, se formal ou material, ou seja, se para tipificar o crime de corrupção de menores faz-se, ou não, necessário que o menor seja corrompido à época dos fatos.

A Lei nº 2.252/1954, ao tipificar o crime de corrupção de menores, não exigiu que o menor seja puro, não corrompido, à época dos fatos. A lei não mencionou qualquer adjetivo à condição do menor. Ao contrário, a lei demandou, apenas, o critério cronológico ao estabelecer "pessoa menor de dezoito anos". Portanto, não se pode exigir que seja menor puro, não corrompido, para a consumação do crime, se a lei assim não estabeleceu.

A modificação legislativa relativa ao crime de corrupção de menores consistiu tão-somente na exclusão da aplicação da pena pecuniária, fixando apenas pena privativa de liberdade, conforme artigo 244-B da Lei nº 8.069/90, anteriormente transcrito.

Destarte, conclui-se que o crime de corrupção de menores é formal, ou seja, se consuma diante da conduta do agente, maior de idade, de praticar crime na companhia de menor, sendo desnecessária a comprovação da efetiva corrupção do menor, à época dos fatos.

A respeito do tema, com muita propriedade, o eminente Desembargador Mario Machado, nos autos da apelação criminal nº 20060910115756, assim asseverou:

> ***"[...] mesmo que se cuidasse de menor com antecedentes, cada nova ação criminosa com ele praticada estaria a facilitar sua corrupção ou, quando menos, a aprofundá-la, o que igualmente acarreta a incidência da norma penal, cujo bem jurídico protegido é a integridade mental, cultural e social do adolescente [...]"***

Com efeito, esse posicionamento se coaduna com o espírito da lei que tipificou o crime de corrupção de menores, bem como com o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois ambos objetivam, de maneira precípua, a proteção do menor.

A tal propósito, oportuno colacionar precedentes desta Corte de Justiça, *verbis*:

> ***"[...] 2 A corrupção de menor é crime formal, que dispensa a produção de resultado naturalístico, tornando desnecessária a prova material da corrupção. É extreme de dúvida que o processo corruptor é gradativo e não ocorre normalmente com um único ato. Considera-se que a cada ação criminosa empreendida por adulto com a participação de menor propicia ou acentua a sua degradação moral, tornando-o cada vez mais inapto ao convívio social sadio. Portanto, o crime está configurado na hipótese [...]"*** *(EIR 20050310261186, Relator GEORGE LOPES LEITE, Câmara Criminal, julgado em 15/06/2009, DJ 08/07/2009 p. 27).*

> ***"[...] 1. O crime para a consumação do crime de corrupção de menores é indiferente estar ou não o menor já inserido na marginalidade, pois se trata de crime formal, consumando-se diante da simples conduta do autor, maior de idade, em praticar crime em companhia de adolescente [...]"*** *(APR 20080910019137, Relator EDSON ALFREDO SMANIOTTO, 1ª Turma Criminal, julgado em 23/04/2009, DJ 07/07/2009 p. 151).*

No âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça, não obstante a existência de precedentes divergentes, prevalece o entendimento de que o crime de corrupção de menores é formal, sendo desnecessária a prova da corrupção do menor, bastando a comprovação da participação do adolescente no evento criminoso, consoante se observa dos seguintes arestos:

> ***"[...] 1. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento (REsp 1.031.617/DF, de minha relatoria, DJ de 4/8/08), ratificou o entendimento de que o crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da par-***

> *ticipação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos. 2. Além disso, na mesma ocasião, o Colegiado manifestou o entendimento de que a citada norma penal incriminadora objetiva impedir tanto o ingresso como a permanência do menor no universo criminoso, sendo, portanto, irrelevante à tipificação do delito a participação anterior da criança ou do adolescente em ato infracional, porquanto do comportamento do maior de 18 anos advém a criação de novo risco ao bem jurídico tutelado. [...]" (HC 113341 / DF -* habeas corpus *2008/0178337-0 - Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima - Órgão Julgador Quinta Turma - Data do Julgamento 11/11/2008 - Data da Publicação/Fonte DJe 01/12/2008).*
>
> *"[...] I - O crime previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54 é de perigo, sendo despicienda a demonstração de efetiva e posterior corrupção penal do menor (Precedentes). II - A norma insculpida no art. 1º da Lei nº 2.252/54, uma dentre tantas que se destinam à proteção da infância e da juventude, tem por objetivo que os maiores não pratiquem, em concurso com menores, infrações penais e que, também, não os induzam a tanto. Exigências adicionais para a tipificação são extralegais e até esbarram no velho brocado* commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat *("Prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduz à inutilidade"). (REsp 880795 / SP Recurso Especial 2006/0182491-8 - Relator(a) Ministro Felix Fischer - Órgão Julgador Quinta Turma - Data da Publicação/ Fonte DJ 20.08.2007 - p. 304).*

Por derradeiro, impende registrar que a Corte Suprema já entendeu pela natureza formal do crime de corrupção de menores, *in verbis*:

> *"[...] 2. Para a configuração do crime de corrupção de menor, previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54, é desnecessária a comprovação da efetiva corrupção da vítima por se tratar de*

> ***crime formal que tem como objeto jurídico a ser protegido a moralidade dos menores. [...]" (HC 92014 / SP - São Paulo -*** *Habeas Corpus* ***- Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski - Relator(a) p/ Acórdão: Min. Menezes Direito - Julgamento: 02/09/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 - EMENT VOL-02342-02 PP-00366)***

Desse modo, acolhendo a natureza formal do delito de corrupção de menores, conclui-se ser desnecessária a prova de que o menor era corrompido à época dos fatos, bastando que esteja comprovado que ele praticou o evento criminoso, como ocorre no presente caso.

Mantém-se, portanto, a condenação pelo crime de corrupção de menores.

CAUSA DE AUMENTO DE PENA PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO

Em que pesem as razões externadas, não há como prosperar o pedido, porquanto a não apreensão da arma não afasta a incidência da causa de aumento de pena (artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal), nas hipóteses em que sua utilização restar comprovada por outros meios de prova, e é justamente isto o que acontece no caso em apreço.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não é necessária a apreensão da arma de fogo para comprovar o seu potencial lesivo a fim de legitimar a incidência da causa de aumento de pena, porquanto a Suprema Corte entende que o potencial lesivo da arma integra a própria natureza do artefato, ou seja, a arma de fogo, mesmo que, eventualmente não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões.

Ademais, releva salientar que a causa de aumento de pena se refere a "emprego de arma", não exigindo, assim, que, no caso de arma de fogo, esta esteja apta a disparar projéteis.

Nesse contexto, se por qualquer meio idôneo de prova ficar comprovado o emprego de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em consideração pelo Julgador ao fixar a pena.

No Superior Tribunal de Justiça, a despeito do entendimento trilhado por alguns Ministros da Sexta Turma, a Quinta Turma tem se manifestado reiteradamente no sentido de que a não apreensão da arma de fogo não obsta a aplicação da causa de aumento de pena, desde que a sua utilização reste comprovada por outros meios de provas, *verbis*:

> ***"[...] 1. Não há como afastar a causa de aumento decorrente da aplicação do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, uma vez que a apreensão da arma de fogo utilizada na prática do referido delito é perfeitamente dispensável quando existem outros elementos nos autos capazes de comprovar o efetivo emprego do aludido instrumento. [...]" (HC 116790/SP - Habeas Corpus 2008/0214792-7 - Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima - Quinta Turma - Data do Julgamento 27/11/2008 - Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008)***
>
> ***"[...] 1. É dispensável a apreensão da arma ou a realização do exame pericial para a caracterização da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, quando existem outros elementos probatórios que levam a concluir pela sua efetiva utilização no crime. Precedentes. [...]" (HC 110781 / DF Habeas Corpus - 2008/0153669-1 - Relatora Ministra Laurita Vaz - Quinta Turma - Data do Julgamento 21/10/2008 - Data da Publicação/Fonte DJe 10/11/2008)***
>
> ***"[...] III - Na hipótese dos autos, não tendo sido possível a apreensão da arma de fogo, que foi dispensada pelo acusado quando perseguido por policiais, a prova testemunhal reunida no processo, supre a realização do exame de corpo de delito, autorizando a aplicação da majorante do emprego de arma de fogo, nos termos do art. 167 do CPP.. [...]" (REsp 1042464/SP - Recurso Especial 2008/0060586-9 - Relator Ministro Felix Fischer - Quinta Turma - Data do Julgamento 16/09/2008 - Data da Publicação/Fonte DJe 03/11/2008)***

No âmbito desta egrégia Corte, a jurisprudência, em ambas as Turmas que cuidam da matéria criminal, harmoniza-se com o entendimento da Corte Suprema, consoante se depreende dos seguintes julgados:

> ***"[...] 1. A não apreensão da arma utilizada no roubo e a não identificação dos coautores podem ser supridas pela prova oral, de modo que nada impede a condenação do réu por roubo duplamente qualificado quando as provas acerca do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo foram seguras e coesas. [...]" (20050710079353APR DF - Registro do Acórdão Número: 290178 - Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal - Relator: EDSON ALFREDO SMANIOTTO - Publicação no DJU: 08/02/2008 Pág.: 2436)***

> ***"[...] A apreensão da arma utilizada é prescindível à caracterização da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal. Para tal, basta que fique comprovada a efetiva utilização do artefato durante a empreitada criminosa." [...]" (APR 20050710084460, Acórdão nº 336.194, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 04/12/2008, DJ 14/1/2009, p. 160)***

Tenho manifestado entendimento alinhado ao preconizado pela Corte Constitucional, pela Quinta Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça e por esta egrégia Corte, no sentido de ser pertinente o aumento de pena de emprego de arma no crime de roubo (artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal), mesmo que não haja a sua apreensão, se sua utilização restar comprovada por outros meios de prova no processo.

No presente caso, a utilização da arma restou plenamente comprovada pelo depoimento da testemunha presencial C. H. T. da S.:

> ***"[...] estava trabalhando, já estava próximo do fechamento da farmácia, dirigiu-se até a porta para olhar o movimento e observou duas pessoas que chegaram de bicicleta, imaginando que fossem clientes. Os sujeitos entraram na farmácia e anunciaram o roubo, sendo que um estava armado e outro não. Que***

> ***chegaram até o balcão, levaram as moedas do caixa, o celular e o dinheiro que estava no bolso do dono da drogaria. Que não se recorda a quantia que foi subtraída. Que colocaram a vítima contra a parede, sob a ameaça de que se fizesse alguma coisa iria atirar. [...]". (fls. 151)***

Observa-se, pois, que a testemunha narrou os fatos de forma coerente e segura, confirmando a utilização da arma de fogo.

Além disso, o próprio apelante confessou, em juízo, que "*foi utilizada arma de fogo no roubo; [...] que era o seu irmão que estava armado*". (fl. 83).

Dessa forma, deve ser mantida a causa de aumento de pena pelo emprego de arma, pois a sua utilização restou comprovada pela prova oral produzida sob o crivo do contraditório.

CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO CONCURSO DE PESSOAS

Em relação ao crime de roubo, postula a Defesa o afastamento da causa de aumento do concurso de pessoas, pelo fato de o comparsa ser inimputável.

Mais uma vez razão não lhe assiste.

Sendo o crime cometido por duas pessoas, o fato de uma delas ser inimputável não descaracteriza a causa especial de aumento prevista no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Revela-se sempre mais perigosa, em desfavor do sujeito passivo, a conduta de quem, em conjunto com outras pessoas, pratica o ilícito penal, e o fato dessas outras pessoas serem menores não diminui o perigo na conduta por eles perpetrada. Ademais, do ponto de vista dos sujeitos ativos, a conduta praticada conjuntamente é facilitadora da empreitada criminosa, circunstância que serve de estímulo na perpetração dos delitos. Dessa forma, devem responder, mais gravemente, aqueles que atuam em conjunto na prática do crime de roubo.

Outrossim, releva anotar ser de fácil hermenêutica gramatical, que o Código Penal, ao se referir à causa de aumento de pena em análise, aduziu, expressamente, ao concurso de duas ou mais pessoas, não fazendo menção à necessidade de se tratarem todos de agentes capazes.

Na literatura jurídica, outra não é a orientação, consoante se observa da valiosa lição do penalista Rogério Greco[1], *ipsis litteris:*

> ***"Para que se configure a mencionada qualificadora basta, tão somente, que um dos agentes seja imputável, não importando se os demais participantes possuam ou não esse* status. *Assim, se três pessoas resolvem praticar a subtração, sendo que duas delas são menores de 18 anos, ainda assim estaremos diante da possibilidade de aplicação da qualificadora."***

Nesse entendimento, caminha tranquila a jurisprudência, tanto desta egrégia Corte, como do Tribunal Superior, *in verbis*:

> ***"[...] Para a incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do Código Penal, é irrelevante a inimputabilidade do coautor do roubo. Qualitativa em relação a cada uma delas. [...]". (APR 20030310112814, Acórdão nº 358400, Relator Getulio Pinheiro, 2ª Turma Criminal, julgado em 30/04/2009, DJ 03/06/2009, p. 186)***
>
> ***"[...] No delito de roubo, incide a causa de aumento prevista no art.157, § 2º, II, do CP (concurso de duas pessoas), ainda que o segundo coautor seja menor inimputável. Precedente da Quinta Turma do STJ [...]". (HC 83671, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 15/4/2008, DJ de 16/6/2008)***

Portanto, mesmo sendo o corréu inimputável, deve subsistir a causa de aumento de pena relativa ao concurso de pessoas, pois devidamente comprovada nos autos a prática do roubo por dois agentes.

REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL, POR FORÇA DE ATENUANTE, NA SEGUNDA FASE DE DOSIMETRIA

O apelante questiona, por fim, a dosimetria da pena, postulando a redução desta para aquém do mínimo legal por força das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade.

Tal assertiva não merece provimento.

Em relação ao roubo, o douto Magistrado fixou a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão, ou seja, no mínimo legal.

Na segunda fase da dosimetria, reconheceu as circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, mas deixou de aplicá-las, pelo fato de a reprimenda já ter sido estabelecida no mínimo legal.

Na terceira fase da dosimetria da pena, majorou a pena em 1/3 em virtude das causas de aumento de pena atinentes ao emprego de arma e concurso de agentes, tornando-a definitiva em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Quanto à corrupção de menores, o Magistrado fixou a pena em 01 (um) ano de reclusão, tornando-a definitiva, pelo fato de não haver qualquer causa de oscilação.

Não obstante exista corrente jurisprudencial defendendo a redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria da pena, em caso de circunstância atenuante, trata-se de entendimento minoritário.

Com efeito, a tese - redução da pena, por força de atenuante, abaixo do mínimo legal - já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual concluiu pela sua impossibilidade, *verbis*:

> ***"[...] II - O reconhecimento da atenuante da confissão espontânea não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal. Precedente: HC 70.883/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24.6.94. III - [...]" (HC 87263 / MS - MATO GROSSO DO SUL - Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI - Publicação DJ 04-08-2006, PP-00056).***

Igualmente, no Superior Tribunal de Justiça, a questão também é pacífica, já tendo sido, inclusive, sumulada (Súmula 231 STJ):

> ***"[...] 1. É uníssono o entendimento desta Corte de que a circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula 231/STJ). [...]" (AgRg no REsp 984608/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 10/03/2008).***

No âmbito desta Corte de Justiça, não é outro o entendimento de ambas as Turmas Criminais, *verbis*:

> ***"[...] 4. Como é de sabença comum, as atenuantes não têm o condão de reduzir a pena para aquém do mínimo legal. O Superior Tribunal de Justiça, Súmula 231, pacificou entendimento no sentido de que "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal. [...]". (APR 20080310108708, Relator SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 13/10/2009, DJ 17/11/2009 p. 107).***
>
> ***"[...]" A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena para aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ) [...]". (APR 20080910066550, Relator MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 08/10/2009, DJ 18/11/2009 p. 226).***

Ressalte-se, a tal propósito, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, no qual foi reconhecida repercussão geral, confirmou o entendimento de que não é possível a fixação da pena abaixo do mínimo legal por força de atenuante:

> ***"[...] AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal [...]" (RE 597270 RG-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, DJe-104, publicado em 05/06/2009, pp. 2257).***

Portanto, não há como agasalhar a tese da Defesa.

CONCURSO FORMAL DE CRIMES

Ainda que tal questão não tenha sido objeto de impugnação pelo apelante, o tema deve ser examinado por este Tribunal, diante da ampla devolutividade do recurso de apelação.

O Juiz *a quo* aplicou ao caso a regra descrita no artigo 70, segunda parte, do Código Penal (concurso formal imperfeito/impróprio), ao argumento de que, na hipótese, "*o acusado age com desígnios autônomos, atingindo bens jurídicos diversos*". (fl. 103).

Ocorre, porém, que ao caso dos autos melhor se aplica a regra do concurso formal perfeito/próprio (artigo 70, primeira parte, do Código Penal). Como bem leciona Guilherme de Souza Nucci[2]:

> ***"[...] o art. 70 divide-se em duas partes. Na primeira, prevê--se o concurso formal perfeito, vale dizer, o agente pratica duas ou mais infrações penais através de uma única conduta. Exemplos: preso subtrai, para si, comprimidos psicotrópicos quando realiza faxina (concurso formal dos arts. 155 do CP e 16 da Lei de Tóxicos [atual art. 28 da Lei 11.343/2006] - RT 709/318); agente leva menor para praticar roubo, tendo em mente só o produto desse delito e não a corrupção do menor (concurso formal dos arts. 157 do CP e 1º da Lei 2.252/54 [atual art. 244-B da Lei 8.069/1990] - STJ, 6ª T., RT 737/578). Nesses casos, o agente tem em mente uma só conduta, pouco importando quantos delitos vai praticar; por isso, recebe a pena do mais grave com o aumento determinado pelo legislador. Entretanto, na segunda parte, está previsto o concurso formal imperfeito: as penas devem ser aplicadas cumulativamente se a conduta única é dolosa e os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos. A intenção do legislador, nessa hipótese, é retirar o benefício daquele que, tendo por fim deliberado e direto atingir dois ou mais bens jurídicos, cometer os crimes com uma só ação ou omissão. Tradicional exemplo nos fornece Basileu Garcia: se o agente enfileira várias pessoas e com um único tiro, de arma potente, consegue matá-las ao mesmo tempo, não merece concurso formal, pois agiu com desígnios autônomos [...]"***

De fato, ao praticar o crime de roubo com o menor, o réu tinha em mente uma única conduta, qual seja, a subtração da *res furtiva*, não se importando, é verdade, com as demais consequências que poderiam decorrer da conduta (como a corrupção do adolescente). Tal situação se amolda, portanto, ao concurso formal perfeito/próprio, que nas palavras de Almeida Pedroso, citado por José Antonio Paganella Boschi, "corporifica-se quando os diversos delitos resultam de um só desígnio criminoso, *id est*, de uma única intenção ou deliberação do agente, de sua vontade dirigida à obtenção de um só efeito criminoso" [3].

Nesse sentido, confira-se:

> ***"[...] 6. Entre os crimes de roubo e corrupção de menores, em regra, deve haver concurso formal próprio, consoante o artigo 70, primeira parte, do Código Penal [...]" (APR 20080310076726, Relator SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, acórdão nº 407572 , julgado em 18/02/2010, DJ 26/03/2010 p. 272)***

> ***"[...] 6. Se o maior atua com o propósito de obter o ganho patrimonial, sem que se demonstre a intenção de corromper o adolescente, praticando, por meio de uma única ação e com desígnio único, dois crimes diversos, ocorre concurso formal próprio entre os delitos de roubo e corrupção de menores [...]" (APR 20080410118462, Relator ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 2ª Turma Criminal, acórdão nº 411194, julgado em 18/02/2010, DJ 14/04/2010 p. 169)***

Deve-se aplicar ao caso, portanto, a regra descrita no artigo 70, primeira parte, do Código Penal.

Assim, diante do concurso formal próprio, aplica-se a pena mais grave - 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão - aumentada de 1/6 (um sexto), o que resulta em uma pena de **06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.**

A pena de multa fica estabelecida em 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, correspondente àquela fixada para o crime de roubo circunstanciado, uma vez que a modificação legislativa relativa ao crime de corrupção de menores aboliu a aplicação da pena de multa, fixando apenas a pena privativa de liberdade.

Diante da pena imposta, mantenho o **regime inicial semiaberto** para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para, mantida a condenação do apelante nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, e artigo 244-B da Lei nº 8.069/90, aplicar a regra do concurso formal próprio de crimes, reduzindo a pena total para 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, no valor legal mínimo.

É como voto.

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

Des. João Timóteo de Oliveira (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Dar parcial provimento. Unânime.

Notas

1 **GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Especial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2008, p. 35.**

2 **NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 439.**

3 **BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2006, p. 315.**

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2010002008435-4
ARI 0008435-45.2010.807.0000 (RES.65 - CNJ)

Arguente - Des. Relator da APR 2005.01.1.099592-8
Arguido - Não há
Interessados - Maria de Lourdes de Paiva e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Relator - Des. Natanael Caetano
Conselho Especial

EMENTA

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. PENA EM ABSTRATO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. OPÇÃO LEGISLATIVA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.

O Poder Judiciário não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade de pena em abstrato fixada pelo Poder Legislativo, pois incorreria em ofensa ao princípio da separação de poderes. Além disso, o reconhecimento de inconstitucionalidade do preceito secundário de norma penal incriminadora representaria verdadeira *abolitio criminis*, tendo em vista ser absoluto, no Direito Penal, o princípio da legalidade, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Reconhecer a inconstitucionalidade de pena abstratamente prevista para determinada conduta criminosa seria permitir que o Judiciário fixasse penas aleatórias, ofendendo, além do princípio da legalidade, o princípio da isonomia.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Natanael Caetano - Relator e Lecir Manoel da Luz, Romeu Gonzaga Neiva, Sérgio Bittencourt, Carmelita Brasil, Mário-Zam Belmiro, Flávio Rostirola, George Lopes Leite, Silvanio Barbosa dos Santos, Sérgio Rocha, Arnoldo Camanho, Fernando Habibe, João Timóteo, Lécio Resende, Sérgio Rocha, Sandra de Santis e Ana Maria Duarte Amarante - Vogais, sob a presidência do Desembargador Otávio Augusto, em acolher a preliminar de incompetência. Decisão por maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade acolhida pela 2ª Turma Criminal deste Tribunal, em face do artigo 273, §§ 1º e 1º-B, incisos I e V, do Código Penal, ao fundamento de que a pena em abstrato para a conduta descrita no tipo fere os princípios da proporcionalidade e individualização da pena.

A arguição foi suscitada pela eminente Desembargadora Relatora da apelação criminal n.º 2005.01.1.099592-8, Dra. Nilsoni de Freitas, por entender que as alterações realizadas no art. 273 do Código Penal pela Lei n.º 9.677/98 decorreram de reportagem jornalística que causou comoção nacional ao comprovar a existência de um gigantesco sistema de fraudes e adulterações de medicamentos em nosso país. Explicitou ser sabido que as organizações criminosas falsificavam ou adulteravam os medicamentos, criando cópias fiéis das embalagens originais, contendo no lugar dos remédios pílulas ou compostos de farinha, açúcar ou outro composto qualquer. Afirmou que eram falsificadas também as datas de validade dos remédios e fabricadas caixas, embalagens e selos de controle iguais aos dos laboratórios e órgãos oficiais, impossibilitando ou dificultando a fiscalização da atividade. Aduziu que o gigantesco risco para a saúde pública daí envolvido, principalmente na falsificação de medicamentos voltados para o tratamento do câncer, de problemas de coração, diabetes, mal de *Alzheimer*, normalmente remédios caríssimos, que geravam grandes lucros para os falsários, levou os legisladores a fixarem para esse delito uma das maiores sanções existentes no ordenamento nacional, qual seja, pena de reclusão de 10

(dez) a 15 (quinze) anos e multa, inclusive inserindo essa conduta entre os crimes considerados hediondos. Afirmou que, sem embargo da proteção jurídica da saúde pública, a modificação trazida pela Lei n.º 9.677/98 elevou excessivamente a pena de um crime de perigo abstrato que, em cotejo com outros dispositivos previstos no Código Penal, se mostra muito superior a outros crimes mais graves, como é o caso de homicídio simples, que comina pena mínima de 6 (seis) anos de reclusão. Entendeu, portanto, ser evidente a desproporcionalidade da pena e, portanto, a sua inconstitucionalidade.

Em face da reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição Federal, que impõe a apreciação da inconstitucionalidade, em controle difuso, pelo órgão especial do Tribunal, a presente questão foi trazida a este eg. Conselho Especial.

Em parecer acostado às fls. 309/315, a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, na condição de *custos legis*, opinou pela rejeição da presente arguição de inconstitucionalidade.

É o relatório.

VOTOS
PRELIMINAR

Des. Natanael Caetano (Relator) - Preliminarmente, SUSCITO, DE OFÍCIO, A INCOMPETÊNCIA deste Órgão para a apreciação de inconstitucionalidade de pena em abstrato de conduta criminosa fixada pelo legislador.

No meu entender, os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena devem sim ser observados pelo magistrado, entretanto, não para o fim de reconhecer a correta ou incorreta atuação do legislador ao fixar os patamares mínimo e máximo em abstrato para as condutas tipificadas como crime. Os princípios da proporcionalidade e individualização da pena devem ser observados pelo juiz para o fim de limitar a sua atuação, impedindo que, dentro do patamar imposto pelo legislador, haja a aplicação de pena excessiva ou insuficiente para punir o autor da conduta criminosa objeto da ação penal.

Como é cediço, a individualização da pena deve ser observada com o fim de garantir o correto e adequado atendimento das três fases de aplicação da pena, dentro dos limites legais.

Nesse sentido, entendo que não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, imiscuir-se na atribuição conferida pela Constituição Federal ao Poder Legislativo, a quem compete produzir as normas penais, tipificando as condutas criminosas e estabelecendo as penas a elas aplicáveis.

De se notar que, se fosse admitida a competência do Poder Judiciário para reconhecer a inconstitucionalidade de preceito secundário de norma penal incriminadora, instaurar-se-ia verdadeira insegurança jurídica, uma vez que poderia o magistrado fixar a pena que entendesse mais adequada, acabando por gerar induvidosa ofensa ao princípio da isonomia, pois idênticas condutas criminosas poderiam dar ensejo às mais diversas penas.

Além disso, incorreria o magistrado em flagrante ofensa ao princípio da legalidade, que é absoluto no Direito Penal, por força do disposto na Constituição Federal e no Código Penal, os quais dispõem que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Portanto, não tenho dúvidas da incompetência do Poder Judiciário para reconhecer a inconstitucionalidade de pena em abstrato de crime, já tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado no mesmo sentido, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita, *in verbis*:

> *"DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 180, § 1°, CP. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DOLO DIRETO E EVENTUAL. MÉTODOS E CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL. IMPROVIMENTO. 1.* ***A questão de direito de que trata o recurso extraordinário diz respeito à alegada inconstitucionalidade do art. 180, § 1°, do Código Penal, relativamente ao seu preceito secundário (pena de reclusão de 3 a 8 anos), por suposta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena****. 2. Trata-se de aparente contradição que é resolvida pelos critérios e métodos de interpretação jurídica. 3. Não há dúvida acerca do objetivo da criação da figura típica da receptação qualificada que, inclusive, é crime próprio relacionado à pessoa*

do comerciante ou do industrial. A idéia é exatamente a de apenar mais severamente aquele que, em razão do exercício de sua atividade comercial ou industrial, pratica alguma das condutas descritas no referido § 1°, valendo-se de sua maior facilidade para tanto devido à infra-estrutura que lhe favorece. 4. A lei expressamente pretendeu também punir o agente que, ao praticar qualquer uma das ações típicas contempladas no § 1°, do art. 180, agiu com dolo eventual, mas tal medida não exclui, por óbvio, as hipóteses em que o agente agiu com dolo direto (e não apenas eventual). Trata-se de crime de receptação qualificada pela condição do agente que, por sua atividade profissional, deve ser mais severamente punido com base na maior reprovabilidade de sua conduta. 5. Não há proibição de, com base nos critérios e métodos interpretativos, ser alcançada a conclusão acerca da presença do elemento subjetivo representado pelo dolo direto no tipo do § 1°, do art. 180, do Código Penal, não havendo violação ao princípio da reserva absoluta de lei com a conclusão acima referida. 6. ***Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, consequentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma.*** *7. Recurso extraordinário improvido." (RE 443388/SP, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, julgado em 18/08/2009, Segunda Turma, publicado no DJe de 10/09/2009).*

Por todo o exposto, falece competência a este eg. Conselho Especial para apreciar a inconstitucionalidade da pena abstratamente fixada pelo Poder Legislativo ao crime descrito no artigo 273 do Código Penal, motivo por que **NÃO CONHEÇO DA PRESENTE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

É como voto em preliminar.

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

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

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Senhor Presidente, estou inteiramente de acordo com o eminente Relator. Entendo, porém, que a matéria não se insere na questão da competência, mas, sim, de uma das condições da ação, que seria, no caso, o interesse de agir.

Apenas deixo ressalvado esse ponto de vista e acompanho o Relator.

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

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

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

Des. George Lopes Leite (Vogal) - Senhor Presidente, a doutrina penal, realmente, tem feito críticas a esta lei, a esta criminalização dessa conduta.

Na época em que o atual presidenciável José Serra era Ministro da Saúde, e diante de um caso específico, em que dois cidadãos vieram a falecer por ingerirem um remédio chamado Androcur, que era para câncer, mas não tinha eficácia, era apenas um placebo. Diante da repercussão dessas mortes, rapidamente, o Congresso criminalizou essa conduta como hedionda, e aumentou sua pena. Aproveitou, ainda, para incluir na falsificação desse tipo de medicamento também os saneantes e produtos de limpeza. Realmente não havia essa necessidade. Na época, a doutrina já fazia críticas à generalização dessas condutas.

Não tenho dúvidas em acolher essas críticas. Realmente, há um defeito grave nessa lei, pois equiparou a falsificação de medicamentos de alta complexidade para tratamento de câncer com cosméticos e saneantes, o que é um exagero. Mas a crítica que faz há de ser deslindada na esfera adequada, porque a matéria exige uma reflexão constitucional.

Acho que essa questão deveria ser levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, mediante recurso extraordinário da parte prejudicada, mas não nos compete fazer essa crítica à lei. O juiz é juiz de acordo com a lei, e não juiz da lei. Ao apreciar a má formulação da lei e declarar sua inconstitucionalidade estaríamos inaugurando um precedente realmente muito perigoso.

Senhor Presidente, com essas considerações, acompanho o eminente Relator para não conhecer da matéria.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) - Senhor Presidente, atuei inclusive como Revisor da Desembargadora Nilsoni de Freitas neste caso e, realmente, confortei-me nessa diretiva de se instaurar esse incidente, haja vista que vários tribunais estaduais estavam, antes da Súmula Vinculante n.º 10, da Suprema Corte, deixando de aplicar a pena do art. 273, e aplicando a pena da Lei n.º 11.343, do art. 33.

Todavia, hoje, com a solicitação do eminente Desembargador Relator, reflito e o acompanho, Senhor Presidente.

Des. Sérgio Rocha (Vogal) - Senhor Presidente, peço vista.

Des. Arnoldo Camanho (Vogal) - Aguardo.

Des. Fernando Habibe (Vogal) - Aguardo.

Des. João Timóteo (Vogal) - Aguardo.

Des. Otávio Augusto (Presidente e Vogal) - Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade em face do preceito secundário do artigo 273, §§ 1º e 1ºB, incisos I e V, do Código Penal, que trata do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

A ilustre Desembargadora Relatora da APC 2005.01.1.099592-8, suscitante da presente arguição, aduz que o referido dispositivo poderia estar em conflito com o princípio constitucional da proporcionalidade diante da disposição do preceito secundário.

A redação original do art. 273 do Código Penal previa:

> *"Art. 273. Alterar substância alimentícia ou medicinal: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa".*

Com a edição da Lei 9.677/98, o dispositivo passou a ter a seguinte redação:

> "Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

> Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.
> § 1o Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.
> § 1o-A. Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.
> § 1o-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:
> I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;
> II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;
> III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;
> IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;
> V - de procedência ignorada;
> VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.
> § 2o Se o crime é culposo:
> Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa."

A Lei nº 9.695/98 ainda incluiu o art. 273 do Código Penal no rol dos crimes hediondos.

Em **preliminar**, impõe ressaltar que a análise da inconstitucionalidade de preceito secundário de tipo penal enseja posições divergentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Defendendo a impossibilidade de o Poder Judiciário se imiscuir nas opções políticas de erigir fatos a condição de tipo penal, impondo-lhes pena, a eminente Ministra Ellen Graccie por conta do julgamento do RE 443388/SP, em 18/8/2009, publicado em 10/9/2009, que tinha por objeto a pena prevista no art. 180, §1º do CP, assinalou que:

> "Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma

penal incriminadora e, consequentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma".

Por outro lado, em decisão monocrática proferida no HC 92525/RJ, em 31/03/2008, o douto Ministro Celso de Mello, examinado igualmente o crime de receptação qualificada, assim dispôs:

"RECEPTAÇÃO SIMPLES (DOLO DIRETO) E RECEPTAÇÃO QUALIFICADA (DOLO INDIRETO EVENTUAL). COMINAÇÃO DE PENA MAIS LEVE PARA O CRIME MAIS GRAVE (CP, ART. 180, "CAPUT") E DE PENA MAIS SEVERA PARA O CRIME MENOS GRAVE (CP, ART. 180, § 1º). TRANSGRESSÃO, PELO LEGISLADOR, DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO "*IN ABSTRACTO*" DA PENA. LIMITAÇÕES MATERIAIS QUE SE IMPÕEM À OBSERVÂNCIA DO ESTADO, QUANDO DA ELABORAÇÃO DAS LEIS. A POSIÇÃO DE ALBERTO SILVA FRANCO, DAMÁSIO E. JESUS E DE CELSO, ROBERTO, ROBERTO JÚNIOR E FÁBIO DELMANTO. A PROPORCIONALIDADE COMO POSTULADO BÁSICO DE CONTENÇÃO DOS EXCESSOS DO PODER PÚBLICO. O "*DUE PROCESS OF LAW*" EM SUA DIMENSÃO SUBSTANTIVA (CF, ART. 5º, INCISO LIV). DOUTRINA. PRECEDENTES. A QUESTÃO DAS ANTINOMIAS (APARENTES E REAIS). CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO AB-ROGANTE. EXCEPCIONALIDADE. UTILIZAÇÃO, SEMPRE QUE POSSÍVEL, PELO PODER JUDICIÁRIO, DA INTERPRETAÇÃO CORRETIVA, AINDA QUE DESTA RESULTE PEQUENA MODIFICAÇÃO NO TEXTO DA LEI. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA."

Em sua fundamentação, ficou consignado que:

"A presente impetração insurge-se contra decisão, que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, encontra-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 84):

"'*HABEAS CORPUS*'. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS. PRETENSÃO A SER APURÁVEL POR COGNIÇÃO PLENA. EXAME FÁTICO. FASE EXECUTÓRIA. REVISÃO CRIMINAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. 1. O remédio de 'habeas corpus' não se presta a contraditar a decisão condenatória, porquanto não permite o reexame do material cognitivo, cabendo ao procedimento de cognição plena fazê-lo em toda a extensão requerida. 2. Segundo orientação pacífica desta Corte, não tem fundamento a alegação de inconstitucionalidade do § 1º do art. 180 do Código Penal, porquanto ele descreve conduta apurável em tipo penalmente relevante. 3. A nulificação do processo pelo cerceamento de defesa deve ser atestada somente com a comprovação do efetivo prejuízo ao réu. Ordem denegada." (HC 49.444/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - grifei)

Dentre os vários fundamentos que dão suporte à presente impetração, há um que se refere à alegada inconstitucionalidade do preceito secundário sancionador inscrito no § 1º do art. 180 do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.426/96 (fls. 17/23).

Tenho por relevante esse fundamento, que sustenta a inconstitucionalidade em referência com apoio em alegada ofensa ao princípio da proporcionalidade, pois não se mostra razoável punir mais severamente uma conduta que revela índice de menor gravidade.

(...).

A elaboração da norma penal incriminadora não pode subtrair-se à obediência aos preceitos constitucionais. Cumpria, pois, à Lei n° 9.426/96, ter como parâmetro o princípio da proporcionalidade entre o fato cometido e a gravidade da resposta

penal, pois é nesse momento, o da individualização legislativa da pena (CF, art. 5°, XLVI), que a proporcionalidade apresenta fundamentalmente a sua eficácia (...).
(...).
Vê-se, das lições ora expostas, que o legislador brasileiro - ao cominar pena mais leve a um delito mais grave (CP, art. 180, "caput") e ao punir, com maior severidade, um crime revestido de menor gravidade (CP, art. 180, § 1º) - atuou de modo absolutamente incongruente, com evidente transgressão ao postulado da proporcionalidade.
Impende advertir, neste ponto, que o Poder Público, especialmente em sede de tipificação e cominação penais, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.
O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LIV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.
Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade.
Entendo, por isso mesmo, que a tese exposta nesta impetração revela-se juridicamente plausível, especialmente se se considerar a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, que já assentou, a propósito do tema, a orientação de que transgride o postulado do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), analisado em sua dimensão material ("substantive due process of law"), a regra legal que veicula, em seu conteúdo, prescrição normativa qualificada pela nota da irrazoabilidade. Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao

princípio da proporcionalidade, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "Curso de Direito Administrativo", p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) - como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa (especialmente aquela de índole penal) - adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do "*due process of law*" (RAQUEL DENIZE STUMM, "Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro", p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Direitos Humanos Fundamentais", p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, "Curso de Direito Constitucional", p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros).

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas

hipóteses de imposições restritivas ou supressivas incidentes sobre determinados valores básicos (como a liberdade) - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que atuam como expressivas limitações materiais à ação normativa do Poder Legislativo.

A essência do "*substantive due process of law*" reside na necessidade de conter os excessos do Poder, quando o Estado edita legislação que se revele destituída do necessário coeficiente de razoabilidade, como parece ocorrer na espécie ora em exame.

Isso significa, portanto, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

Daí a advertência de CAIO TÁCITO (RDP 100/11-12), que, ao relembrar a lição pioneira de SANTI ROMANO, destaca que a figura do desvio de poder legislativo impõe o reconhecimento de que a atividade legislativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com padrões de razoabilidade.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140-141, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Em suma: a norma estatal, que veicule qualquer conteúdo de irrazoabilidade (como ocorreria no caso em exame), transgride o princípio do devido processo legal, examinado este na perspectiva de sua projeção material ("*substantive due process of law*").

Essa cláusula tutelar dos direitos, garantias e liberdades, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador, como esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 176/578-579, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Nem se diga, de outro lado, que o Supremo Tribunal Federal, ao assim proceder, estaria excedendo os limites materiais de sua função jurisdicional.

Na verdade, esta Suprema Corte, adstringindo-se aos estritos limites de sua competência constitucional, já decidiu, em contexto no qual se discutia a ocorrência, ou não, de antinomia real (ou insolúvel), insuscetível, portanto, de superação pelos critérios ordinários (critério cronológico, critério hierárquico e critério da especialidade), que se revelava legítima a utilização, embora excepcional, da interpretação ab-rogante, quando absoluta (e insuperável) a relação de antagonismo entre dois preceitos normativos, hipótese em que, adotado esse método extraordinário, "ou o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab-rogação simples) ou elimina as duas normas contrárias (ab-rogação dupla)" (RTJ 166/493, Rel. p/ o acórdão Min. MOREIRA ALVES).

Ao julgar o HC 68.793/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. MOREIRA ALVES, a colenda Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, apoiando-se no magistério de NORBERTO BOBBIO ("Teoria do Ordenamento Jurídico", p. 100/103, 1989, Polis/Editora Unb), assinalou que a interpretação ab-rogante, porque excepcional, deve ser ordinariamente afastada, preferindo-se, a ela, quando conciliáveis os dispositivos antinômicos (antinomia aparente), a denominada "(...) interpretação corretiva, que conserva ambas as normas incompatíveis por meio de interpretação que se ajuste ao espírito da lei e que corrija a incompatibilidade, eliminando-a pela introdução de leve ou

> de parcial modificação no texto da lei" (RTJ 166/493 - grifei).
> Em conseqüência desse entendimento, e buscando viabilizar "a eliminação da incompatibilidade", o Supremo Tribunal Federal (cuidava-se, então, de regras normativas constantes da Lei dos Crimes Hediondos), mediante exegese restritiva das normas legais em exame, promoveu uma conciliação sistemática dos preceitos legais, "(...) deixando ao primeiro, a fixação da pena (...) e ao segundo, a especialização do tipo do crime (...)" (RTJ 166/493), na linha do que se preconiza nas lições que venho de referir, que propõem, para solução do conflito, a subsistência do preceito primário consubstanciado no § 1º do art. 180 do Código Penal, embora aplicando-se-lhe o preceito sancionador (preceito secundário) inscrito no "caput" do referido art. 180 do CP.
> Os aspectos que venho de ressaltar permitem-me reconhecer, embora em juízo de sumária cognição, a ocorrência, na espécie, do requisito pertinente à plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pelo impetrante.
> (...).
> Brasília, 31 de março de 2008.
> Ministro CELSO DE MELLO
> Relator"

Em recentíssima decisão, datada de 1º/07/2010, o eminente Min. Celso de Mello, em decisão monocrática proferida na Medida Cautelar em Habeas Corpus n. 102.094/SC, proferiu decisão nesse mesmo teor.

Com efeito, a doutrina admite, ainda que de forma excepcionalíssima, o controle jurisdicional de atos legislativos, desde de que decorrentes de manifesta desproporcionalidade ou irrazoabilidade na atuação legislativa.

A respeito, o professor Luciano Feldens assinala:

> "Embora desfrute de ampla liberdade de configuração, o legislador penal não se imuniza a um controle de constitucionalidade sobre os atos que produz, seja na penalização, seja na despenalização, de determinadas condutas. Sua liberdade de atuação, conquanto regra, é relativa, encontrando-se subme-

> tida a pautas que lhe são subministradas pela Constituição, as quais lhe impedem extravasar os limites superior (proibição do excesso) e inferior (proibição de proteção deficiente) da proporcionalidade"[1].

Com efeito, a se admitir o exame de suposta inconstitucionalidade incidental do art. 273, §§ 1º e 1ºB, incisos I e V, do Código Penal, tem-se que há apenas uma fiscalização dos fins e das diretivas materiais impostas na Constituição Federal, de forma a se verificar eventual desconformidade do ato legislativo por contrariedade, não pertinência ou incongruência com esse propósito. Busca-se com esse fim captar juridicamente o eventual excesso do Poder Legislativo durante o processo de eleição do conteúdo da norma, seja no seu preceito primário, seja no secundário.

Assim, diante da divergência que se mantém sobre a questão, inclusive com deliberação do i. Min. Celso de Mello, entendendo, ao menos cautelarmente, pela plausibilidade da tese acerca da alegada ofensa ao princípio da proporcionalidade, pois não se mostra razoável punir mais severamente uma conduta que revela índice de menor gravidade, crê-se que a arguição deve ser conhecida para sua análise meritória.

De mais a mais, vale assinalar que, a rigor, essa análise acerca da possibilidade de o Poder Judiciário poder interferir na opção político-legislativa do legislador, responsável pela edição de determinada norma penal incriminadora com penas mais severas aos sujeitos ativos das condutas respectivamente elencadas, desborda dos limites da admissibilidade da presente arguição, confundindo-se com o próprio mérito da demanda.

Com estas considerações, CONHECE-SE da arguição de inconstitucionalidade.

Des. Mário-Zam Belmiro (Vogal) - Senhor Presidente, quero rever o meu entendimento, aderindo ao voto agora proferido por V. Ex.ª.

Afasto a preliminar.

DECISÃO

Após o voto do Relator, não conhecendo da arguição, no que foi acompanhado por sete eminentes julgadores, e o voto do Presidente, conhecendo da arguição, no que foi acompanhado por um eminente julgador, pediu vista o Desembargador Sérgio Rocha. Os demais aguardam.

VOTO DE VISTA

Des. Sérgio Rocha (Vogal) - Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade do art. 273 do CP[1] (falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais), suscitada pela Desembargadora Nilsoni de Freitas, no julgamento da APR n. 2005.01.1.099592-8, tendo por fundamento a desproporcionalidade do preceito secundário do artigo, que prevê pena de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Na sessão anterior, o eminente Desembargador Relator, Natanael Caetano, suscitou preliminar de incompetência do Conselho Especial para análise da matéria ao fundamento de que os princípios da proporcionalidade e individualização da pena não se aplicam à atuação do legislador ao fixar os patamares mínimo e máximo em abstrato para as condutas tipificadas como crime. Foi acompanhado pelos eminentes Desembargadores Lecir Manoel da Luz, Romeu Gonzaga Neiva, Sérgio Bittencourt, Carmelita Brasil, Flávio Rostirola, George Lopes Leite e Silvânio Barbosa dos Santos.

Pedi vista dos autos para analisar mais detidamente a matéria.

Em que pese o respeito e admiração que nutro pelos eminentes pares, ouso discordar de Vossas Excelências.

Isso porque, adoto entendimento no sentido de que o Poder Legislativo, na edição de atos normativos, entre eles as leis penais, também está subordinado ao princípio da proporcionalidade, no caso conhecido como devido processo legal material ou "*substantive due process of law*".

Existe farta doutrina sobre o tema. Entre eles, Luís Roberto Barroso, em seu texto "Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade"[2] escreveu que:

> *"(...) De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.*
> *(...)*
> *O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade sempre teve seu campo de incidência mais tradicional no âmbito da atuação*

do Poder Executivo. Estudado precipuamente na área do direito administrativo, ele funcionava como medida da legitimidade do exercício do poder de política (sic) e da interferência dos entes públicos na vida privada. (...)

Também no domínio do Poder Judiciário o princípio teve aplicabilidade, notadamente no tratamento das medidas cautelares. Sua aplicação como critério aferidor dos atos do Poder Legislativo, todavia, a despeito de constituir prática relativamente antiga na tradição norte-americana, e de ser admitida com reservas em Países como Alemanha e Itália, é que suscita alguma controvérsia, por confrontar-se com certas noções tradicionais de separação dos Poderes.

De fato, a aferição da razoabilidade importa em juízo de mérito sobre os atos editados pelo Legislativo, o que interfere com o delineamento mais comumente aceito da discricionariedade do legislador. Ao examinar a compatibilidade entre meio e fim, e as nuances de necessidade-proporcionalidade da medida adotada, a atuação do Judiciário transcenderá à do mero controle objetivo da legalidade. E o conhecimento convencional, como se sabe, rejeita que o juiz se substitua ao administrador ou ao legislador para fazer sobrepor a sua própria valoração subjetiva de dada matéria. A verdade, contudo, é que ao apreciar uma lei para verificar se ela é ou não arbitrária, o juiz ou o tribunal estará, inevitavelmente, declinando o seu próprio ponto de vista do que seja racional ou razoável.

A evolução dos conceitos tem atenuado o rigor das formulações clássicas e permitido a contenção da chamada liberdade de conformação legislativa.

(...)

Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preciso ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o juiz hesitar. (...)"[3]

É certo que, conforme expôs o eminente Desembargador Relator, a possibilidade, indiscriminada, de o Poder Judiciário reconhecer a inconstitucionalidade do preceito secundário de norma penal incriminadora geraria insegurança jurídica.

Todavia, conforme brilhantemente escreveu Luís Roberto Barroso, acima citado, nessas situações o Judiciário deve atuar com parcimônia e prudência, e somente com o objetivo de evitar excessos do Poder Legislativo.

O princípio da proporcionalidade, apesar de não previsto expressamente em nossa Constituição Federal, deve ser visto como uma forma de evitar excessos em todos os três poderes constituídos (Executivo, Judiciário e Legislativo), devendo, portanto, ser ponderado com o princípio da legalidade no direito penal.

Gilmar Mendes, em seu Curso de Direito Constitucional, inicia o capítulo relativo ao princípio da proporcionalidade trazendo que sua aplicação ao Poder Legislativo é assunto tormentoso, entretanto, no desenvolver da matéria, o coloca como necessário, *in verbis*:

> *"(...) É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso do poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (Verhältnishmässigkeitsprinzip), isto é, de proceder à censura sobre a adequação (Geeignetheit) e a necessidade (Erforderlichkeit) do ato legislativo.*
>
> *(...)*
>
> *Tem-se enfatizado, portanto, entre nós, que o fundamento do princípio da proporcionalidade situa-se no âmbito dos direitos fundamentais.*
>
> *(...)*
>
> *A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnishmässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incronguência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (Verhältnishmässigkeitsprinzip) ou ao princípio da proibição*

> *de excesso (Übermassverbot) qualidade de norma constitucional não escrita.*
> *(...)*
> *A aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador. (...)"*[4]

Assim, com base em toda a doutrina moderna acima transcrita e também na brilhante decisão do Ministro Celso de Mello, proferida em 31/03/2008, no HC n. 92525/RJ[5], citada pelo eminente desembargador Otávio Augusto, entendo que o legislador também está submetido ao princípio da proporcionalidade, em nosso sistema jurídico também conhecido como *substantive due process of law.*

Isso porque o poder do legislador não pode ser ilimitado, com possibilidade de edição de leis irrazoáveis e abusivas, tendo em vista que poderá limitar direitos, garantias e liberdades previstos na Constituição.

Diante do exposto, conheço da arguição de inconstitucionalidade.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273, §§ 1º e 1ºB, INCISOS I e V DO CP

Disciplina o Código Penal, em seu art. 273, com redação dada pela Lei n. 9.677/98:

> *"Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais*
> *Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:*
> *Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.*
> *§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.*
> *§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.*
> *§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:*

> *I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;*
> *II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;*
> *III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;*
> *IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;*
> *V - de procedência ignorada;*
> *VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. (...)"*

O crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (CP 273) está disciplinado no Capítulo III do Código Penal, que tem como bem jurídico tutelado a Saúde Pública.

A pena abstrata prevista para o crime disciplinado no artigo 273 do CP, após a edição da Lei n. 9.677/98, passou a ser de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, sendo que a Lei n. 9.695/98 o incluiu no rol dos crimes considerados hediondos (Lei n. 8.072, 1º, VII-B[6]).

A meu ver, a inovação legislativa que alterou o tratamento do crime previsto no art. 273 do CP é inconstitucional por ofensa à proporcionalidade. Tomando por base o bem jurídico por ele tutelado e a pena privativa de liberdade imposta, bem como sua classificação como crime hediondo.

Ensina Miguel Reale Júnior:

> *"(...) A nossa Constituição, que consagra o Estado Democrático de Direito, tem por princípios, não formalizados de forma expressa, mas claramente implícitos nos valores que o guiam, o da subsidiariedade e o da proporcionalidade. Este é um dado que ninguém desconhece, como afirma Alberto Silva Franco, segundo o qual, mediante o princípio da proporcionalidade, deve-se fazer uma "ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que alguém pode ser privado (gravidade da pena)".*
> *Como visto, o princípio da proporcionalidade deflui do conjunto dos princípios e direitos fundamentais explicitados na Constituição, a começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito,*

> *a pessoa humana não pode alcançar sua realização concreta se sujeita estiver ao arbítrio do legislador, o qual, a seu livre talante, escolhe como objeto de punição comportamentos inócuos ou meras desobediências a normas de caráter administrativo, pois "somente as infrações mais graves da ordem social devem ser eleitas pelo direito penal" e a "retribuição penal deve ser proporcional à escala ético-penal de proteção de bens jurídicos".*
> *O princípio da proporcionalidade emana, também, da proibição de penas cruéis e da determinação da individualização da pena, que importa, no primeiro momento, em uma individualização legislativa de acordo com a natureza do bem jurídico tutelado, e depois, quando da sentença, na busca da pena justa e proporcional à gravidade do fato e à culpabilidade do agente. (...)"*[7]

Não tenho dúvidas da gravidade de condutas que ofendem a saúde pública, as quais merecem punição do Estado.

Todavia, entendo que a penalidade prevista pela Lei n. 9.677/98 é desproporcional se tivermos como parâmetro crimes como o homicídio (bem jurídico tutelado a vida, pena mínima seis anos), o estupro (bem jurídico tutelado a liberdade sexual, pena mínima seis anos) e o tráfico de drogas (pena mínima cinco anos), que também tem por bem jurídico tutelado a saúde pública, os quais possuem pena mínima legal prevista em metade da pena mínima prevista para a figura da falsificação de medicamentos (dez anos).

Nesse sentido a doutrina de Celso Delmanto:

> ***"(...) Inconstitucionalidade:*** *É de todos conhecida a inflação legislativa que o Direito Penal tem experimentado desde o início da década de 1990, não só com um significativo recrudescimento das sanções penais, mas também com a mitigação de garantias processuais. Foi nesse contexto que se aprovou a chamada Lei dos Remédios (Lei nº 9.677, de 2.7.98), que, além de ampliar os tipos penais, aumentou sobremaneira as penas dos crimes previstos no Capítulo III do Título VIII do CP. Em alguns casos, o aumento da pena foi tão absurdo a ponto mesmo de tornar-se inconstitucional, por violação da garantia do devido processo legal (CR, art. 5º, LVI) em seu aspecto substantivo*

> *(substantive due process of law), que pressupõe o correto processo de elaboração legislativa e de que as leis sejam proporcionais e razoáveis (são os denominados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade). Com efeito, lembra Francisco Clementino de San Tiago Dantas que um dos requisitos do devido processo legal é o de que "a diferenciação feita na lei seja natural e razoável, e não arbitrária e caprichosa", abrindo-se "ao Poder Judiciário a porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legislativa" (Problemas de Direito Positivo - Estudos e Pareceres, Rio de Janeiro, Forense, 1953, PP. 46-47). É o caso deste art. 273, cuja antiga pena de dois a seis anos de reclusão (sic - de um a três anos de reclusão) passou para a inimaginável pena de dez a quinze anos de reclusão. Muitas vezes, além da desproporcionalidade entre o desvalor da conduta e o do seu resultado (é o caso, por exemplo, de cosméticos e saneantes mencionados no §1ºA deste art. 273), a desproporcionalidade da pena fica evidente quando comparada com pena de outros delitos, incontestavelmente mais graves. (...)"*[8]

O TRF - 4ª Região entende que o preceito secundário do art. 273 do CP é inconstitucional, *verbis:*

> *"(...) 5. Reconhecida no âmbito desta Corte a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, §1º - B, por desproporcional a pena privativa de liberdade cominada, casos em que se deve tomar como parâmetro a pena prevista para o tráfico de entorpecentes na época em que cometido o fato. (...)" (TRF-4ª Região, Relator Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, julgado em 17/03/2010, publicado em 09/04/2010).*

Assim, reconhecida a inconstitucionalidade da inovação legislativa quanto ao preceito secundário do crime previsto no art. 273 do CP, impõe-se a consideração das penas originariamente prevista pelo tipo penal, quais sejam, reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Quanto à combinação do preceito secundário da redação originária do art. 273 do CP com o preceito primário da nova redação do art. 273, também do CP, entendo possível.

Embora a 5ª Turma do STJ adote entendimento no sentido de que não pode haver conjugação de artigos de leis, a 6ª Turma do mesmo Tribunal admite essa conjugação, *in verbis*:

> *"(...) 3. Entende a colenda Sexta Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, de forma majoritária, ser viável a combinação de disposições favoráveis de distintas leis a fim de beneficiar o réu (preceito sancionador do art. 12 da Lei 6.368/76 com a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06).*
> *4. Na espécie, foi aplicado o preceito sancionador da lei nova, sobre a qual incidiu a causa de diminuição do parágrafo quarto do art. 33. In casu, o Tribunal a quo promoveu a diminuição de pena.*
> *Contudo, fê-lo não com base na pena da lei antiga, mas servindo do preceito sancionador da lei nova, ou seja, elevou-se a pena-base para cinco anos. Logo, de rigor é a correção do campo de incidência da causa de diminuição, que deve ser a pena de três anos, sanção mínima, fixada na sentença. Como a causa de diminuição fora aquilatada pelo Tribunal a quo em 5/12, a pena deve ser redimensionada para um ano e nove meses de reclusão. (...)" (HC 85.229/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 19/12/2008)*

> *"(...) 2. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.*
> *3. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto. (...)" (HC 112.538/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 19/12/2008)*

A 2ª Turma do STF também admitiu a combinação de normas, quando permitiu a aplicação do benefício do §4º da Lei n. 11.343/06 aos condenados pela prática do crime previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76:

> *"(...) Condenação. Pena. Privativa de liberdade. Prisão. Causa de diminuição prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Cálculo sobre a pena cominada no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76, e já definida em concreto. Admissibilidade. Criação jurisdicional de terceira norma. Não ocorrência. Nova valoração da conduta do chamado "pequeno traficante". Retroatividade da lei mais benéfica. HC concedido. Voto vencido da Min. Ellen Gracie, Relatora original. Inteligência do art. 5º, XL, da CF. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, mais benigna, pode ser aplicada sobre a pena fixada com base no disposto no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76. (...)" (HC 95435, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-04 PP-00691 RT v. 98, n. 880, 2009, p. 479-487)*

Esta e. Corte vem acatando tal posicionamento. Confira-se:

> *"(...) I. Os princípios da irretroatividade da lei mais grave e da retroatividade da lei mais benigna autorizam a fusão, sempre que a norma sucessiva beneficiar o réu. Assim, cabe a redução do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ainda que o acusado tenha sido denunciado na vigência da Lei 6.368/76.*
> *II. Não mais se questiona a possibilidade de integração entre a lei velha e a lei nova. O magistrado aplica o direito positivo ao fato submetido à sua jurisdição, e não está com isso, criando uma nova lei. (...)"*
> *(20080020151865HBC, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 30/10/2008, DJ 03/12/2008 p. 64)*

> *"(...) 1. A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, estabeleceu, em seu art. 33, §4º, uma causa especial de diminuição de pena para*

> *as hipóteses em que o réu for primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa. Assim, por ser norma material mais benéfica, deve retroagir em favor do réu." (20080020009566HBC, Relator EDSON ALFREDO SMANIOTTO, 1ª Turma Criminal, julgado em 03/04/2008, DJ 07/05/2008 p. 114).*

Observa-se, assim, que a 6ª Turma do STJ, a 2ª Turma do STF e este e. Tribunal vêm admitindo a integração entre normas.

Seguindo tal entendimento, admito a aplicação do preceito secundário do art. 273 do CP, em sua redação original (pena de reclusão de um a três anos e multa) ao art. 273 do CP com a redação dada pela Lei n. 9.677/98, tendo em vista a inconstitucionalidade do preceito secundário estabelecido pela nova legislação.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **declaro inconstitucional** o preceito secundário do art. 273 do CP, com a redação dada pela Lei n. 9.677/98, determinando que seja aplicado o preceito secundário previsto na redação originária do CP.

É como voto.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Desembargador Sérgio Rocha, com a ressalva, da minha parte, no sentido de que não se tratava exatamente de incompetência, mas apenas falta de uma das condições da ação. O acórdão, trazido pelo eminente Relator, diz respeito à competência legislativa, por isso é que não adotei o mesmo posicionamento *ipsis litteris* do eminente Relator.

Des. Sérgio Rocha (Vogal) - Esse doutrinador, o professor Luís Roberto Barroso, expõe que esse controle, feito pelo Judiciário, dos atos legislativos, ainda que seja uma legislação penal, e ainda que seja no preceito secundário, é tradicionalmente aceito nos Estados Unidos e na Europa, enfrenta algumas dificuldades no Brasil.

Vejam V. Ex.ªs que não existe, a meu ver, motivo algum para se excluir o Poder Legislativo da aplicação do Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Esse art. 273 aplica, em uma infelicidade ímpar do Legislador, uma pena de 10 (dez) anos a quem adulterar um sabão, um produto detergente

ou um produto cosmético, e isso tem acontecido. Já presenciei um processo penal no qual um feirante, vendedor de garrafadas, como existem milhares pelo interior do Brasil - essas garrafadas de resultado comprovado pela cultura popular- ser condenado à pena mínima de 10 (dez) anos de prisão, em regime inicial fechado, por vender uma garrafada em uma feira pública. O Legislador, realmente, a meu ver, extrapolou os limites do razoável, do proporcional, e temos aqui uma oportunidade rara de declarar a inconstitucionalidade desse preceito.

Des. Arnoldo Camanho (Vogal) - Senhor Presidente, adiro ao entendimento do voto do Desembargador Sérgio Rocha, admitindo a possibilidade de este egrégio Conselho Especial analisar a argüição de inconstitucionalidade da lei suscitada ao ensejo do julgamento do recurso de apelação criminal pela 2.ª Turma Criminal dessa Corte.

Tenho que os temas proporcionalidade e razoabilidade hão de nortear, sim, a elaboração do texto legal, e é possível que seja feito o controle da constitucionalidade, em caráter incidental, em relação àquele processo específico por este egrégio Plenário.

Por isso, pedindo vênia à douta divergência, a todos aqueles que se posicionaram em sentido contrário, para acompanhar o entendimento do eminente Desembargador Sérgio Rocha, admitindo o processamento do incidente de inconstitucionalidade.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Senhor Presidente, o que se pretende é a declaração de inconstitucionalidade de uma norma penal. Não sei se seria somente o preceito secundário que estaria sendo atacado ou toda a norma.

Des. Natanael Caetano (Relator) - Só o preceito secundário.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Foi por isso que adotei o mesmo posicionamento do eminente Relator, no que tange ao conhecimento do incidente, porque, retirado o preceito secundário da norma, estaríamos descriminalizando uma conduta considerada ilícita pelo Legislador. Nos transformaríamos, portanto, em legisladores.

O primeiro preceito descreve uma conduta proibida: vender remédio, etc.

Des. Sérgio Rocha (Vogal) - V. Ex.ª me permite, Desembargador Sérgio Bittencourt?

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Pois não.

Des. Sérgio Rocha (Vogal) - Manter-se-ia o preceito secundário da antiga redação.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Perdoe-me, mas na declaração incidental ação de inconstitucionalidade não há previsão de repristinação.

Teríamos uma conduta: falsificar, etc., sem um preceito secundário, sem uma sanção. Ficaríamos com uma conduta solta, descrita no Código Penal, sem qualquer objetivo.

Des. Arnoldo Camanho (Vogal) - V. Ex.ª me concede um aparte?

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Pois não.

Des. Arnoldo Camanho (Vogal) - Estou, aqui, com o voto que foi proferido pela 2.ª Turma Criminal a propósito desse incidente. E o que foi submetido à egrégia Turma, pelo voto da Desembargadora Nilsoni de Freitas, peço licença para ler: "isto posto, submeto a essa egrégia Turma a arguição de relevância de instauração de incidente de inconstitucionalidade do art. 273 e parágrafos".

Na verdade, não é só do preceito secundário. É da norma como um todo.

Agradeço a gentileza.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Agradeço a V. Ex.ª.

Mas aí teríamos exatamente aquela condição: posição de legislador. Foi essa a orientação que trouxe o eminente Relator.

O Tribunal não pode se transformar em legislador e tirar normas do Código Penal, porque o primeiro preceito é...

Desa. Sandra De Santis (Vogal) - Senhor Presidente, o Desembargador Edson Alfredo Smaniotto na Turma também... (Inaudível).

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Inclusive já participei de julgamento, perante a 1.ª Turma Criminal, onde esse assunto veio à baila, justamente nesse aspecto: da inconstitucionalidade pela proporcionalidade.

Desa. Ana Maria Duarte Amarante (Vogal) - É inconstitucionalidade da lei revogadora, restabelece a vigência da lei.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Penso que em sede de inconstitucionalidade *in concreto* não há repristinação.

Então, Senhor Presidente, queria apenas deixar bem claro meu posicionamento e a razão pela qual acompanho o douto voto do eminente Relator. Divirjo de S. Ex.ª apenas naquele detalhe da competência do Tribunal. A questão é de falta de interesse de agir.

Des. Sérgio Rocha (Vogal) - V. Ex.ª me permite, Desembargador Sérgio Bittencourt?

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Pois não.

Des. Sérgio Rocha (Vogal) - Veja V. Ex.ª, Desembargador Sérgio Bittencourt, que se essa senhora, que é absolutamente primária, sem qualquer mácula, não tem nenhuma passagem pela polícia, estivesse traficando heroína, cocaína, morfina ou crack, poderia pegar uma pena mínima de 1 (um) ano e 1/2 (meio). Mas, não, estava vendendo Viagra e outros produtos lá na Feira do Paraguai, e vai pegar uma pena mínima de 10 (dez) anos.

Aí, reside a falta de proporcionalidade, de razoabilidade e de inconstitucionalidade do preceito que deve ser extirpado.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Isso é o mérito, que V. Ex.ª irá enfrentar em seguida.

Des. Sérgio Rocha (Vogal) - É a relevância do mérito que justifica a nossa atuação neste Conselho.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênia para fazer um registro: a Constituição brasileira é legalista: "Ninguém será obrigado a fazer

ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei." Não é uma Constituição principiológica. Já disse várias vezes que esses princípios são princípios da política, não são princípios gerais do Direito. Princípio é um ente não criado pelo homem, mas apenas inspirado aos homens. Nenhum homem criou princípios. Então, é por isso que a lista de princípios é interminável.

O eminente Desembargador Sérgio Rocha citou dois princípios: Proporcionalidade e Razoabilidade; isso não quer dizer absolutamente nada. Na ordem natural das coisas, isso não significa absolutamente nada, porque o que há de prevalecer é a lei em seu sentido formal.

Em se tratando de uma lei federal, que se busca ser declarada inconstitucional, entendo que falece competência ao egrégio Conselho Especial, para tanto. Em se tratando de lei federal, a competência para declarar a sua inconstitucionalidade é do Supremo Tribunal Federal, do contrário, teríamos a seguinte possibilidade: o Código Penal, lei penal, para viger em todo o território nacional, vigeria no restante do País, e teríamos que criar um Código Penal especial para o Distrito Federal.

Des. Sérgio Rocha (Relator) - Desembargador Lécio Resende, V. Ex.ª me concede um aparte?

Des. Lécio Resende (Vogal) - Pois não.

Des. Sérgio Rocha (Relator) - Aqui se trata de um controle difuso, um controle só neste caso, caso a caso. Evidente que o controle concentrado cabe ao STF, mas, aqui, é matéria de controle difuso.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Mas declarada a inconstitucionalidade, hipoteticamente, em favor dessa senhora, no caso concreto, o Tribunal teria que sistematicamente aplicar, até porque, na prática, se trata de excluir do ordenamento jurídico um dispositivo introduzido por uma lei de 1998.

Des. Sérgio Rocha (Relator) - Outros tribunais já o fizeram, Desembargador Lécio Resende. Inclusive o Tribunal Regional Federal da 4.ª Região já declarou a inconstitucionalidade, no caso concreto, também dessa lei, por causa da absurda inconstitucionalidade, diante da desproporção, embora V. Ex.ª não concorde. Veja V. Ex.ª, o artigo prevê pena mínima de 10 (dez) anos a

quem alterar um produto de limpeza, um produto cosmético. Se se alterar um detergente e vendê-lo, a pena mínima será de 10 (dez) anos.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Mas essa lei foi votada pelo poder competente, submetida à promulgação e à sanção do Presidente da República, que validou o trabalho do Congresso, e veio a ser publicada. Então, não se trata, a meu ver, de afastar a sua aplicação em um determinado caso; trata-se, na verdade, de afastar a sua aplicação em caráter permanente, porque não haveria como o Tribunal dispensar a essa senhora um tratamento e aos demais tratamento diverso. Aí, sim, onde ficaria a isonomia? Porque não a chamo de princípio, chamo de garantia.

Senhor Presidente, em síntese, acolho a preliminar de incompetência deste egrégio Conselho.

DECISÃO

Acolhida a preliminar de incompetência. Decisão por maioria.

Notas

[[1] *In A Constituição Penal - A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais, Ed. Livraria do Advogado, 2005.*

[1] **Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais** *(Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)*

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; ((Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)
V - de procedência ignorada; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)
VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

[2] *in www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm visualizado em 29/07/2010.*

[3] *BARROSO, Luís Roberto.*
in www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm, visualizado em 29/07/2010

[4] *MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. Páginas 355/365.*

[5] *"(...) Impede advertir, neste ponto, que o Poder Publico, especialmente em sede de tipificação e cominação de penas, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade.*
Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.
O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LIV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.
Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade.
Entendo, por isso mesmo, que a tese exposta nesta impetração revela-se juridicamente plausível, especialmente se se considerar a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, que já assentou, a propósito do tema, a orientação de que transgride o postulado do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), analisado em sua dimensão material ("substantive due process of law"), a regra legal que veicula, em seu conteúdo, prescrição normativa qualificada pela nota da irrazoabilidade.
(...)
Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa (especialmente aquela de índole penal) - adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do "due process of law" (RAQUEL DENIZE SUMM, "Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro", p. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, "Curso de Direito Constitucional", p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros).
(...)
A essência do "substantive due process of law" reside na necessidade de conter os excessos do Poder, quando o Estado edita legislação que se revele destituída do necessário coeficiente de razoabilidade, como parece ocorrer na espécie ora em exame.
Isso significa, portanto, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência legislativa ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distoração e, até mesmo, de subverção dos fins que regem o desempenho da função estatal.
(...)
A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140-141, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).
Em suma: a norma estatal, que veicule qualquer conteúdo de irrazoabilidade (como ocorreria no caso em exame), transgride o princípio do devido processo legal, examinado este na perspectiva de sua projeção material ("substantive due process of law").

Essa cláusula tutelar dos direitos, garantias e liberdades, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder do legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador, como esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 176/578-579, Rel. Min. CELSO DE MELO, v.g.). (...)" (grifo nosso)

6 *Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:*
VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998)

7 *REALE JÚNIOR, Miguel. A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. RT 763:415.*

8 *DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Código Penal Anotado. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. páginas 692/3.*

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002011046411-2

Embargantes - Cristovam Ricardo Cavalcante Buarque e Francisco Domingos dos Santos
Embargada - Folha de Samambaia Ltda.
Relatora - Desa. Carmelita Brasil
Segunda Câmara Cível

EMENTA

EIC. RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA REPUTADA OFENSIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. ABUSO DO DIREITO DE LIBERDADE DE IMPRENSA. VIOLAÇÃO A DIREITO PERSONALÍSSIMO. ACUSAÇÃO SEM ELEMENTOS MÍNIMOS DE VEROSSIMILHANÇA. ATO ILÍCITO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO.

Não se pode considerar como mero exercício do direito de informar reportagens que, além de narrar fatos, emitem juízo de valor depreciativo sobre o ofendido.

No caso, sendo os autores adjetivados de "lalaus", ou seja, desonestos, corruptos e de terem assaltado os cofres de determinada associação revela um juízo de valor de caráter negativo em relação aos fatos que envolvem a acusação, de modo a caracterizar o dano moral.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Carmelita Brasil, Relatora, J.J. Costa Carvalho, Revisor, Sérgio Rocha, Arnoldo Camanho de Assis, Antoninho Lopes e Cruz Macedo, Vogais, sob a presidência do Desembargador Fernando Habibe, em conhecer. Dar provimento ao recurso. Unânime, de acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

Cristovam Ricardo Cavalcante Buarque e Francisco Domingos dos Santos interpuseram Embargos Infringentes contra o v. Acórdão proferido nos autos da Apelação Cível n°. 46411-2/02, que restou assim ementado:

> *"CIVIL. IMPRENSA. REPORTAGEM ESCRITA. PRELIMINAR. IRREGULARIDADE FORMAL. AFASTADA. DANO MORAL. AGENTE PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO.*
> *I - Constatado que a parte impugnou os fundamentos alinhavados pelo magistrado para reconhecer o direito, não há se falar em não conhecimento do recurso por inobservância de regularidade formal.*
> *II - Diante de colisão de princípios constitucionais - inviolabilidade da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem e a liberdade de pensamento, de expressão e de comunicação, independente de censura ou licença prévia - deve o intérprete, em respeito à unidade da Constituição, sopesar os interesses em conflito e dar prevalência àquele que, segundo as circunstâncias jurídicas e reais existentes, revela-se mais justo, informado pelo princípio da proporcionalidade.*
> *III - No presente caso, os réus agiram com animus narrandi, diante do interesse público em torno da matéria, e, portanto, no exercício regular do direito de prestar informação, devendo, por essa razão, preponderar os direitos de liberdade de imprensa sobre o direito à honra e imagem dos autores, pessoas públicas.*
> *IV - Havendo se limitado a divulgar assunto de interesse público, relacionado ao exercício das funções de cargos públicos ocupados pelos autores, não se cogita de ato ilícito ou de abuso de direito, nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil, a ensejar a responsabilidade civil do inciso V do art. 5º da CF e do art. 927 do Código Civil.*
> *V - Deu-se provimento ao recurso."*

O d. voto minoritário deu provimento parcial ao recurso dos réus apenas para reduzir a indenização pleiteada, arbitrando-a em R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada um dos autores e fixando honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da condenação. Manteve ele a r. sentença, todavia, quanto

ao fato de a publicação jornalística consubstanciar ato ilícito, razão pela qual os autores teriam direito ao recebimento de indenização pelos danos morais sofridos.

Fundou-se, para tanto, no entendimento de que a matéria jornalística veiculada no periódico editado pelos réus extrapolou o objetivo de informar, atingindo a imagem dos autores.

Em contrarrazões (fls. 233/239), pugnam os embargados pela prevalência dos d. votos majoritários.

É o relatório.

VOTOS

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

Trata-se de Embargos Infringentes objetivando a prevalência do d. voto minoritário que, mantendo parcialmente a r. sentença *a quo*, julgou procedente pedido de indenização por danos morais sofridos em razão da publicação de matéria jornalística que os autores entenderam ofensiva a sua honra.

A meu sentir, pedindo respeitosa vênia aos Eminentes Desembargadores prolatores dos d. votos majoritários, tenho que assiste razão aos embargantes.

A r. sentença bem narrou a forma como foi publicada a matéria que os autores entendem ofensivas, *in verbis:*

> *"Na edição de nº 237 do jornal "A FOLHA DA SAMAMBAIA E GRANDE BRASÍLIA" (constante dos autos, fls. 19), foi publicada, na capa, a manchete "LULA LÁ, LALAUS AQUI", acompanhada, logo abaixo, por uma fotografia do primeiro requerente. O texto ao lado da foto, na capa, afirma que*
> *"...o ex-governador Cristovam Buarque, os distritais Lucia Carvalho e Wasny de Roure do PT, o deputado federal Agnelo Queiroz (PCdoB), o ex-deputado Chico Vigilante e dois candidatos derrotados à Câmara Legislativa receberam mais de R$ 600 mil da ASEFE para a campanha eleitoral de 1998..." (fls. 19, página 1). Já na página 3 da mesma edição do jornal, juntamente com a manchete "ASSALTO AOS COFRES DA ASEFE", foram publicadas fotografias dos dois suplicantes, e o texto, logo abaixo da manchete, ressalta que*

> *"o ex-governador petista Cristovam Buarque é acusado pelo ex--diretor financeiro da Associação de Assistência dos Servidores da Fundação Educacional (ASEFE), Firmino Pereira do Nascimento Neto (filiado ao PPS), de ter sido beneficiado com o desvio de cerca de R$ 200 mil da entidade, quantia usada para sua campanha de 1998...*
> *Segundo Firmino, além de Cristovam foram beneficiados com o desvio de dinheiro da ASEFE para suas campanhas eleitorais os deputados distritais Wasny de Roure e Lúcia Carvalho (PT), o deputado federal Agnelo Queiroz (PCdoB), e quatro candidatos derrotados nas últimas eleições. Três deles são Chico Vigilante (PT), a federal, Trajano Jardim (PCB) e José Eudes (PT), a distritais" (fls. 19, página 3).*
> *Na mesma página 3, ainda aparece uma tabela, intitulada "Quanto cada um levou, segundo Firmino", mencionando que o primeiro autor recebeu "R$ 200 mil e material gráfico", e o segundo requerente foi beneficiado com "Valor não revelado" (fls. 19, página 3)."*

Ressalte-se, prefacialmente, que não é debatido, nos presentes autos, o direito da empresa ré em noticiar os fatos envolvendo aos autores, mas tão-somente a regularidade de seu exercício e os eventuais danos daí decorrentes à honra e à imagem dos requerentes.

Ademais, tal publicação, da exata forma como narrada, não foi impugnada pelos réus, que aduziram somente o exercício do direito de livre manifestação do pensamento e de informação e que não houve qualquer intenção de macular a imagem dos autores. Salientaram, ainda, que a notícia em questão foi inicialmente divulgada por jornal de grande circulação nesta capital, qual seja, Correio Brasiliense, e que o Autor das denúncias foi terceira pessoa citada no periódico.

Não obstante essas assertivas, entendo que a publicação da forma como feita extrapolou o simples exercício à liberdade de informação.

A matéria discutida trata do conflito de dois direitos fundamentais de primeira geração, quais sejam, a liberdade de imprensa e a inviolabilidade da honra, previstos, respectivamente, nos incisos IX e X, do art. 5º, da Constituição.

Sabe-se que os direitos fundamentais, não obstante protejam valores essenciais ao Estado de Democrático de Direito, não possuem caráter absoluto,

podendo sofrer mitigação caso estejam em confronto com outros direitos da mesma natureza.

Desse modo, quando surge uma colisão entre esses direitos, cabe ao magistrado fazer um juízo de ponderação entre os valores constitucionais envolvidos, devendo resguardar aquele que se mostra mais suscetível a um perigo de lesão.

Por essa razão, o direito à liberdade de expressão dos meios de comunicação, conquanto seja um dos pilares da democracia liberal, ao entrar em conflito com outros direitos fundamentais, mormente aqueles de caráter personalíssimo, deve ser relativizado, eis que a ordem jurídica, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, prevê como invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem do indivíduo.

Dessa forma, da adequada ponderação dos direitos fundamentais em conflito no caso *sub judice* conclui-se que a liberdade de informar não deve ser tolhida; mas, exercida com responsabilidade, sem lesionar os direitos individuais dos cidadãos.

Assim, nos termos acima exposados, repita-se, tenho que a empresa ré desrespeitou os valores constitucionais pátrios, abusando do seu direito à liberdade de expressão, o que resultou na violação da honra objetiva dos recorrentes.

No caso, para entender que houve o ilícito civil basta ver que a reportagem, estampada na capa do periódico, constituindo sua manchete principal, adjetivou os autores de "*lalaus*". Tal termo, de todos sabido, é popularmente utilizado para designar pessoas desonestas, ladrões e, nos dias de hoje, até mesmo corruptos.

Obviamente que ao associar essa palavra à pessoa dos autores não pretenderam os réus apenas informar, pois a informação protegida pela liberdade de imprensa e que, portanto, deve ser alvo dos veículos de comunicação como o periódico réu, deve ser estar revestida de elementos mínimos de interesse público e veracidade.

Não se olvida acerca da presença do interesse público, porque a matéria, publicada em ano eleitoral: maio de 2002, tratava do financiamento de campanha de candidatos à cargos políticos nesta unidade federativa. Releva destacar, ainda, que os autores, repita-se, Cristóvam Buarque e Chico Vigilante, são pessoas extremamente conhecidas tanto no meio político quanto pela própria população, a quem interessa, portanto, saber de fatos como os noticiados pelo periódico réu.

O que ocorre, contudo, repita-se, é que a reportagem em questão não tratou de simplesmente informar, mas, como dito, acusou os autores de "lalaus",

ou seja, desonestos, corruptos e de terem assaltado os cofres da ASEFE. Tais expressões contêm nítido juízo de valor, de caráter negativo, em relação a fatos que envolvem os autores.

O direito à informação, destarte, foi extrapolado, ante a peremptória afirmação no sentido de que os embargantes teriam de fato desviado dinheiro, ou seja, foi imputada a eles a prática de crime sem averiguar a veracidade dos fatos, sem poupar opiniões de cunho altamente depreciativo, comparando-o a verdadeiros marginais.

Diante dessas evidências, tenho que restou efetivamente caracterizado o ato ilícito em que incorreram os réus. Nesse contexto, há que se perquirir acerca do advento do dano moral.

Cumpre observar que, quanto ao dano moral, não há que se falar que o mesmo não foi devidamente comprovado, vez que este emerge da própria conduta lesionadora, prescindindo de qualquer comprovação. Nesse sentido, a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, conforme atesta o aresto adiante ementado:

> *"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SAQUES IRREGULARES EFETUADOS EM CONTA CORRENTE. DANOS MATERIAIS RECONHECIDOS. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. VALOR INDENIZATÓRIO DEVIDO. FIXAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REEXAME DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.*
> *1. Tendo o Tribunal a quo examinado, fundamentadamente, todas as questões suscitadas pelo recorrente, tanto em sede de apelação como em embargos (fls.141/144, 167/169), não há falar na ocorrência de omissão e, pois, de ofensa ao art. 535, II, do CPC.*
> *2. No pleito em questão, os saques irregulares efetuados na conta corrente do autor acarretaram situação evidente de constrangimento para o correntista (que, como reconhece, expressamente, o Tribunal "perdeu quase todo o seu dinheiro que tinha em sua conta corrente"), caracterizando, por isso, ato ilícito, passível de indenização a título de danos morais.* ***Segundo precedentes desta Corte, em casos como este, o dever de indenizar prescinde da demonstração objetiva do abalo moral sofrido, exigindo-se como prova apenas***

> ***o fato ensejador do dano****, ou seja, os saques indevidos por culpa da instituição ora recorrida: "a exigência de prova do dano moral se satisfaz com a comprovação do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam". Precedentes.*
> *3. Com o fito de assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, fixo o valor indenizatório por danos morais em R$3.000,00 (três mil reais).*
> *4. A pretensão do recorrente no sentido de que seja reconhecida a litigância de má-fé implicaria o revolvimento de elementos probatórios analisados nas instâncias ordinárias, e sobre os quais o Tribunal* a quo *fundamentou sua decisão. Incidência da Súmula 07, desta Corte.*
> *5. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.*
> *(STJ, REsp 797689/MT, 4ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 11.09.2006, p. 305, g.n.)*

Assim, uma vez comprovada, na hipótese, a presença dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade jungindo ambos, indiscutível a responsabilidade dos réus pela sua composição.

Desta forma, pedindo respeitosa vênia aos Eminentes Desembargadores prolatores dos doutos votos majoritários, adiro ao entendimento consagrado no voto minoritário.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO** para fazer prevalecer o voto minoritário em todos os seus termos.

É como voto.

Des. J. J. Costa Carvalho (Revisor) - Acompanho a eminente Relatora.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Senhor Presidente, acompanho a eminente Relatora, porquanto entendo que houve ofensa nas matérias publicadas pelo jornal, que excede aquela pauta que deve ser observada, mesmo diante da garantia constitucional da liberdade de expressão.

Des. Sérgio Rocha (Vogal) - Eminentes Pares, sabendo já do adiantamento do voto do eminente Desembargador Arnoldo Camanho, gostaria

de esclarecer o seguinte: a manchete tem de ter uma correlação direta com a notícia. A imprensa não pode lançar uma manchete ofensiva, e, depois, no teor da notícia, esclarecer aquela manchete. Até porque mais da metade dos leitores só leem a manchete. Esse tipo de jornal, jornal de pequena circulação, está lá, o pessoal passa e só vê a manchete.

Então, sem ofensa, mas imagine V. Ex.ª: "Lalau no Tribunal" e, embaixo, a foto de V. Ex.ª. E depois viesse a explicação: "não, o Desembargador Arnoldo Camanho está sofrendo uma sindicância". Não pode. É extremamente ofensivo. A manchete tem de ser o resumo fiel do texto. E a imprensa tem essa mania de lançar uma manchete espetacular, ofensiva. O texto realmente explica que, segundo a opinião de não sei quem, está sendo acusado, está sendo processado. Agora, a manchete traz os autores da ação como ladrões. E isso, para mim, é ofensivo. Não importa que a notícia depois, lá no texto, ela tenha esclarecido.

Com esses argumentos, acompanho a eminente Relatora.

Des. Arnoldo Camanho (Vogal) - Senhor Presidente, veja V. Ex.ª como é importante o Colegiado e a experiência do Colegiado. V. Ex.ª houve por bem colher os votos em separado, porque antecipei que meu voto era divergente.

Ouvi, agora, entretanto, as razões do eminente Desembargador Sérgio Rocha, que se somam aos votos da eminente Relatora e do não menos eminente Revisor, e me convencem do acerto dos votos que me antecederam, no sentido de que, de fato, há que haver uma correlação estreita entre a manchete da notícia e o conteúdo da reportagem jornalística.

No caso dos autos, a leitura do texto da matéria deixa a ver que o conteúdo é narrativo, na medida em que o autor do texto diz que o ex-governador petista Cristovam Buarque é acusado, que a denúncia foi feita de acordo com Firmino, etc., dando a noção que não é o jornal que está alegando aqueles fatos, mas, simplesmente, narrando que alguém teria imputado aqueles fatos à parte interessada.

Mas, de fato, a manchete se aparta desse conteúdo. A manchete é bem espetaculosa, e a maioria dos leitores se atém à leitura da manchete. E essa leitura, da forma como foi feita, chamando os interessados de "lalaus' - que é uma palavra que, na linguagem comum, significa que todos são ladrões - e referindo-se a "assalto aos cofres da ASEFE", isso, com certeza, faz com que se materialize, sim, o excesso da linguagem ofensiva à integridade moral do interessado.

Por isso que, até rogando escusas, mas no exercício da retratação sadia, motivada pela ponderação e pela troca de ideias, agradeço a atenção dos eminentes Pares e acompanho o voto da eminente Relatora, dando provimento aos embargos e prestigiando o douto voto minoritário, rogando vênia aos dignos prolatores dos votos majoritários.

Des. Antoninho Lopes (Vogal) - Gostaria de deixar em realce que esse voto que se restaura é meu, fui vencido na Turma. Por isso, acompanho a eminente Relatora.

DECISÃO

Conhecido. Deu-se provimento ao recurso. Unânime.

HABEAS CORPUS Nº 2010002015796-1

Impetrante - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Paciente - W. G. C.
Relatora - Desa. Sandra De Santis
Primeira Turma Criminal

EMENTA

HABEAS CORPUS - BRASILEIRO CONDENADO NO EXTERIOR - SOLICITAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO RESTANTE DA PENA NO BRASIL - CONVENÇÃO INTERAMERICANA - CONDIÇÕES PREENCHIDAS - INCIDENTE DE EXECUÇÃO - SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA - RESSOCIALIZAÇÃO DO SEGREGADO - VÍNCULOS FAMILIARES - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL - CONCESSÃO DO *WRIT*.

I - A Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior foi aprovada pelo Decreto Legislativo 293, de 12 de julho de 2006, e permite a transferência de condenados entre os países signatários.

II - Preenchidas as condições da Convenção, não há como negar o direito do cidadão de cumprir o restante da pena no Brasil, especificamente no local onde residem os familiares. A superlotação carcerária não se sobrepõe ao direito do segregado.

III - A jurisprudência tem deferido a transferência de um estado da Federação para outro, com base na "*indispensável assistência*" pelos parentes ao preso, ainda que considerada a precária situação das penitenciárias brasileiras. O princípio é o mesmo e não pode haver distinção entre os cidadãos.

IV - O art. 86, *caput*, da LEP permite o cumprimento da pena corporal em local diverso daquele em que houve a perpetração e consumação do crime.

V - A ressocialização do preso e a proximidade da família devem

ser prestigiadas sempre que ausentes elementos concretos e objetivos ameaçadores da segurança pública.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Sandra De Santis - Relatora, Romão C. Oliveira e George Lopes Leite - Vogais, sob a presidência do Senhor Desembargador George Lopes Leite, em admitir e conceder a ordem. Decisão unânime, de acordo com a ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios em favor de W.G.C., brasileiro, custodiado no Estabelecimento Prisional "*Jackson Correctional Institution*", em Malone/Flórida, Estados Unidos da América, condenado a 7 (sete) anos de reclusão por tráfico ilícito de entorpecentes, posse de aparelhos e acessórios para uso de drogas, posse de substância controlada, uso/ocultação de arma de fogo.

O impetrante aponta como autoridade coatora o Juiz da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal que, no procedimento n.º 0013831-55.2010807.0015, ofício n.º 0789, de 24.03.2010, referente à consulta do Consulado-Geral em Washington/EUA sobre a possibilidade de transferência do paciente para o cumprimento da pena nesta Capital, respondeu negativamente ao pedido por considerar que o sistema carcerário local está superlotado. O Magistrado sugeriu o encaminhamento do pleito a outras unidades da Federação, em especial Goiânia, local onde o apenado possuiria familiares.

A decisão foi comunicada ao chefe da Divisão de Medidas Compulsórias do Departamento de Estrangeiros/Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça mediante Ofício n.º 4499/2010.

O Ministério Público interpôs agravo em execução, com o intuito de obter a nulidade da decisão sobre o pedido de transferência para o Distrito Federal. O recurso não foi admitido por ausência de pressuposto de cabimento, já que não existe execução no Brasil e o Magistrado apenas respondeu negativamente à consulta formulada pelo Ministério da Justiça.

No presente feito, o *Parquet* esclarece que os familiares do paciente não residem em Goiânia/GO. R., irmã do sentenciado, solicitou a transferência para Brasília, onde reside "*e a família terá melhores condições de acompanhar o processo de cumprimento de pena e exercer o direito às visitas*" (fl. 08). Ressalta que o endereço nesta Capital foi comprovado. Aponta que o Magistrado respondeu negativamente à consulta do Ministério da Justiça sem a oitiva do Ministério Público. Argumenta que a Convenção Interamericana sobre Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 293, de 12.07.2006. Afirma que o Brasil, com uma única restrição, autoriza a remoção postulada. Assevera que Brasil e Estados Unidos "*comprometeram-se a prestar a mais ampla cooperação no tocante à transferência de pessoas sentenciadas*". Ressalta que a Convenção confere aos estrangeiros condenados em países signatários o direito subjetivo de cumprimento da sanção penal no país de origem, perto dos familiares. Defende que o paciente preenche todas as condições exigidas pelo art. III da norma.

Esclarece que W. foi condenado a 7 (sete) anos de prisão, "*com cumprimento obrigatório mínimo de 3 (três) anos, com 197 dias de prisão e a reprimenda começou a ser cumprida em 17 de janeiro de 2007, devendo ocorrer a liberação em 19/10/2012 ou em 17 de maio de 2010, se continuar o bom comportamento*". Alega que o paciente concordou expressamente com a transferência. Acrescenta que não há condenação à pena de morte e nem contradição entre a reprimenda fixada na sentença estrangeira e o ordenamento jurídico interno. Noticia que a pena remanescente é superior a 6 (seis) meses. Informa que o Estado Estrangeiro concordou com o retorno do paciente ao Brasil. Defende que, embora a Convenção afirme que as sentenças poderão ser cumpridas na terra natal do condenado, a expressão "*poderão*" denota "***dever** do Estado signatário de receber o seu nacional quando cumpridos os requisitos inscritos no referido diploma*". Discorre acerca dos direitos à cidadania e da dignidade da pessoa humana, das atribuições do Ministério Público na defesa da ordem jurídica e do incidente de execução. Acosta jurisprudência.

Deferi a liminar para que o Departamento de Medidas Compulsórias do Departamento de Estrangeiros/Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, o Consulado Brasileiro em Washington e as autoridades penitenciárias da Flórida/EUA fossem imediatamente notificados da impetração do *habeas corpus*, bem como tornar sem efeito, até julgamento do mérito, a anterior notícia indeferitória oriunda da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal.

O Magistrado solicitou esclarecimentos (fls. 228/229).

À fl. 232, determinei fosse informado à autoridade coatora que "*a liminar não determinou o recebimento do preso, que depende do julgamento do mérito pelo colegiado*".

É o relatório.

VOTOS

Desa. Sandra De Santis (Relatora) - Presentes os requisitos, admito o *writ*.

O Ministério Público postula o recebimento de cidadão brasileiro, condenado na Flórida/EUA, para cumprimento da pena remanescente em estabelecimento prisional de Brasília.

Deferi a liminar nos seguintes termos:

> *"Estão presentes os requisitos para concessão da liminar.*
> *É certo que o primeiro pedido endereçado ao Juiz da Vara de Execuções Penais laborou em equívoco ao informar que a família do paciente residiria em Goiânia/GO, o que efetivamente não ocorre. O erro foi parcialmente sanado no agravo interposto. O agravante informou que no e-mail a irmã do preso teria relatado morar em Brasília, sem informar o endereço da residência. Questionou-se então a falta de oportunidade para sanar os vícios. Agora o* writ *veio devidamente instruído e estreme de dúvidas que a referência a Goiânia não corresponde à realidade.*
> *Verifico no caso concreto há a fumaça do bom direito. A Convenção Interamericana sobre Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior foi aprovada pelo Decreto Legislativo 293/2006. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal colacionados, um anterior e o outro posterior ao citado Decreto Legislativo, endossam o direito subjetivo de cumprimento da sanção penal do encarcerado no país natal, junto aos familiares. Todos os requisitos legais estão presentes, relacionados às fls. 11/12 da impetração.*
> *Quanto ao perigo na demora, os desencontros relativos à incerteza sobre o real domicílio dos familiares, que induziu à peremptó-*

> *ria negativa da autoridade imputada coatora, que agora se vê competente para examinar o incidente da execução, pode levar à peculiar situação de arquivamento do pedido de transferência nos Estados Unidos. É que a negativa provavelmente foi comunicada ao Consulado Geral em Washington-EUA. A situação reclama providências urgentíssimas.*
> *Pelos sucintos motivos expostos, que serão melhor deduzidos no exame do mérito do* habeas, *defiro a liminar para que seja imediatamente notificado o Departamento de Medidas Compulsórias do Departamento de Estrangeiros, Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça - com determinação de imediata comunicação ao Consulado Brasileiro em Washington e às autoridades penitenciárias da Flórida/EUA - da impetração do presente* habeas corpus, *visando à transferência do paciente para Brasília/DF, tornando-se sem efeito, até julgamento final do* writ, *a anterior notícia indeferitória oriunda da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal.*
> *Embora sejam desnecessárias informações, pois todos os elementos para julgamento do writ estão nos autos, de bom alvitre comunicar-se a concessão da liminar na íntegra à autoridade, para que possa melhor conduzir os trâmites burocráticos necessários ao cumprimento da liminar e ainda porque os desencontros no pedido que indeferiu o recebimento do preso certamente influenciaram as decisões de fls. 28/31 e a que denegou a reconsideração pleiteada.*
> *O Ministério Público também deverá ser intimado da concessão da liminar, embora seja desnecessária manifestação por ser o* writ *subscrito pela Procuradoria Geral de Justiça.*
> *Após, voltem-me para exame do mérito.* **(fls. 219/222)**

Mantenho os fundamentos.

A Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior foi aprovada pelo Decreto Legislativo 293, de 12 de julho de 2006, com reservas apenas quanto à primeira parte do parágrafo 2º do art. VII, "*relativa à redução dos períodos de prisão ou de cumprimento alternativo da pena*" (art. 1º).

No art. II da Convenção estão dispostos os princípios gerais:

> *"a) as sentenças impostas em um dos Estados Partes a nacionais de outro Estado Parte poderão ser cumpridas pela pessoa sentenciada no Estado do qual seja nacional; e*
> *b) os Estados Partes comprometem-se a prestar a mais ampla cooperação no tocante à transferência de pessoas sentenciadas."*

No art. III, as condições para aplicação:

> *"1. Que exista sentença firme e definitiva na forma como foi definida no artigo I, parágrafo 3 desta Convenção.*
> *2. Que a pessoa sentenciada concorde expressamente com a transferência, tendo sido previamente informada a respeito das consequências jurídicas da mesma.*
> *3. Que o ato pelo qual a pessoa tenha sido condenada configure delito também no Estado receptor. Para esse efeito, não se levarão em conta as diferenças de denominação ou as que não afetem a natureza do delito.*
> *4. Que a pessoa sentenciada seja nacional do Estado receptor.*
> *5. Que a pena a ser cumprida não seja pena de morte.*
> *6. Que a duração da pena ainda a ser cumprida seja, no momento da solicitação, de pelo menos seis meses.*
> *7. Que a aplicação da sentença não seja contraditória com o ordenamento jurídico interno do Estado receptor."*

O paciente preenche todos os requisitos. Conforme resumo do processo de fls. 54/57 e documentos de fls. 148/162, W. é brasileiro, natural de Belo Horizonte/MG. Foi condenado definitivamente na Flórida por tráfico e posse de substância controlada com intenção de vender, porte de arma "*escondida durante a comissão de ato doloso*", além de porte de acessórios e aparelhos para uso de drogas. Recebeu 7 (sete) anos de reclusão e a pena remanescente é superior a 6 (seis) meses. A aplicação da sentença não é contraditória com o ordenamento jurídico pátrio. Ao revés, os delitos estão previstos nas Leis 11.343/2006 e 10.826/2003. O paciente concordou expressamente com a transferência. Na verdade, a solicitou através da missiva de fl. 66. A residência dos familiares foi comprovada pelo recibo de fl. 46.

Não vejo como negar o recebimento do paciente em estabelecimento prisional brasileiro. É certo que a superlotação das prisões é notória, mas o excesso de contingente carcerário não pode obstar o direito do cidadão de cumprir a pena próximo aos familiares. Note-se que o objetivo da Convenção é justamente "*assegurar a reabilitação social da pessoa sentenciada*". Os vínculos familiares devem ser considerados (art. V, n.º 6) e priorizados, em homenagem ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Constituição Federal (art. 1º, inc. III).

Consoante a lição de Alexandre de Moraes, a dignidade da pessoa humana possui dupla concepção: "*Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes*." (**In** Constituição do Brasil Interpretada, 7ª ed., pág. 61)

A jurisprudência tem deferido a transferência de um estado da Federação para outro, com base na "*indispensável assistência*" pelos familiares ao preso, ainda que considerada a precária situação das penitenciárias brasileiras. A superlotação carcerária não se sobrepõe ao direito do segregado. O princípio é o mesmo e não pode haver distinção entre os cidadãos. A ressocialização do preso e a proximidade da família devem ser prestigiadas sempre que ausentes elementos concretos e objetivos ameaçadores da segurança pública.

Sobre o tema, trago arestos do Supremo Tribunal Federal:

> "HABEAS CORPUS. *EXECUÇÃO PENAL. REMOÇÃO DE PRESO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. ART.86 DA LEP. ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS SIMILARES. NÃO - DEMONSTRAÇÃO DA FALTA DE SEGURANÇA. NÃO CARACTERIZAÇÃO - DA PERICULOSIDADE SEM DADOS OBJETIVOS E CONCRETOS. VÍNCULO FAMILIAR COMPROVADO. VAGA EXISTENTE. CONCESSÃO DO* WRIT.
>
> *1. O art. 86,* caput, *da LEP permite o cumprimento da pena corporal em local diverso daquele em que houve a perpetração e consumação do crime.*
>
> *2. Entretanto, o exame minucioso de cada caso concreto pode afastar o comando legal supramencionado, desde que comprovadas as assertivas de falta de segurança do presídio destinatário*

da remoção, participação do preso em facção criminosa e outras circunstâncias relevantes à administração da Justiça. Ônus do Parquet.
3. No caso sob exame, não ficou demonstrado o perigo na transferência, tampouco a periculosidade, ao contrário, porquanto são prisões aptas ao cumprimento de pena em regime fechado, além do que o vínculo familiar, a boa conduta carcerária e a respectiva vaga foram documentalmente demonstrados pelo paciente.
4. A ressocialização do preso e a proximidade da família devem ser prestigiadas sempre que ausentes elementos concretos e objetivos ameaçadores da segurança pública.
5. Ordem concedida." **(HC 100087, Rel.ª Min.ª ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 16/03/2010, DJe-062, DIVULG 08-04-2010 PUBLIC 09-04-2010, EMENT VOL-02396-02, PP-00274, RT v. 99, n. 897, 2010, p. 546-549)**

"PENA - CUMPRIMENTO - TRANSFERÊNCIA DE PRESO - NATUREZA.
Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso de ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares. Os óbices ao acolhimento do pleito devem ser inafastáveis e exsurgir ao primeiro exame, consideradas as precárias condições do sistema carcerário pátrio. Eficácia do disposto nos artigos 1. e 86 da Lei de Execução Penal - Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 - Precedente: habeas corpus n. 62.411-DF, julgado na Segunda Turma, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho, tendo sido o acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência n. 113, a pagina 1.049." **(HC 71179, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 19.04.1994, DJ 03-06-1994 PP-13855, EMENT VOL-01747-02, PP-00330, RTJ, VOL-00153-01, PP-00259)**

O magistrado da Vara de Execuções é competente para decidir sobre "*os pedidos de remoção, ingresso e permanência de quaisquer presos em estabelecimentos penais sujeitos à sua fiscalização, incluídos os condenados ou os provisórios sem vinculação com a Justiça do Distrito Federal*" (art. 27, da Lei de Execuções). O art. 86, *caput*, do mesmo diploma permite o cumprimento da pena corporal em local diverso daquele em que houve a perpetração e consumação do crime.

Ressalto que, conforme o art. V, n.º 9, da Convenção, "*todas as despesas relacionadas com a transferência da pessoa sentenciada até a entrega para sua custódia ao Estado receptor correrão por conta do Estado sentenciador*".

Concedo a ordem para determinar o recebimento de W.G.C. no sistema penitenciário do Distrito Federal, nos termos do item 5 do pedido do Ministério Público (fl. 25).

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, em princípio eu teria resistência em admitir a competência para deslindar se o paciente deve vir ou não para o Distrito Federal, porque, a meu ver, competiria a juiz federal estabelecer onde o paciente deve cumprir a pena que lhe foi imposta pelo estado estrangeiro, porque o réu é de sua responsabilidade, tendo em vista ser uma relação internacional. Se o juiz federal remetesse esse paciente para presídio do Distrito Federal, por certo nenhum Juiz das Execuções poderia negar a vaga, porque a regra é tranquila: qualquer preso da Justiça Federal é alojado no nosso estabelecimento penal, havendo ou não vaga. Todavia, como a eminente Relatora está a nos informar que há orientação jurisprudencial no sentido de que o tema pode ser resolvido direto na Justiça Estadual, faço a ressalva, mas acompanho S. Ex.ª, até porque a eminente Relatora já nos tranquiliza dizendo que o que o Juiz das Execuções deve conceder é a hospedagem do réu. Todos os demais atos, todos os incidentes da execução continuam a ocorrer no juízo de origem onde fora condenado.

Portanto, acompanho a eminente Relatora. Se porventura tema análogo algum dia for a mim distribuído, voltarei a reestudá-lo. Não ficaria neste passo, já que agora estou votando com base na credibilidade atribuída ao estudo feito pela eminente Relatora.

Desa. Sandra De Santis (Relatora) - Vou acrescentar aqui que essa convenção diz que ele tem o direito de cumprir a pena no local onde está sua família, tanto que Goiânia não precisava aceitá-lo, porque a família dele não está em Goiânia. Houve esse equívoco.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Minha dúvida é porque, a meu ver, as convenções internacionais são dirimidas na esfera da Justiça Federal. Ao nosso juízo aqui viria só um ofício do juiz federal encaminhando o preso para ser alojado no presídio. O juiz daqui não teria alternativa. Era o mesmo que dizer que, se der a sentença aqui, não há mais espaço. Ele vai ficar solto porque não tem mais espaço.

Com a devida vênia, acompanho a Relatora, Senhor Presidente.

Desa. Sandra De Santis (Relatora) - Desembargador George, entendeu o que falei?

Des. George Lopes Leite (Presidente e Vogal) - Muito. Acho que V. Ex.ª dirimiu muito bem a controvérsia. Lamentavelmente o Juiz da Execução Penal é um refém do sistema penitenciário. O sistema é que determina. Claro que ele jamais vai aceitar, de bom grado, a superlotação. Nunca vi haver vagas suficientes para atender os reclamos. Acho que é uma coisa tão elementar, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de cumprir a pena no lugar mais propício à ressocialização. É princípio constitucional a defesa da dignidade humana. Parece-me elementar que isso seja propiciado a quem caiu nas malhas da criminalidade.

Tive oportunidade de examinar vários casos, já na época em que fui titular da Vara de Execuções Criminais, e sempre me manifestei nesse sentido, porque o melhor lugar para um condenado cumprir sua pena é aquele aonde tem maior apoio familiar. Acompanho, portanto, a ilustre Relatora.

DECISÃO

Admitir e conceder a ordem. Decisão unânime.

HABEAS CORPUS Nº 2010002016529-7

Impetrantes - Décio Lins e Silva e outros
Paciente - L. D. T.
Relator - Des. João Timóteo de Oliveira
Segunda Turma Criminal

EMENTA

HABEAS CORPUS. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. SECRETÁRIO DE ESTADO DO GDF. COMPETÊNCIA DO CONSELHO ESPECIAL DO TJDFT. ART. 8º, INC. I, ALÍNEA "A" DO RI/TJDFT. CORRÉUS DENUNCIADOS. CONTINÊNCIA. ARTIGO 78, INCISO III DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

1. Não havendo, a princípio, nenhum motivo relevante que justifique a cisão do processo, é fato que, o foro privilegiado de um dos réus para ser julgada perante órgão de hierarquia superior, atrai, em face da conexão ou da continência, o julgamento dos demais corréus à instância superior. A razão da unidade da jurisdição é de o de evitar decisões colidentes ou contraditórias.

2. Os atos praticados pelo juiz que antecedeu à nomeação de corréu para o cargo com direito a foro privilegiado, são válidos até à data da publicação da nomeação do investido; devendo a Corte hierarquicamente superior validar ou não os atos judiciais praticados no juízo do conhecimento, após este fato novo.

3. Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Timóteo de Oliveira - Relator, Roberval Casemiro Belinati - Vogal, Silvanio Barbosa dos Santos - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador João Timóteo de Oliveira, em

proferir a seguinte decisão: conceder a ordem parcialmente. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Décio Lins e Silva e outro, em favor de L. D. T. e contra decisão proferida pelo juízo da Quarta Vara Criminal de Brasília, que desmembrou ação penal proposta pelo Ministério Público, para declinar da competência, em favor do Conselho Especial desta Egrégia Corte de Justiça, com relação ao corréu D. da C. A., em face de sua nomeação para o cargo de Secretário de Estado do Turismo do Distrito Federal, deixando os demais acusados sob a égide da jurisdição do juízo monocrático vergastado.

A tese defensiva apresentada no presente *writ* está consubstanciada no fato de que, na forma do artigo 78, inciso III do Código de Processo Penal, a nomeação de um acusado para cargo atrativo do foro de prerrogativa de função, nas hipóteses de conexão e continência, enseja a reunião dos processos na instância hierarquicamente superior.

Em sendo assim, requer os impetrantes, em sede de liminar, a suspensão imediata do processo n. 2010.01.1.052952-3 até o julgamento definitivo deste *habeas corpus*. No mérito, postula a ratificação da medida liminar, com a concessão da ordem "para fins de **ANULAR** todos os atos processuais praticados a partir do dia em que soube o Juízo coator que entre os acusados estava um Secretário de Estado, inclusive e especialmente o ato de **RECEBIMENTO DA DENÚNCIA** oferecida pelo Ministério Público", determinando o encaminhamento do feito ao Conselho Especial do TJDFT.

Em decisão de fls. 94/95, concedi a liminar vindicada, suspendendo o curso do processo n. 2010.01.1.052952-3, distribuído junto à Quarta Vara Criminal de Brasília, até o julgamento final do presente *writ*.

A ilustre autoridade coatora prestou informações às fls. 99/99v, juntando os documentos de fls. 100/113.

O douto Procurador de Justiça, Dr. Rogério Schietti Machado Cruz, manifestou-se às fls. 115/119, oficiando pela concessão da ordem de *habeas corpus*, estendendo, inclusive, aos demais corréus citados na denúncia do feito n. 2010.01.1.052952-3.

É o relatório.

VOTOS

Des. João Timóteo de Oliveira (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente *habeas corpus*.

Como relatado, cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de L. D. T. e contra decisão prolatada pelo juízo da Quarta Vara Criminal de Brasília, que desmembrou o feito tão somente em relação a um dos acusados, que fora nomeado para o cargo de Secretário de Governo de Turismo do Distrito Federal, deixando os demais para serem julgados pelo juízo singular, fato que encontra óbice no artigo 78, inciso III do Código Penal, porquanto no caso de conexão ou continência, o juízo competente será o hierarquicamente superior, em face da presença de parte que detém foro por prerrogativa de função. Assim, requer, em sede de liminar, a suspensão do feito até julgamento final do *writ*. No mérito, pugna pela manutenção do *decisum* e a anulação de todos os atos processuais posteriores, inclusive, a denúncia.

Com efeito, o paciente, juntamente com outros corréus, foi denunciado, no dia 13 de abril de 2010, como incurso nas penas previstas no artigo 89, *caput*, segunda parte c/c artigo 84, § 2º e artigo 99, todos da Lei n. 8.666/93 (fls. 15/21). A denúncia foi recebida no dia 15 de abril de 2010 (fl. 100). Em face de petição protocolada no dia 9 de julho de 2010, que noticia que um dos acusados, D. da C. A., fora nomeado para o cargo de Secretário de Turismo do Distrito Federal (fls. 112/113), sobreveio decisão, no dia 5 de agosto de 2010, do juízo singular desmembrando o processo tão somente em relação a D. da C. A., que teria foro por prerrogativa de função junto ao Conselho Especial desta Corte de Justiça, permanecendo os demais corréus sob a jurisdição da Quarta Vara Criminal de Brasília (fls. 101/111).

Destarte, é cediço que o ordenamento jurídico brasileiro alberga o foro por prerrogativa de função. Por se tratar de competência em razão da pessoa, esta é absoluta e, uma vez comprovada que a parte acusada foi nomeada para cargo, o qual permita, na forma da legislação vigente, foro privilegiado, decerto o deslocamento da competência de julgamento para a instância própria.

Na hipótese de haver outros corréus não contemplados com o foro por prerrogativa de função, com o escopo de evitar decisões contraditórias, o *caput* do artigo 79 do Código de Processo Penal determina que, no caso de conexão

e continência, o feito seja reunido para a prolação de decisão única, salvo as exceções previstas nos incisos do citado dispositivo.

Assim, na forma do artigo 78, inciso III do Código de Processo Penal, no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação. Ou seja, no particular, não havendo, a princípio, nenhum outro motivo relevante que justifique a cisão do processo, é fato que o foro privilegiado de parte para ser julgada perante órgão de hierarquia superior tem o condão de atrair, em face da conexão ou da continência, os demais corréus para serem julgados na instância superior, unificando os feitos, tendo em vista impedir decisões colidentes ou contraditórias.

Nesse cotejo, essa força atrativa não macula o juízo natural e a ampla defesa, conforme posição já sedimentada em nossa jurisprudência, tanto que foi objeto de enunciado da Súmula do Colendo Supremo Tribunal Federal, que editou o verbete n. 704.

No mesmo sentido é a posição do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> "AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. COAUTORIA ENTRE DETENTORES DE FORO COM PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. MEMBRO DE TRIBUNAL DE CONTAS E DEPUTADO ESTADUAL. CONFLITO APARENTE DE COMPETÊNCIA ENTRE STJ E TJ/MT. HIPÓTESE DE CONTINÊNCIA. CPP, ART. 77, I. REGRA GERAL DE REUNIÃO DOS PROCESSOS, CPP, ART. 79, *CAPUT*. FORÇA ATRATIVA DO JUÍZO DE MAIOR GRADUAÇÃO. CPP, ART. 78, III. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A GARANTIAS DO JUIZ NATURAL, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. SÚMULA 704/STF. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE HIPÓTESE EXCEPCIONAL AUTORIZADORA DA SEPARAÇÃO DAS AÇÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (AgRg na APn .527/MT, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 08/09/2008, DJe 06/10/2008).

No caso em comento, o paciente L. D. T. foi denunciado juntamente com outros como incurso nas penas do artigo 89, *caput*, segunda parte c/c

artigo 84, § 2º e artigo 99, todos da Lei n. 8.666/93, sendo certo que um dos acusados, D. da C. A., foi nomeado para o cargo de Secretário de Turismo do Distrito Federal, cargo que, na forma do artigo 8º, inciso I, alínea "a" do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, desloca a competência de julgamento, em caso de crimes comuns e de responsabilidade, para o Conselho Especial.

A par disso, constatado o foro privilegiado de uma das partes rés e a falta de demonstração, na via estreita do presente *habeas corpus*, de razão que autorizaria o desmembramento do processo, penso que o deslocamento da competência para o Conselho Especial é medida a ser imposta. Até porque, este será o juízo competente para decidir sobre quaisquer questões afetas ao processo.

Vale destacar que o deslocamento da competência deve ocorrer com efeitos retroativos a partir da data da nomeação do réu D. da C. A., qual seja, 19 de maio de 2010, sendo certo que os atos anteriores a esta data são plenamente válidos. No presente caso, denota-se que a denúncia e o seu recebimento são atos anteriores à nomeação do referido acusado, de modo que entendo tratar-se de atos válidos.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus*** para determinar a remessa dos autos para ser processado junto ao Conselho Especial desta Egrégia Corte de Justiça, o qual validará ou não os atos judiciais praticados a partir da data em que o réu D. da C. A. foi nomeado Secretário de Estado, qual seja, 19 de maio de 2010, permanecendo válidos os atos anteriores a esta data. Estendo, de ofício, a presente decisão aos demais acusados denunciados, N. G. L., M. N. G. e C. dos A. C. de C., réus sem foro privilegiado no processo n. 2010.01.1.052952-3.

É como voto.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) - Com o Relator.

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

DECISÃO

Conceder a ordem parcialmente. Unânime.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2010002001911-3

Impetrantes - Paulo Sérgio Carlos de Brito e outros
Informante - Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal
Relator - Des. Otávio Augusto
Conselho Especial

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS DO DISTRITO FEDERAL. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE RETIRA O PAGAMENTO DAS VANTAGENS PESSOAIS ANTERIORMENTE CONCEDIDAS (QUINTOS). PRELIMINAR DE CONEXÃO. REJEIÇÃO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. MOTIVAÇÃO EQUIVOCADA. ATO VINCULADO. CASSAÇÃO DA DECISÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA. CASSAÇÃO DA DECISÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO NA ESFERA FEDERAL. AVERBAÇÃO PARA FINS DE PERCEPÇÃO DE VANTAGENS PESSOAIS (QUINTOS) NA ESFERA DISTRITAL. IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

- A identidade de objeto ou de causa de pedir de duas ou mais ações recomenda a conexão entre as demandas (art. 103 do CPC). Há identidade de objeto das ações ajuizadas quando se referem à mesma relação jurídica havida entre as partes.
- Com efeito, é sabido que a jurisprudência majoritária trilha no sentido da impossibilidade de o Poder Judiciário adentrar, quando do exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Tal vedação ocorre em respeito à teoria da separação e independência dos poderes, pela qual o mérito é atribuição exclusiva do Poder Executivo, não podendo o Judiciário invadir esse campo, fazendo as vezes de administrador.
- Entretanto, pela moderna teoria dos motivos determinantes, quando a Administração motiva o ato, mesmo que essa moti-

vação não seja exigida por lei, este só será válido se os motivos que lhe serviram de fundamento forem verdadeiros.
- A jurisprudência desta Corte, seguindo orientação do Pretório Excelso, firmou entendimento no sentido de que a desconstituição da eficácia de qualquer ato administrativo, que repercuta no âmbito dos interesses individuais dos servidores ou administrados, deve ser precedida de instauração de processo administrativo, em obediência aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes.
- Segurança concedida. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Otávio Augusto - Relator, Romeu Gonzaga Neiva - Vogal, Carmelita Brasil - Vogal, J.J. Costa Carvalho - Vogal, Sandra De Santis - Vogal, Humberto Adjuto Ulhôa - Vogal, Flavio Rostirola - Vogal, Vera Andrighi - Vogal, Roberval Casemiro Belinati - Vogal, Natanael Caetano - Vogal, Nívio Geraldo Gonçalves - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Mario Machado, em proferir a seguinte decisão: rejeitada a preliminar, concedeu-se a segurança. Decisão unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança, sem pedido de medida liminar, impetrado por PAULO SÉRGIO CARLOS DE BRITO e outros contra ato que imputa ao PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL, consistente na suspensão dos pagamentos de vantagem pessoal nominalmente identificada como quintos/décimos da remuneração dos impetrantes, incorporados a partir de 01.02.1998.

Alegam os impetrantes, em síntese, que foram suspensos os referidos pagamentos sem que fossem observadas as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Aduzem que a decisão administrativa extrapolou a ordem judicial expedida nos autos da Ação Civil Pública nº. 2008.01.137522-4, pois alegam que foi determinada apenas a suspensão dos valores pagos com base nas Decisões TCDF nº. 67/2006 e 21/2007. Complementam, dizendo que suas remunerações não estão acima do teto salarial.

Prosseguem, afirmando que eventual revogação da Decisão TCDF nº. 67/2006, que afastou os efeitos da Lei Distrital nº. 1.867/1998 aos servidores daquela Corte de Contas, não afetariam suas situações salariais, haja vista que a averbação de seus tempos de serviço para fins de percepção de quintos foi concedida com fulcro na Decisão TCDF nº. 56/2005, e informam que essa decisão não foi objeto de impugnação judicial na referida ação civil pública.

Pugnam, ao final, pela concessão da segurança, para que o pagamento da vantagem pessoal denominada quintos seja restabelecido.

As informações foram prestadas às fls. 202/206, nas quais se defendeu a legalidade do ato impugnado.

Em parecer, a douta Procuradoria de Justiça oficiou pela denegação da segurança.

O Distrito Federal, às fls. 235/238, ingressou na lide, alegando, preliminarmente, conexão do presente feito com o Mandado de Segurança nº. 2007.00.2.000436-0, pugnando pela reunião das ações. No mérito, pugna pela denegação da ordem.

À fl. 243, foi determinado o retorno dos autos à douta Procuradoria de Justiça para se manifestar sobre as informações prestadas pelo Distrito Federal (fls. 235/238).

Em parecer complementar, a d. Procuradoria de Justiça se manifesta, preliminarmente, no sentido da inexistência de conexão entre as ações e, no mérito, pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTOS

Des. Otávio Augusto (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade do presente mandado de segurança, dele se conhece.

Cuida-se de mandado de segurança, sem pedido de medida liminar, impetrado por PAULO SÉRGIO CARLOS DE BRITO e outros contra ato que imputa ao PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO

FEDERAL, consistente na suspensão dos pagamentos de vantagem pessoal nominalmente identificada como quintos/décimos da remuneração dos impetrantes, incorporados a partir de 01.02.1998.

Alegam os impetrantes, em síntese, que foram suspensos os referidos pagamentos sem que fossem observadas as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Aduzem que a decisão administrativa extrapolou a ordem judicial expedida nos autos da Ação Civil Pública nº. 2008.01.137522-4, pois alegam que foi determinada apenas a suspensão dos valores pagos com base nas Decisões TCDF nº. 67/2006 e 21/2007. Complementam, dizendo que suas remunerações não estão acima do teto salarial.

Prosseguem, afirmando que eventual revogação da Decisão TCDF nº. 67/2006, que afastou os efeitos da Lei Distrital nº. 1.867/1998 aos servidores daquela Corte de Contas, não afetariam suas situações salariais, haja vista que a averbação de seus tempos de serviço para fins de percepção de quintos foi concedida com fulcro na Decisão TCDF nº. 56/2005, e informam que essa decisão não foi objeto de impugnação judicial na referida ação civil pública.

Pugnam, ao final, pela concessão da segurança, para que o pagamento da vantagem pessoal denominada quintos seja restabelecido.

Preliminarmente, analisa-se o pleito de **conexão** do presente feito com o Mandado de Segurança nº. 2007.00.2.000436-0, alegado pelo Distrito Federal.

O art. 103 do Código de Processo Civil dispõe:

> *"Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir."*

O objeto do presente *mandamus* é o restabelecimento do pagamento das vantagens pessoais aos impetrantes. A causa de pedir, por sua vez, refere-se a não subsunção da decisão liminar proferida na Ação Civil Pública nº. 2008.01.1.137522-4 ao caso dos impetrantes e à ausência de contraditório e ampla defesa.

Noutro passo, o objeto da Ação Civil Pública nº. 2008.01.1.137522-4 é a suspensão dos efeitos das Decisões Administrativas ns. 67/2006 e 21/2007. Sua causa de pedir refere-se à aplicação das Leis ns. 1.004/96, 1.141/96 e 1.864/98 aos membros do TCDF no que tange à transformação e à extinção das

vantagens previstas no art. 62 na Lei nº. 8.112/90 e aos valores excedentes ao teto remuneratório.

Assim, percebe-se que as ações possuem diversas causa de pedir e pedido, razão pela qual não merece provimento a alegação preliminar de conexão aventada pelo Distrito Federal.

Ultrapassada a preliminar aventada, passa-se à análise do mérito.

Com efeito, o ato impugnado foi praticado em cumprimento das decisões liminares proferidas nos autos da Ação Civil Pública nº. 2008.01.1.137522-4 e do Mandado de Segurança nº. 2007.00.2.000436-0, que mandaram aplicar as disposições contidas nas Leis nº. 1.004/96 1.141/96 e 1.864/98 aos seus membros.

É sabido que a jurisprudência majoritária trilha no sentido da impossibilidade de o Poder Judiciário adentrar, quando do exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Tal vedação ocorre em respeito à teoria da separação e independência dos poderes, pela qual o mérito é atribuição exclusiva do Poder Executivo, não podendo o Judiciário invadir esse campo, fazendo as vezes de administrador.

Entretanto, pela moderna **teoria dos motivos determinantes**, temos que, quando a Administração motiva o ato, mesmo que essa motivação não seja exigida por lei, este só será válido se os motivos que lhe serviram de fundamento forem verdadeiros.[1]

A par disso, cumpre ressaltar que o motivo se constitui "pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo"[2]. Assim, "a ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo."[3]

Nesse sentido, citando Caio Tácito, assevera Celso Antônio Bandeira de Melo que: "se inexiste o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de Direito aplicado, o ato será nulo por violação da legalidade. Não somente o erro de direito como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo. Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle de legalidade por um processo de referenda extrínseco."[4]

Dessa forma, temos que a vedação ao Poder Judiciário para adentrar o mérito do ato administrativo comporta exceção, qual seja a verificação da existência dos motivos que deram fundamento ao ato, bem como a conformidade legal das consequências dele extraídas.

No caso sob análise, o motivo que deu azo à revisão das parcelas das vantagens pessoais anteriormente concedidas aos impetrantes em processo administrativo (Processo - TCDFT nº. 1324/2008) foi a decisão liminar proferida na Ação Civil Pública nº. 2008.01.1.137522-4, conforme comprovam documentos de folhas 26/27.

Bem a propósito, convém transcrever a aludida liminar:

> *"No caso, em liminar, devem ser suspensos apenas os efeitos das decisões questionadas.*
> *Em face do exposto, com base no art. 12, "Caput", da Lei n. 7.347/85, porque as despesas autorizadas por meio de decisões administrativas oneram o erário público, havendo ofensa aos princípios da legalidade e da moralidade pública, defiro a liminar pleiteada para suspender os efeitos das decisões ns. 67/2006 e 21/2007, determinando ao Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Contas do DF, que deixe de pagar aos seus membros e aos seus servidores valores tendo por base as decisões acima" (g.n.)*

Todavia, ocorre que os impetrantes recebiam a aludida incorporação de quintos com base na Decisão 56/2005, e não com base nas Decisões 67/2006 e 21//2007.

Dessa forma, pode-se concluir que, independentemente de terem ou não direito à aludida parcela, o fato é que a autoridade impetrada motivou seu ato, e, nos moldes da Teoria dos Motivos Determinantes acima delineada, ficou vinculada a tal motivação.

Nesse norte, verificando-se que o caso dos impetrantes não se enquadra nas decisões abrangidas pela ação civil mencionada, outra solução não resta senão a anulação da decisão que suspendeu os pagamentos de seus quintos/décimos, por se tratar de ato vinculado.

De outro passo, vale assinalar que, mesmo considerando que a decisão administrativa tratada apenas se baseou na liminar deferida na mencionada ação civil pública pelo i. magistrado da 4ª Vara de Fazenda Pública do DF, utilizando-a como precedente, tal decisão não deve burlar o devido processo legal assegurado às partes.

Com efeito, compete à Administração rever seus próprios atos e, se o caso, revogá-los, na medida em que deve sempre sobrepor o interesse público sobre qualquer outro (Súmula nº 473/STF).

A questão, contudo, diz respeito à necessidade de a Administração, ao fazer uso da prerrogativa da autotutela, no que toca à invalidação dos atos administrativos eivados de vício (*in casu*, para a revisão da vantagem pessoal - Quintos - do artigo 62 da Lei nº 8.112/90), oportunizar aos servidores o direito ao contraditório e a garantia de ampla defesa.

Ora, não seria razoável impor aos impetrantes tal óbice - a supressão de direitos - sem lhes facultar o direito de se manifestarem acerca de uma situação verificada no seu patrimônio, principalmente quando tal desconto implica redução em seus proventos.

Na Carta Política encontra-se a previsão de que:

> *"LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*
> *LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;" (artigo 5º, CF)*

Sob esse prisma, firmou-se a orientação pretoriana predominante, sinalizando que "*tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque e comum a Administração e ao particular*". (STF, 2ª Turma, RE nº 158.543-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 06-10-95, p. 33.135).

Com efeito, verifica-se que a redução feita sobre os vencimentos dos impetrantes se deu sem obediência aos ditames do devido processo legal, ferindo os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório com a prática do ato ora impugnado.

Ocorre que o poder de autotutela da Administração para anular um ato administrativo referente à esfera individual de interesses está subordinado à instauração prévia de processo administrativo, em que sejam garantidas a ampla defesa e o contraditório.

A Constituição, portanto, assegurou a ampla defesa de forma ampla e irrestrita, tanto nos processos judiciais, como nos administrativos.

Como a interpretação das normas ordinárias deve ser balizada conforme os mandamentos constitucionais, conclui-se que a anulação de ato administrativo, que implique a redução de valores incorporados aos proventos do servidor, deve ser necessariamente precedida do devido processo legal, com a oportunidade de ampla defesa e contraditório.

Descortina-se abusivo, por conseguinte, ilegal, o ato coator, levado a efeito à míngua do procedimento administrativo próprio, sem observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, forte em tais fundamentos, **CONCEDE-SE** a segurança para anular o ato impugnado, determinando-se à autoridade coatora que restabeleça o pagamento da questionada vantagem a que fazem jus os impetrantes, com espeque na Decisão nº 56/2005.

Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios, nos termos das Súmulas nº 512/STF e nº 105/STJ.

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

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

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

Desa. Sandra De Santis (Vogal) - Com o Relator.

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

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

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

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) - Com o Relator.

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

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

DECISÃO

Rejeitada a preliminar, concedeu-se a segurança. Decisão unânime.

Notas

[1] *DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.204..*
[2] *DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.203.*
[3] *DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.203.*
[4] *MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Mallheiros, 2000, p. 790.*

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2010002003785-5

Impetrante - Mário Gomes da Nóbrega
Informante - Presidente da Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal
Relator - Des. George Lopes Leite
Conselho Especial

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO DE SUPLENTE DE DEPUTADO DISTRITAL. REMUNERAÇÃO DEVIDA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE, MORALIDADE ADMINISTRATIVA E IGUALDADE. .

1. O pagamento da remuneração integral devida aos Deputados Distritais não pode ser estendida aos suplentes que atuam de forma pontual, sob pena de afrontar os princípios da proporcionalidade/razoabilidade e da moralidade administrativa. Não é proporcional nem razoável pagar remuneração integral aos deputados suplentes com atribuição excepcional e limitada a determinada matéria enquanto os trinta e dois titulares continuam exercendo suas atribuições regulares quase plenamente. Deferir a pretensão do impetrante implicaria a anômala situação de obrigar o erário a pagar a remuneração integral de até sessenta e quatro remunerações de deputados, com a metade de suplentes, o que não se compadece com a moralidade administrativa. Ademais, o princípio da igualdade muitas vezes implica tratar desigualmente aqueles que usufruem situação jurídica distinta, na medida de suas desigualdades. Ao impetrante é devida tão só a remuneração proporcional ao trabalhado efetivamente realizado.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, George Lopes Leite - Relator, Silvanio Barbosa dos Santos, Arnoldo Camanho, Natanael Caetano, Lécio Resende, Romão C. Oliveira, Dácio Vieira, Cruz Macedo, Romeu Gonzaga Neiva, Sérgio Bittencourt, Waldir Leôncio Júnior, J. J. Costa Carvalho, Sandra De Santis e Ana Maria Duarte Amarante - Vogais, sob a presidência do Desembargador Otávio Augusto, em afastar a preliminar e denegar a ordem, maioria, de acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2010.

RELATÓRIO

Mário Gomes da Nóbrega impetra Mandado de Segurança contra ato do Presidente da Mesa Diretora da Câmara Legislativa que editou o Ato da Mesa Diretora nº 19/2010[1], o qual estabelece critérios para atuação de suplentes de deputados nos processos de crime de responsabilidade e de *impeachment* em tramitação naquela Casa.

Alega que tomou posse no dia 02/03/2010 como suplente de Deputado Distrital, para apreciação do *impeachment* do Governador do Distrito Federal e sua remuneração, nos termos do artigo 5º do referido ato, corresponde a um trinta avos do subsídio mensal dos deputados, multiplicados pelo número de dias efetivamente trabalhados na casa, devidamente comprovados pelas respectivas folhas de presença. Sustenta ter direito líquido e certo a receber remuneração idêntica à dos deputados distritais titulares, haja vista que a Lei Orgânica e o Regimento Interno da Câmara Legislativa não diferenciam deputados, seja titular ou suplente, inclusive para fins de remuneração. A Constituição Federal estabelece que todos são iguais perante a lei, consagrando o princípio da isonomia, tendo a Procuradoria Geral da Câmara opinado no sentido de que a lei pertinente não distingue os salários de deputados titulares e suplentes. O Decreto Legislativo nº 7 de 19/01/1995, do Congresso Nacional prevê a mesma situação no seu artigo 5º. Reafirma que lhe cabe receber os subsídios devidos e que a Mesa Diretora está extrapolando sua competência legal, legislando em matéria alheia. Requer a liminar para suspender provisoriamente o artigo 5º do Ato nº 19 e o pagamento da mesma remuneração e demais vantagens inerentes à atividade parlamentar

do Deputado Distrital titular. No mérito, pede a concessão da segurança e a condenação do impetrado nas custas do processo e honorários advocatícios.

A liminar foi indeferida e o Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal informou que o exercício das funções de Deputado Distrital pelo impetrante seria excepcional, restrito a votação das matérias relativas ao *impeachment* do hoje ex-governador do Distrito Federal, o que não permite incluir na sua remuneração todas as vantagens, inclusive as de natureza indenizatória, que são pagas aos deputados titulares. A Procuradoria de Justiça oficiou pelo conhecimento e denegação da segurança.

É o relatório.

VOTOS

Des. George Lopes Leite (Relator) - Senhor Presidente, presentes os pressupostos, admito o *writ*.

Mário Gomes da Nóbrega impetra Mandado de Segurança contra ato do Presidente da Mesa Diretora da Câmara Legislativa que editou o Ato Diretora nº 19/2010, estabelecendo critérios para atuação de suplentes de deputados nos processos de crime de responsabilidade e de *impeachment* em tramitação naquela Casa. Alega que tomou posse no dia 02/03/2010 como suplente de Deputado Distrital, para apreciar o *impeachment* do Governador do Distrito Federal e que a sua remuneração, consoante o artigo 5º do referido ato, corresponderia a um trinta avos do subsídio mensal dos deputados, multiplicados pelo número de dias efetivamente trabalhados na Casa, comprovados pelas respectivas folhas de presença.

Sustenta, contudo, que tem direito líquido e certo a receber a mesma remuneração dos deputados titulares, pois a Lei Orgânica do Distrito Federal e o Regimento Interno da Câmara Legislativa não fazem distinção entre deputados, seja titular ou suplente, inclusive para fins de remuneração. Também a Constituição Federal estabelece a igualdade de todos perante a lei, consagrando o princípio da isonomia. Acrescenta que a Procuradoria Geral da Câmara emitiu parecer onde se afirma que a legislação pertinente não distingue salários de deputados titulares e suplentes. Além disso, o Decreto Legislativo nº 7 de 19/01/1995, do Congresso Nacional, prevê o mesmo no artigo 5º, reafirmando que tem direito a receber os subsídios devidos e que a Mesa Diretora extrapolou sua competência legal, legislando em matéria alheia. Requer o pagamento da mesma remuneração e as

demais vantagens inerentes à atividade parlamentar do Deputado Distrital titular e a condenação nas custas do processo e honorários advocatícios.

O parecer da Procuradoria Geral da Câmara Legislativa do Distrito Federal, folhas 20/24, atendendo consulta feita pela Diretoria de Recursos Humanos da Casa Legislativa - ao contrário do que afirma o impetrante - respondeu que o suplente, convocado em atendimento à decisão contida na Ação Civil Pública nº 2010.01.1.001832-3, tem direito apenas à remuneração do mandato, pertinente ao exercício *sui generis* da suplência. Ele assumirá o exercício da atividade parlamentar apenas pontualmente, e como tal deve ser remunerado. Ressaltou-se, ainda, que a natureza jurídica das verbas de caráter indenizatório não se compatibiliza com a forma pela qual o Poder Judiciário determinou a convocação de deputados suplentes, substituindo os citados na decisão judicial apenas nos atos que envolvam processamento e votação de toda e qualquer atividade vinculada ao processo de *impeachment*.

A convocação do impetrante como Suplente pelo Ato da Mesa Diretora da Câmara Legislativa nº 19/2010 decorreu de decisão proferida na Ação Pública nº 2010.01.1.001832-3, em curso na Sétima Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, que determinou o afastamento de vários Deputados Distritais titulares do processo de *impeachment* do ex-governador do Distrito Federal.

As atribuições conferidas ao impetrante se restringiam à prática de atos específicos nos processos de crime de responsabilidade e de *impeachment* em tramitação na Câmara Legislativa do Distrito Federal, não prevendo o exercício pleno da atividade parlamentar. Portanto, a pretensão de receber a mesma remuneração e as demais vantagens inerentes às atividades parlamentares de um titular é incompatível com a transitoriedade e especificidade de atribuições restritas, que as distinguem daquelas atribuídas pelo exercício pleno do mandato. Há que se ressaltar que ele foi convocado tão somente para suprir uma lacuna, num momento peculiar da política desta Capital, com atribuições, como dito, específicas e restritas.

Portanto, há que se entender que remuneração integral devida aos Deputados Distritais não pode ser estendida àqueles que atuam de forma pontual e transitória, sob pena de afrontar os princípios da proporcionalidade/razoabilidade e da moralidade administrativa. Não é proporcional nem razoável pagar remuneração integral aos deputados suplentes que possuem atribuição excepcional e manter trinta e dois deputados nos quadros da Câmara, exercendo quase que em total plenitude suas atribuições. A pretensão do impetrante

poderia ensejar o injusto pagamento simultâneo pelo erário de sessenta e quatro remunerações de deputados, metade delas aos suplentes, o que seria imoral, além de ilegal.

Ressalte-se, ainda, que dar tratamento desigualmente àqueles que estão em situação jurídica distinta e na medida de suas desigualdades é a consagração do princípio da igualdade, não sendo este princípio argumento idôneo para que o impetrante alcance seu objetivo. Ao impetrante é devida a remuneração proporcional pelo trabalho realizado correspondente ao subsídio do Deputado Distrital titular.

Cumpre destacar, por fim, que a interpretação sistemática do Regimento Interno da Câmara Legislativa do Distrito Federal permite inferir que a Mesa Diretora tem competência para legislar sobre a remuneração dos Suplentes de Deputados Distritais. De acordo com o § 2º do artigo 39 do Regimento, faz parte de suas atribuições "determinar o desconto, nos vencimentos dos Parlamentares, proporcional às ausência justificadas às sessões ordinárias" (inciso III), "aprovar a proposta orçamentária da Câmara Legislativa e as solicitações de créditos adicionais" (inciso VIII) e "examinar a prestação de contas da administração da Câmara Legislativa a ser remetida ao Tribunal de Contas do Distrito Federal" (inciso X). Assim, as matérias afetas ao orçamento da Câmara Legislativa são de competência da Mesa Diretora, podendo-se afirmar que o órgão não extrapolou a competência legal.

Ante o exposto, denego a ordem.

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

Des. Arnoldo Camanho (Vogal) - Com o eminente Relator.

Des. Natanael Caetano (Vogal) - Acompanho o voto do eminente Relator.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Eminente Presidente, eminentes Pares, peço a mais respeitosa vênia ao eminente Relator e aos eminentes Pares que sufragaram o seu douto entendimento para conceder esta segurança.

O ora impetrante foi convocado para exercer função típica de Deputado Distrital; suplente que era, uma vez convocado, foi investido de todas as prerrogativas do cargo. Não pode haver, a meu sentir, meio deputado distrital ou

80% (oitenta por cento) de deputado distrital. Não é relevante para mim que ele tenha sido convocado para apreciar procedimento de *impeachment* que estava em curso naquela Casa de Leis.

Creio que seja indissociável do impetrante o papel que é reservado para um Deputado Distrital, deste modo a Legislação por ele citada, e aqui transcrita no relatório subscrito pelo eminente Desembargador George Lopes Leite, demonstra isso. O que se invoca é a isonomia de tratamento que é dispensada em casos análogos aos Deputados Federais. Por isso, peço vênia para, dissentindo, conceder a segurança.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Eminente Presidente, o que causa estranheza na espécie é a forma de investidura. O eminente Desembargador Lécio Resende já frisou que não se concebe a ideia de meio deputado, meio juiz, meio delegado.

Des. Lécio Resende (Vogal) - V. Ex.ª me permite, só para um esclarecimento adicional que considero importante?

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Pois não.

O Senhor Desembargador Lécio Resende (Vogal) - Quando o nosso egrégio Tribunal convoca um Juiz de Direito para substituir Desembargador, ele recebe ou não como se desembargador fosse? A resposta é afirmativa. Muito embora o juiz convocado não possa participar das deliberações do Conselho Especial, como proíbe o Regimento, mas ele está investido do papel de desembargador.

Agradeço a V. Ex.ª.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Também agradeço a V. Ex.ª.

Senhor Presidente, continuo dizendo que a forma encontrada para investir esses suplentes no cargo de Deputado, na condição de parlamentar, na verdade é inusitada, embora tenha partido do Poder Judiciário. O Estado Juiz, a meu ver, não poderia ter escolhido esta ou aquela atribuição para a investidura. Teria declarado que os deputados tais e tais não podem exercer o mandato em decorrência de determinados fatos. Se não pudesse fazer isso, não poderia atender à ação civil pública neste particular. Mas penso que poderia, até porque mais tarde assim aconteceu com a Sr.ª Eurides Britto, que chegou lá dizendo que não podia.

E quanto a essa não vai haver duas remunerações? Vai, sim, porque ocorrerá, sim, a dobra de remuneração, que é o que o eminente Relator quer evitar, pois a própria decisão dizia que era sem prejuízo da remuneração de Deputado. Mas esses suplentes que foram convocados eram realmente deputados durante todo o período em que o processo de *impeachment* do Sr. José Roberto Arruda esteve em tramitação. Cessado o processo, cessou a convocação sim, mas ele foi convocado para ser deputado, e não existe deputado de 1/30 (um trinta avos), com a devida vênia!

Acompanho o eminente Desembargador Lécio Resende, rogando vênia aos demais.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Senhor Presidente, também peço vênia ao eminente Relator para acompanhar a divergência porque, na verdade, houve convocação para o exercício pleno da atividade parlamentar. Tanto assim que ele votou na questão do *impeachment*, estava em atividade regular.

Com essas breves considerações, acompanho a douta divergência e peço a máxima vênia ao eminente Relator.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Senhor Presidente, a questão é interessante. Agora, penso que não podemos aqui interferir naquela decisão proferida com relação à convocação especial, vamos chamar assim, de parlamentar para exercer uma única atividade: votar no processo de *impeachment*. Com a devida vênia, esses parlamentares não tinham atuação plena no parlamento, não podiam votar leis, não podiam participar de comissões. A convocação foi específica. Certo ou errado, foi uma decisão judicial, ao que me consta, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Por isso é que não podemos discutir aqui o acerto ou não daquela decisão. A questão cinge-se à remuneração.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Desembargador Cruz Macedo, Vossa Excelência me permite?

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Pois não.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Concordo com V. Ex.ª e não discuto. O Judiciário não teria o poder de multiplicar o número de deputados. Disso não tenho dúvida.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Eminente Desembargador Romão C. Oliveira, V. Ex.ª me permite?

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Pois não.

Des. Lécio Resende (Vogal) - O que V. Ex.ª coloca é muito interessante e grave porque, se deputados foram afastados para serem substituídos por suplentes para cuidarem do processo de *impeachment*, algum motivo ou causa determinante houve para que esse afastamento ocorresse. Como é possível admitir que um deputado afastado, substituído por um suplente, possa exercer o seu mandato, votando leis e outras matérias de competência da Câmara Legislativa? Não estariam absolutamente impedidos para isso? No que resulta a conclusão de que os suplentes foram convocados para exercerem a atividade parlamentar típica, e é por isso que votei pela concessão da segurança, porque não há meio deputado.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - O relevante, eminentes Desembargadores é que os deputados não exerceram suas atividades parlamentares completamente. A convocação foi para o processo de *impeachment*.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Mas é esse ato que está sob julgamento aqui, eminente Desembargador.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Não, com a devida vênia, esse ato foi confirmado pelo Tribunal.

O que se está discutindo aqui é se se paga integralmente a esse parlamentar, como exercício de mandato, com uma remuneração equivalente à do outro, ou apenas pela sessão.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Desembargador Cruz Macedo, V. Ex.ª me permitiria um adendo?

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Pois não.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - A pergunta que se há de fazer para responder se se paga ou não é se o suplente, assumindo o cargo, atrai todos os impedimentos que são próprios do deputado? A resposta é positiva ele tem de comparecer à Câmara e receber integralmente.

Des. George Lopes Leite (Relator) - O ato está dizendo isso, está determinando que ele receba correspondente aos dias efetivamente trabalhados. As atribuições não eram de um mandato em sua plenitude. Os deputados afastados continuaram, regularmente, a trabalhar nos processos de sua competência, menos no de *impeachment*, para os quais seriam convocados os suplentes. Por isso o ato da Mesa Diretora determinou o pagamento igual, a mesma remuneração, mas correspondente ao trabalho efetivamente prestado.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - V. Ex.ª sabe que um processo de *impeachment* não se instaura com dia determinado não. Primeiro, não poderia haver juízo de exceção, o Governador não devia ser julgado por um juízo de exceção; por isso eles deviam estar investidos. Não é "tal dia", a investigação é permanente.

Agradeço, Desembargador Cruz Macedo.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Pois não. Eu que agradeço a participação de V. Ex.ª, que sempre enriquece os debates nesse Tribunal, mas penso que a Câmara agiu corretamente: não poderia efetuar o pagamento integral ao titular do mandato e a esses "convocados especialissimamente" para uma sessão de *impeachment*. Porque, pelo que entendi, Desembargador George Lopes Leite, a Câmara efetuou o pagamento relativamente àquela sessão que ele participou.

Des. George Lopes Leite (Relator) - Com certeza, tomando como parâmetro a remuneração do deputado.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Integralmente ao titular.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Assim, penso que agiu corretamente a mesa da Câmara; com a devida vênia, acompanho o eminente Relator.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) - De fato, a questão, como visto, desde o início, causou espécie a todos, até mesmo a quem sequer milita no Judiciário ou com o Direito. De fato, é uma situação, a meu sentir, até esdrúxula, porquanto o afastamento se dá por uma decisão do Poder Judiciário, para o seio de outro Poder, como afirmado pelo Desembargador Romão C. Oliveira, quase que instituindo um tribunal de exceção, pois estava, de certa forma, até escolhendo julgadores.

Também vou pedir vênia ao eminente Relator, e penso que não está em discussão a questão por esse ângulo que coloquei, mas, sim, se o deputado, quando convocado para julgar e decidir apenas um processo, que era de *impeachment*, se estaria ali exercendo ou não a integralidade do seu *munus* público como Deputado. Sim, entendo que sim, embora a convocação diga que era apenas para votar no processo de *impeachment*.

Ocorre que, se a votação do processo de *impeachment* durasse noventa dias ou mais de uma sessão, o que se tem é que, embora, a meu sentir, a origem seja tortuosa, não se pode negar que o impetrante exerceu a função de Deputado integralmente, e, se não ficou mais tempo para justificar o recebimento integral dos seus subsídios, é porque a votação não se estendeu a tanto.

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

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) - Pois não, Excelência.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Não resisto à tentação.

Quero fazer a seguinte indagação: convocado um suplente, ele toma posse? A resposta é afirmativa. E ele toma posse como suplente ou ele toma posse investido do cargo de deputado distrital? Ele é tratado, na Comissão Parlamentar de Inquérito, "Senhor suplente de Deputado, como vota, ou como decide tal questão de ordem", ou ele é tratado como deputado? V. Ex.ª já ouviu dizer que um suplente de deputado federal ou um suplente de senador que assuma o mandato, seja tratado, na Casa Legislativa, como suplente de deputado federal ou suplente de senador? Ainda que essa investidura, essa convocação, seja *pro tempore*, ele assume o cargo de deputado distrital em toda a sua plenitude. Ou é ou não é.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Sobretudo para uma questão da maior gravidade, como era a de julgar um processo de crime de responsabilidade.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Exato. E mais: se ele não fosse deputado não poderia votar nessa CPI. Essa é a questão.

Lamento, mas agradeço a V. Ex.ª a gentileza do aparte.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) - Eu que agradeço e quero acrescentar que a convocação não era por prazo determinado, como eu disse

no início. Se a votação única, para a qual foi convocado, demorasse, delongasse ou demandasse inúmeras outras sessões, para inúmeros outros dias, ele estaria convocado para aquilo. Se durou uma sessão e resolveu tudo em uma sessão, é porque não se exigiu, e não por decisão dele, convocado, mas pela própria circunstância do processo.

Peço vênia ao eminente Relator, mas divirjo do seu pensamento e acompanho a divergência, inaugurada pelo Desembargador Lécio Resende.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Senhor Presidente, penso que o afastamento do deputado distrital titular foi temporário, foi episódico e o suplente atuou especificamente nesse processo de *impeachment* e mais nada. Aliás, estendermos a discussão a propósito do que deveria fazer o suplente, ou não, seria interferir em uma decisão judicial que já precluiu; afinal de contas, essa assunção do deputado suplente se deu por decisão de um juiz, que não foi objeto de recurso.

Portanto, Senhor Presidente, o recebimento de subsídio mensal, penso, assim como o eminente Relator, afronta os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da moralidade.

Peço a mais respeitosa vênia à divergência, mas acompanho o Relator.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Também peço vênia para acompanhar o voto do eminente Relator.

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) - Senhor Presidente, adiro ao douto voto proferido pelo eminente Desembargador Lécio Resende, com os acréscimos feitos pelo também eminente Desembargador Romão C. Oliveira, ao entendimento de que, durante a convocação, o parlamentar convocado deve receber integralmente os seus subsídios, com a devida vênia do douto Relator e daqueles que o acompanharam.

Desa. Sandra De Santis (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênia à divergência para acompanhar o eminente Relator.

Desa. Ana Maria Duarte Amarante (Vogal) - Senhor Presidente, também peço vênia à divergência para acompanhar o eminente Relator, porque entendo que, no caso, se impõe a combinação dos princípios da legalidade estrita e também da moralidade.

No caso, essa remuneração há de ser deferida em caráter de contraprestação. A propósito, até se levarmos essa proporcionalidade a seus estritos termos, o suplente estaria no lucro, porque, no dia em que eventualmente houver trabalhado, não o fez o tempo inteiro, já que foi chamado *ad hoc*, apenas para a votação daquela matéria. Mas não chegaríamos ao ponto de miserabilidade de transformar um dia de salário em horas; pelo menos, arredonda-se para os trigésimos correspondentes.

Com essas breves considerações, e renovando o pedido de vênia à douta dissidência, acompanho o eminente Relator.

DECISÃO

Afastada a preliminar, denegou-se a ordem, decisão por maioria.

Notas

[1] *Em cumprimento à decisão judicial exarada em sede de ação civil pública - Processo 2010.01.1.001832-3.*

REVISÃO CRIMINAL Nº 2007002000942-8

Requerente - H.S.F.
Relator - Des. Getulio Pinheiro
Câmara Criminal

EMENTA

Revisão Criminal. Estupro. Prova nova. Alteração no teor das declarações prestadas pela vítima. Falsidade não comprovada. Condenação mantida.
1. Considera-se prova nova, para fins de revisão criminal, a alteração, em justificação judicial, do teor das declarações prestadas pela vítima no curso da ação penal. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.
2. Depoimentos colhidos em justificação judicial são insuficientes para desconstituir sentença condenatória quando, não comprovada a falsidade das declarações prestadas na ação penal, remanesce versão antagônica amparada por outras provas.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Getulio Pinheiro - Relator, George Lopes Leite - Revisor, Sandra De Santis, Silvanio Barbosa dos Santos, Jesuíno Rissato e Leila Arlanch - Vogais, sob a presidência do Desembargador Roberval Casemiro Belinati, por unanimidade, em julgar improcedente a revisão criminal, de acordo com a ata do julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2010.

RELATÓRIO

H.S.F. requereu a revisão de seu processo, com fundamento no art. 621, incisos II e III, do Código de Processo Penal, no qual foi condenado a quatro anos e seis meses de reclusão por infração ao art. 213, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, e ao art. 1º, inciso V, da Lei nº 8.072/90.

Alegou que "*(...) o decreto está consubstanciado na afirmação falsa da adolescente, que comentara a falsidade de sua afirmação a diversas pessoas e à Justiça em sede de ação de justificação*" (fls. 11). Segundo a inicial, a vítima "*(...) afirmou ao magistrado que o requerente não lhe atacou sexualmente e que sua mentira fora suscitada por força da indução de sua mãe que tinha interesse em prejudicar o requerente*" (fls. 23), razão pela qual pleiteia a desconstituição da sentença impugnada.

No parecer de fls. 44/48, a Procuradoria de Justiça manifestou-se pela improcedência da revisão criminal.

É o relatório.

VOTOS

Des. Getulio Pinheiro (Relator) - Considera-se prova nova, para fins de revisão criminal, a alteração, em justificação judicial, do teor das declarações prestadas pela vítima no curso da Ação Penal n° 2003.07.1.014598-6, consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça (HC 55.442/SC, Relª: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 18/6/9, DJe de 3/8/9).

Posto que nos crimes contra a dignidade sexual a palavra da vítima seja relevante na determinação da autoria e da materialidade, fato é que a condenação baseou-se em outras provas que corroboram as declarações então prestadas por ela, como o laudo de exame de corpo de delito, por exemplo (fls. 90 do Apenso I). A meu ver, tais provas não foram infirmadas na justificação judicial.

Em sua nova versão, a vítima afirmou que "*(...) sua mãe começou a ficar com ciúme, pois a declarante ficava mais com o acusado que com sua mãe*" e que " *(...) por esse motivo, a sua mãe pediu para a declarante mentir*" (fls. 242 do Apenso I). Suas palavras, todavia, estão em desarmonia com as do próprio requerente, o qual, em seu interrogatório, disse que "*(...) ao se separar do marido a mãe de sua filha começou a facilitar ao interrogando o contato com a filha*" e que ele e a mãe da vítima "*(...) não tinham nenhum tipo de relacionamento amoroso*" (fls. 50 do volume I do Apenso I).

Do mesmo modo, de um lado, a vítima afirmou que "*(...) já estava com roupa de dormir; (...) deitou-se, colocando sobre si uma coberta; (...) a mãe da declarante (R.) entrou no quarto tendo o acusado ficado deitado, coberto; (...) que A. nada assistiu; (...) A. estava em outro cômodo na frente, separado da casa*" (fls. 241/242 do Apenso I). De outro lado, A. disse que "*(...) ambos estavam sem coberta; (...) G. não estava de pijama*", *que* "*(...) antes disso a mãe de G. não tinha ido dentro do quarto*" e que "*(...) via, a todo tempo, G. e H.*" (fls. 243/244 do Apenso I).

Como se pode ver, os depoimentos colhidos na justificação judicial não se mostram idôneos para que se possa imputar, como pretende o requerente, de falsas as declarações prestadas por sua filha no curso da ação penal. Logo, são insuficientes para desconstituir a sentença condenatória.

Diante do exposto, acolho os fundamentos expendidos pelo Dr. Rogério Schietti Machado Cruz, dos quais me valho como razões de decidir:

> *"Todavia, não nos parece razoável e prudente pôr a cobro toda a credibilidade da prova colhida sob o crivo do contraditório das partes, na presença do juiz natural da causa, simplesmente porque se produziu, passados quatro anos, novo depoimento em sentido contrário ao que serviu de lastro para a condenação do requerente. O que poderia induzir o julgador da ação de revisão criminal a acreditar que a versão trazida agora pela filha do requerente é a verdadeira?*
> *Somente a certeza de que houve falsidade no depoimento colhido durante a ação penal condenatória poderia levar à reforma do julgado, não bastando a dúvida criada pela contradição dos depoimentos.*
> *Releva destacar, a propósito, que o conjecturado motivo que teria levado a filha do requerente a depor falsamente em seu desfavor - um simples pedido da mãe - é totalmente inverossímil e sem suporte lógico. A esse respeito, merece transcrever o que observou a autoridade judiciária que prolatou a sentença condenatória:*
> 'Todas as declarações existentes nos autos, inclusive as do réu, são uníssonas no sentido de que o réu, que os autos informam ser pai biológico da vítima, passara a ter contato com ela apenas nove meses antes do fato, por iniciativa da genitora de apresentar e aproximar os dois, que nunca tinham se conhecido. A iniciativa da genitora de convidar o réu a integrar a convivência familiar indica que ela buscava estabelecer uma relação harmoniosa com ele, o que é incompatível com a imputação, ao réu, de conduta falsa de tamanha gravidade.
> Além disso, consta dos autos que a aproximação do réu e da vítima ocorreu após a genitora da vítima ter se separado do marido, que para a vítima, até então, era seu pai. Nessas circunstâncias, a vítima, inclusive por ser adolescente, estava

passando por um momento de fragilidade emocional. Ao mesmo tempo, havia a sensação de perda da figura paterna, em virtude da separação entre a mãe e o pai de criação, e a possibilidade de estabelecer novos vínculos afetivos dessa natureza com o réu. Creio que, nesse contexto, uma garota de quinze anos não teria razões para inventar um fato apto a romper a aproximação com o possível pai biológico, recém conhecido. Nada há nos autos, ademais, que afaste a inocência natural que se deve reconhecer às pessoas de idade mais tenra, mesmo nos dias de hoje.

A tudo isso soma-se o fato de que o exame de corpo de delito de lesões corporais realizado na vítima, cujo laudo encontra-se à fl. 80, atesta a existência de 'equimose arroxeada circular na face látero-posterior do braço esquerdo', dando crédito à existência do confronto corporal entre o réu e a vítima, do qual, segundo a vítima, acabou resultando em uma mordida em seu braço esquerdo' (fls. 105/106 do Apenso I).

A seu turno, o depoimento prestado na justificação judicial por A. V. suscita questionamentos, a comprometer sua credibilidade.

Com efeito, o próprio conteúdo do que veio a declarar tal testemunha mostra-se duvidoso. Contrariando o que disse a própria vítima - ao assegurar que A. não presenciara os fatos - vem essa nova testemunha afirmar, ***somente ao ser indagada pela defesa****, 'que havia um buraco na parede, como se fosse uma porta, dessa forma o depoente via, a todo tempo, G. e H.' (dormindo dentro do quarto ao lado do seu). Convenhamos, é muita ingenuidade achar que se possa dar crédito a tudo o que essa testemunha afirmou a partir da assertiva susotranscrita.*

Outro dado importante a considerar é que essa testemunha sequer foi mencionada durante a ação penal condenatória, 'aparecendo' agora, sob a justificativa de que o advogado do requerente lhe teria dito não ser necessário ouvi-lo na ocasião em que foi processado.

Por derradeiro, não se deve desconsiderar a circunstância de que o requerente já foi processado e condenado por outro crime de estupro, o que indica não ser tal comportamento ilícito algo estranho ao seu modo de agir" (fls. 47/48).

Por fim, dou a conhecer à Câmara Criminal esta ementa, referente a julgamento em caso semelhante:

> *"REVISÃO CRIMINAL. ARTIGO 621, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ESTUPRO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ACERVO PROBATÓRIO COESO. NOVA DECLARAÇÃO DA VÍTIMA. IMPRESTABILIDADE*
> *Nova declaração da vítima não se presta para modificar a sentença condenatória, quando não é capaz de elidir o acervo probante que, coeso e harmônico, comprovou indene de dúvidas a materialidade e a autoria do delito.*
> *Mantém-se o decreto condenatório se o requerente não comprova a alegada falsidade de depoimentos, nem tampouco traz ao feito nova prova cabal que indique sua inocência.*
> *A revisão criminal não se presta para o reexame de provas já exaustivamente apreciadas nos Juízos de 1º e 2º graus.*
> *Revisão criminal improcedente" (RVC nº 2007 00 2 011079-7, Rel.: Desºr Souza e Ávila, Câmara Criminal, julgado em 1º/9/8, D.J. de 1º/6/9, pág. 56).*

Posto isso, julgo improcedente o pedido de revisão criminal.

Des. George Lopes Leite (Revisor) - Conheço do pedido ante a presença de seus pressupostos.

H.S.F. ajuizou Revisão Criminal contra a sentença que o condenou por infringir o art. 213 combinado com o art. 14, II, do Código Penal, porque teria tentado retirar a bermuda e a calcinha da filha menor a fim de com ela manter conjunção carnal. A pena ficou estabelecida em quatro anos e seis meses de reclusão no regime fechado. O requerente afirma que a condenação se funda em falsos depoimentos da vítima e da ex-companheira. Para comprovar esta assertiva ajuizou ação de justificação, onde foram colhidos novos depoimentos da vítima e de A. V., dando nova versão para os fatos.

A condenação do réu se fundou basicamente no depoimento da vítima à época dos fatos, quando contava quinze anos de idade, e de sua mãe. Eles são

uníssonos em afirmar que o réu teria seguido a vítima até seu quarto com desculpa de colocá-la para dormir e quando esta adormeceu tentou retirar sua roupa e estuprá-la, não atingindo este objetivo em razão da resistência da jovem e da intervenção da mãe, que surpreendeu H. ainda nu.

No processo de justificação foi colhido o depoimento da vítima, então com dezenove anos de idade, quando afirmou ter sido orientada pela mãe para dar depoimento não verdadeiro e que jamais houve a tentativa de estupro. Também foi ouvida a testemunha A. V. que, embora não tenha prestado depoimento na ação penal, afirmou que assistiu ao fato e atestou a inocência do requerente.

Ocorre que os novos depoimentos não são suficientes para a acolhida da tese defensiva. As provas colhidas no curso da ação penal, sob o crivo do contraditório e ainda no calor dos acontecimentos, foram sempre harmônicas e apontaram no sentido de que o requerente tentou estuprar a vítima. Mesmo o laudo de corpo de delito, inconclusivo quanto à existência de conjunção carnal, apontou "equimose arroxeada circular na face látero-posterior do braço esquerdo", condizente com a mordida que a vítima alegou ter recebido ao resistir à tentativa de estupro.

O mesmo não se pode dizer dos depoimentos colhidos na ação de justificação, que apresentam informações conflitantes em diversos pontos. A vítima afirmou que o autor teria ido junto para o quarto e que, momentos antes do flagrante, a mãe teria ido até o local e observado os dois na mesma cama (folhas 241/242 do apenso). Já A. V. assegurou que viu o réu indo primeiro para o quarto, no que foi seguido pela vítima, e que a mãe da adolescente foi ao quarto apenas uma vez, momento em que teve início a confusão (folhas 243/245 do apenso). O depoimento de A. também é contraditório quando descreve a forma como o requerente estava vestido, ora afirmando que ele trajava uma calça jeans, ora que estava apenas de sunga. Além disso, a vítima afirmou que brincava de empurra-empurra com o pai e por isso estavam ofegantes quando a mãe entrou pela segunda vez no quarto; já A. assegurou que de onde estava dava para ver a cama da vítima, que dormiam inocentemente deitados um ao lado do outro. Os depoimentos também divergem quanto aos contatos entre A. e a vítima depois do fato: ela afirma que o encontrou casualmente dois meses antes de ser ouvida, quando dissera que queria contar a verdade; A. informou ter conversado com ela cerca de dois anos antes de seu depoimento e que nada conversaram a esse respeito.

Como se vê, os depoimentos colhidos no processo de justificação apresentam discrepâncias relevantes entre si, não tendo o condão de desacreditar

a prova colhida no curso da ação penal, indicando a materialidade e autoria da tentativa de estupro. Além disso, a vítima, quando reinquirida, nada disse acerca da equimose no braço, atribuíra à mordida do réu.

Isso posto, julgo improcedente a Revisão Criminal.

É como voto.

Desa. Sandra De Santis (Vogal) - Com o Relator.

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

Des. Jesuíno Rissato (Vogal) - Com o Relator.

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

DECISÃO

Julgar improcedente a Revisão Criminal. Unânime.

Numéricos dos Acórdãos

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2008002013383-1
(Acórdão Nº 445.003). Relator: Des. Romeu Gonzaga Neiva
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, LIMINAR - REGIME ESPECIAL DE APURAÇÃO DE ICMS - REGRAS ESTABELECIDAS, VIOLAÇÃO - LEI Nº 4.160/2008, SUSPENSÃO DA EFICÁCIA. 57

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2008002018825-4
(Acórdão Nº 461.560). Relator: Des. Dácio Vieira
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DESAFETAÇÃO E ALTERAÇÃO DE USO DE ÁREAS PÚBLICAS - CONSULTA PRÉVIA À POPULAÇÃO, EXIGÊNCIA MITIGADA 100

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009002010782-8
(Acórdão Nº 461.106). Relator: Des. Sérgio Bittencourt
CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA - INVENTÁRIO AJUIZADO PELA COMPANHEIRA - COLATERAIS, DIREITO A HABILITAÇÃO - CONTROLE INCIDENTAL DIFUSO 146

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2010002006300-6
(Acórdão Nº 451.849). Relator: Des. Nívio Geraldo Gonçalves
DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE EMPRESA DEVEDORA - DESCONSTITUIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INDÍCIOS DE FRAUDE - PRÉ-PENHORA, CABIMENTO. 152

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2010002010818-9
(Acórdão Nº 461.019). Relator: Des. Lecir Manoel da Luz
INVENTÁRIO - INCLUSÃO DE NOVO HERDEIRO - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE *POST MORTEM*. 159

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2010002013912-4
(Acórdão Nº 455.797). Relator Designado: Des. Fernando Habibe
AÇÃO AJUIZADA PELO CONSUMIDOR - COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA - CONTROLE *EX OFFICIO*, IMPOSSIBILIDADE 165

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002011024833-2
(Acórdão Nº 463.490). Relator: Des. João Egmont
ACIDENTE DE TRÂNSITO - MORTE DE GENITOR - PENSIONAMENTO, CRITÉRIOS - PRESTAÇÃO ALIMENTAR AOS FILHOS, REVERSÃO À VIÚVA 173

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011015294-3
(Acórdão Nº 459.528). Relator: Des. Arnoldo Camanho de Assis
QUOTAS DE SOCIEDADE COMERCIAL, TRANSFERÊNCIA - DÍVIDAS PRETÉRITAS, ASSUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE - NOVOS SÓCIOS, LEGITIMIDADE PARA COBRANÇA 200

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004011076363-4
(Acórdão Nº 446.023). Relator: Des. Lécio Resende
AUXÍLIO-DOENÇA, CONVERSÃO EM ACIDENTÁRIO - MOTORISTA DE ÔNIBUS - DEBILIDADES ADQUIRIDAS E PROFISSÃO, NEXO CAUSAL - *IN DUBIO PRO OPERARIO*. 211

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004011127231-2
(Acórdão Nº 450.031). Relator: Des. Waldir Leôncio C. Lopes Júnior
AÇÃO DE ANULAÇÃO E ENTREGA DE DUPLICATAS - ENDOSSO MANDATO, OCORRÊNCIA - PROTESTO ELETRÔNICO - DEVOLUÇÃO DE DUPLICATAS, IMPOSSIBILIDADE 222

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011028055-9
(Acórdão Nº 459.911). Relator: Des. Sérgio Rocha
AÇÃO REIVINDICATÓRIA - CITAÇÃO DE UM DOS CÔNJUGES, INEXISTÊNCIA - VÍCIO INSANÁVEL - NULIDADE DO PROCESSO. 233

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011135637-6
(Acórdão Nº 457.932). Relator: Des. Mário-Zam Belmiro
CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - INAPTIDÃO AO EXERCÍCIO DO EMPREGO - ATO ADMINISTRATIVO, IRREGULARIDADE 245

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006011131579-4
(Acórdão Nº 450.986). Relatora: Desa. Nídia Corrêa Lima
SUBSCRIÇÃO COMPLEMENTAR DE AÇÕES - EMPRESA DE TELEFONIA - VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO - DATA DE APURAÇÃO. 262

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011021015-5
(Acórdão Nº 462.014). Relator: Des. José Divino de Oliveira
CONDOMÍNIO - VAGAS DE GARAGEM - USO DE VAGA EXCEDENTE, CRITÉRIOS - USUCAPIÃO, IMPOSSIBILIDADE. 282

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011090154-4
(Acórdão Nº 447.389). Relator: Des. Humberto Adjuto Ulhôa
SOCIEDADE LIMITADA - *AFFECTIO SOCIETATIS*, DISSOLUÇÃO - APURAÇÃO DE HAVERES 312

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007071039508-0
(Acórdão Nº 454.866). Relator: Des. Teófilo Caetano
COBRANÇA - OBRIGAÇÕES CONDOMINIAIS - CONDOMÍNIO EDILÍCIO 326

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011008012-9
(Acórdão Nº 460.434). Relatora: Desa. Vera Andrighi
COABITAÇÃO COM CRIMINOSO - ARROMBAMENTO DE PORTAS EM AÇÃO POLICIAL - EXECUÇÃO DE ORDEM JUDICIAL - DANO MORAL, NÃO CONFIGURAÇÃO. 342

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011034984-6
(Acórdão Nº 443.930). Relator: Des. João Mariosi
EXPEDIÇÃO DE CRLV - PAGAMENTO DE ENCARGOS - NEGATIVA DO DETRAN - INDENIZAÇÃO, CABIMENTO. 348

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011038928-8
(Acórdão Nº 449.426). Relator: Des. Antoninho Lopes
PUBLICAÇÕES EM JORNAL VIRTUAL - OBJETIVO DE INFORMAR, EXTRAPOLAÇÃO - DANOS MORAIS, INDENIZAÇÃO 356

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011044225-6
(Acórdão Nº 458.856). Relator: Des. J.J. Costa Carvalho
IMAGENS DE CELULAR - ACESSO NÃO AUTORIZADO - INTIMIDADE E PRIVACIDADE, VIOLAÇÃO - DANO MORAL DEVIDO 362

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011150096-7
(Acórdão Nº 446.430). Relatora Designada: Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito
AUTO DE INFRAÇÃO, NULIDADE - ALICIAMENTO DE PASSAGEIROS - VEÍCULO DE PASSEIO - LEI DISTRITAL Nº 635/95 372

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009011016817-5
(Acórdão Nº 454.814). Relator: Des. Angelo Passareli
CONDIÇÕES INSALUBRES - CONVERSÃO DE TEMPO TRABALHADO - DIFERENÇAS PECUNIÁRIAS 390

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009011017851-6
(Acórdão Nº 462.987). Relator: Des. Cruz Macedo
SOBREPARTILHA - VERBAS PROVENIENTES DE INDENIZAÇÃO TRABALHISTA - MEAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE - COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS, INCOMUNICABILIDADE. 410

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009071024699-3
(Acórdão Nº 459.425). Relator: Des. Jair Soares
DANO MORAL, INOCORRÊNCIA - ASSEMBLEIA DE ASSOCIAÇÃO - OFENSAS VERBAIS - INTENÇÃO DE OFENDER, INEXISTÊNCIA . . . 420

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010061003010-1
(Acórdão Nº 431.031). Relator: Des. Flavio Rostirola
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ESTOCAGEM DE PRODUTOS NO TERMINAL PORTUÁRIO - JULGAMENTO *INFRA PETITA*, NÃO CONFIGURAÇÃO - PERÍODO DE ARMAZENAGEM DO BEM, NÃO COMPROVAÇÃO 425

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005011102974-5
(Acórdão Nº 465.482). Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos
CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - ICMS - CONTROLE PARALELO DE VENDAS. 442

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2008011025470-5
(Acórdão Nº 456.248). Relator: Des. Alfeu Machado
CRIME AMBIENTAL - PESCA ILEGAL COM REDE PREDADÓRIA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, INAPLICABILIDADE 464

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2008091023155-8
(Acórdão Nº 448.169). Relator: Des. Mario Machado
TORTURA E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS - AUTORIA E MATERIALIDADE, DEMONSTRAÇÃO 475

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2009011127127-8
(Acórdão Nº 465.862). Relator: Des. Romão C. Oliveira
TENTATIVA DE LATROCÍNIO - DESCLASSIFICAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE - PERSONALIDADE DESAJUSTADA - PENA, ADEQUAÇÃO 494

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2010051004345-7
(Acórdão Nº 457.689). Relator: Des. Roberval Casemiro Belinati
ROUBO CIRCUNSTANCIADO - CORRUPÇÃO DE MENORES - DEPENDÊNCIA QUÍMICA, SUPOSIÇÃO - REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, IMPOSSIBILIDADE. 513

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2010002008435-4
(Acórdão Nº 445.830). Relator: Des. Natanael Caetano
ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - FALSIFICAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS - PENA EM ABSTRATO - PODER JUDICIÁRIO, INCOMPETÊNCIA 532

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002011046411-2
(Acórdão Nº 461.180). Relatora: Desa. Carmelita Brasil
RESPONSABILIDADE CIVIL - PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA, OFENSIVIDADE - LIBERDADE DE IMPRENSA, LIMITES - DANO MORAL CONFIGURADO 565

HABEAS CORPUS Nº 2010002015796-1
(Acórdão Nº 460.672). Relatora: Desa. Sandra De Santis
HABEAS CORPUS - BRASILEIRO CONDENADO NO EXTERIOR - PENA RESTANTE, CUMPRIMENTO NO BRASIL - CONVENÇÃO INTERAMERICANA, APLICABILIDADE 574

HABEAS CORPUS Nº 2010002016529-7
(Acórdão Nº 460.374). Relator: Des. João Timóteo de Oliveira
HABEAS CORPUS - FORO PRIVILEGIADO DE UM DOS RÉUS - CONSELHO ESPECIAL DO TJDFT, COMPETÊNCIA 584

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2010002001911-3
(Acórdão Nº 457.926). Relator: Des. Otávio Augusto
MANDADO DE SEGURANÇA, CONCESSÃO - PAGAMENTO DE QUINTOS - DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE RETIRA O PAGAMENTO, CASSAÇÃO - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, INOCORRÊNCIA 589

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2010002003785-5
(Acórdão Nº 450.454). Relator: Des. George Lopes Leite
SUPLENTE DE DEPUTADO DISTRITAL - REMUNERAÇÃO INTEGRAL, IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E CONSTITUCIONAIS, OBSERVÂNCIA 598

REVISÃO CRIMINAL Nº 2007002000942-8
(Acórdão Nº 450.721). Relator: Des. Getulio Pinheiro
ESTUPRO - JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL - FALSIDADE DAS DECLARAÇÕES, NÃO COMPROVAÇÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA 610

Alfabético

A

AÇÃO AJUIZADA PELO CONSUMIDOR . COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA . CONTROLE EX OFFICIO, IMPOSSIBILIDADE 165

AÇÃO DE ANULAÇÃO E ENTREGA DE DUPLICATAS . ENDOSSO MANDATO, OCORRÊNCIA . PROTESTO ELETRÔNICO . DEVOLUÇÃO DE DUPLICATAS, IMPOSSIBILIDADE 222

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE . DESAFETAÇÃO E ALTERAÇÃO DE USO DE ÁREAS PÚBLICAS . CONSULTA PRÉVIA À POPULAÇÃO, EXIGÊNCIA MITIGADA..... 100

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, LIMINAR . REGIME ESPECIAL DE APURAÇÃO DE ICMS . REGRAS ESTABELECIDAS, VIOLAÇÃO . LEI Nº 4.160/2008, SUSPENSÃO DA EFICÁCIA.. 57

AÇÃO REIVINDICATÓRIA . CITAÇÃO DE UM DOS CÔNJUGES, INEXISTÊNCIA . VÍCIO INSANÁVEL . NULIDADE DO PROCESSO 233

ACESSO NÃO AUTORIZADO . IMAGENS DE CELULAR . INTIMIDADE E PRIVACIDADE, VIOLAÇÃO . DANO MORAL DEVIDO 362

ACIDENTE DE TRÂNSITO . MORTE DE GENITOR . PENSIONAMENTO, CRITÉRIOS . PRESTAÇÃO ALIMENTAR AOS FILHOS, REVERSÃO À VIÚVA..... 173

AFFECTIO SOCIETATIS, DISSOLUÇÃO . SOCIEDADE LIMITADA . APURAÇÃO DE HAVERES 312

ALICIAMENTO DE PASSAGEIROS . AUTO DE INFRAÇÃO, NULIDADE . VEÍCULO DE PASSEIO . LEI DISTRITAL Nº 635/95..... 372

APURAÇÃO DE HAVERES. SOCIEDADE LIMITADA . AFFECTIO SOCIETATIS, DISSOLUÇÃO..... 312

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE . FALSIFICAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS . PENA EM ABSTRATO . PODER JUDICIÁRIO, INCOMPETÊNCIA..... 532

ARROMBAMENTO DE PORTAS EM AÇÃO POLICIAL . COABITAÇÃO COM CRIMINOSO . EXECUÇÃO DE ORDEM JUDICIAL . DANO MORAL, NÃO CONFIGURAÇÃO..... 342

ASSEMBLEIA DE ASSOCIAÇÃO . DANO MORAL, INOCORRÊNCIA . OFENSAS VERBAIS . INTENÇÃO DE OFENDER, INEXISTÊNCIA ... 420

ATO ADMINISTRATIVO, IRREGULARIDADE. CONCURSO PÚBLICO . CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA . INAPTIDÃO AO EXERCÍCIO DO EMPREGO 245

AUTO DE INFRAÇÃO, NULIDADE . ALICIAMENTO DE PASSAGEIROS . VEÍCULO DE PASSEIO . LEI DISTRITAL Nº 635/95 372

AUTORIA E MATERIALIDADE, DEMONSTRAÇÃO. TORTURA E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR . VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS 475

AUXÍLIO-DOENÇA, CONVERSÃO EM ACIDENTÁRIO . MOTORISTA DE ÔNIBUS . DEBILIDADES ADQUIRIDAS E PROFISSÃO, NEXO CAUSAL . IN DUBIO PRO OPERARIO 211

B

BRASILEIRO CONDENADO NO EXTERIOR . HABEAS CORPUS . PENA RESTANTE, CUMPRIMENTO NO BRASIL . CONVENÇÃO INTERAMERICANA, APLICABILIDADE 574

C

CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA . CONCURSO PÚBLICO . INAPTIDÃO AO EXERCÍCIO DO EMPREGO . ATO ADMINISTRATIVO, IRREGULARIDADE..... 245

CITAÇÃO DE UM DOS CÔNJUGES, INEXISTÊNCIA . AÇÃO REIVINDICATÓRIA . VÍCIO INSANÁVEL . NULIDADE DO PROCESSO 233

COABITAÇÃO COM CRIMINOSO . ARROMBAMENTO DE PORTAS EM AÇÃO POLICIAL . EXECUÇÃO DE ORDEM JUDICIAL . DANO MORAL, NÃO CONFIGURAÇÃO..... 342

COBRANÇA . OBRIGAÇÕES CONDOMINIAIS . CONDOMÍNIO EDILÍCIO 326

COLATERAIS, DIREITO A HABILITAÇÃO . CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA . INVENTÁRIO AJUIZADO PELA COMPANHEIRA . CONTROLE INCIDENTAL DIFUSO..... 146

COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA . AÇÃO AJUIZADA PELO CONSUMIDOR . CONTROLE EX OFFICIO, IMPOSSIBILIDADE 165

COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS, INCOMUNICABILIDADE. SOBREPARTILHA . VERBAS PROVENIENTES DE INDENIZAÇÃO TRABALHISTA . MEAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE 410

CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA . INVENTÁRIO AJUIZADO PELA COMPANHEIRA . COLATERAIS, DIREITO A HABILITAÇÃO . CONTROLE INCIDENTAL DIFUSO..... 146

CONCURSO PÚBLICO . CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA . INAPTIDÃO AO EXERCÍCIO DO EMPREGO . ATO ADMINISTRATIVO, IRREGULARIDADE..... 245

CONDENAÇÃO MANTIDA. ESTUPRO . JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL . FALSIDADE DAS DECLARAÇÕES, NÃO COMPROVAÇÃO 610

CONDIÇÕES INSALUBRES . CONVERSÃO DE TEMPO TRABALHADO . DIFERENÇAS PECUNIÁRIAS..... 390

CONDOMÍNIO . VAGAS DE GARAGEM . USO DE VAGA EXCEDENTE, CRITÉRIOS . USUCAPIÃO, IMPOSSIBILIDADE..... 282

CONDOMÍNIO EDILÍCIO. COBRANÇA . OBRIGAÇÕES CONDOMINIAIS 326

CONSELHO ESPECIAL DO TJDFT, COMPETÊNCIA. HABEAS CORPUS . FORO PRIVILEGIADO DE UM DOS RÉUS 584

CONSULTA PRÉVIA À POPULAÇÃO, EXIGÊNCIA MITIGADA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE . DESAFETAÇÃO E ALTERAÇÃO DE USO DE ÁREAS PÚBLICAS 100

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, INOCORRÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA, CONCESSÃO . PAGAMENTO DE QUINTOS . DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE RETIRA O PAGAMENTO, CASSAÇÃO 589

CONTROLE EX OFFICIO, IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO AJUIZADA PELO CONSUMIDOR . COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA 165

CONTROLE INCIDENTAL DIFUSO. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA . INVENTÁRIO AJUIZADO PELA COMPANHEIRA . COLATERAIS, DIREITO A HABILITAÇÃO 146

CONTROLE PARALELO DE VENDAS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA . ICMS 442

CONVENÇÃO INTERAMERICANA, APLICABILIDADE. HABEAS CORPUS . BRASILEIRO CONDENADO NO EXTERIOR . PENA RESTANTE, CUMPRIMENTO NO BRASIL 574

CONVERSÃO DE TEMPO TRABALHADO . CONDIÇÕES INSALUBRES . DIFERENÇAS PECUNIÁRIAS 390

CORRUPÇÃO DE MENORES . ROUBO CIRCUNSTANCIADO . DEPENDÊNCIA QUÍMICA, SUPOSIÇÃO . REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, IMPOSSIBILIDADE 513

CRIME AMBIENTAL . PESCA ILEGAL COM REDE PREDATÓRIA . PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, INAPLICABILIDADE 464

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA . ICMS . CONTROLE PARALELO DE VENDAS 442

D

DANO MORAL CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE CIVIL . PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA, OFENSIVIDADE . LIBERDADE DE IMPRENSA, LIMITES 565

DANO MORAL DEVIDO. IMAGENS DE CELULAR . ACESSO NÃO AUTORIZADO . INTIMIDADE E PRIVACIDADE, VIOLAÇÃO 362

DANO MORAL, INOCORRÊNCIA . ASSEMBLEIA DE ASSOCIAÇÃO . OFENSAS VERBAIS . INTENÇÃO DE OFENDER, INEXISTÊNCIA 420

DANO MORAL, NÃO CONFIGURAÇÃO. COABITAÇÃO COM CRIMINOSO . ARROMBAMENTO DE PORTAS EM AÇÃO POLICIAL . EXECUÇÃO DE ORDEM JUDICIAL 342

DANOS MORAIS, INDENIZAÇÃO. PUBLICAÇÕES EM JORNAL VIRTUAL . OBJETIVO DE INFORMAR, EXTRAPOLAÇÃO 356

DATA DE APURAÇÃO. SUBSCRIÇÃO COMPLEMENTAR DE AÇÕES . EMPRESA DE TELEFONIA . VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO 262

DEBILIDADES ADQUIRIDAS E PROFISSÃO, NEXO CAUSAL . AUXÍLIO-DOENÇA, CONVERSÃO EM ACIDENTÁRIO . MOTORISTA DE ÔNIBUS . IN DUBIO PRO OPERARIO..... 211

DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE RETIRA O PAGAMENTO, CASSAÇÃO . MANDADO DE SEGURANÇA, CONCESSÃO . PAGAMENTO DE QUINTOS . CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, INOCORRÊNCIA 589

DEPENDÊNCIA QUÍMICA, SUPOSIÇÃO . ROUBO CIRCUNSTANCIADO . CORRUPÇÃO DE MENORES . REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, IMPOSSIBILIDADE..... 513

DESAFETAÇÃO E ALTERAÇÃO DE USO DE ÁREAS PÚBLICAS . AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE . CONSULTA PRÉVIA À POPULAÇÃO, EXIGÊNCIA MITIGADA..... 100

DESCLASSIFICAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE . TENTATIVA DE LATROCÍNIO . PERSONALIDADE DESAJUSTADA . PENA, ADEQUAÇÃO.... 494

DESCONSTITUIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA . DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE EMPRESA DEVEDORA . INDÍCIOS DE FRAUDE . PRÉ-PENHORA, CABIMENTO 152

DEVOLUÇÃO DE DUPLICATAS, IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO DE ANULAÇÃO E ENTREGA DE DUPLICATAS . ENDOSSO MANDATO, OCORRÊNCIA . PROTESTO ELETRÔNICO 222

DIFERENÇAS PECUNIÁRIAS. CONDIÇÕES INSALUBRES . CONVERSÃO DE TEMPO TRABALHADO 390

DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE EMPRESA DEVEDORA . DESCONSTITUIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA . INDÍCIOS DE FRAUDE . PRÉ-PENHORA, CABIMENTO 152

DÍVIDAS PRETÉRITAS, ASSUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE . QUOTAS DE SOCIEDADE COMERCIAL, TRANSFERÊNCIA . NOVOS SÓCIOS, LEGITIMIDADE PARA COBRANÇA..... 200

E

EMPRESA DE TELEFONIA . SUBSCRIÇÃO COMPLEMENTAR DE AÇÕES . VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO . DATA DE APURAÇÃO 262

ENDOSSO MANDATO, OCORRÊNCIA . AÇÃO DE ANULAÇÃO E ENTREGA DE DUPLICATAS . PROTESTO ELETRÔNICO . DEVOLUÇÃO DE DUPLICATAS, IMPOSSIBILIDADE 222

ESTOCAGEM DE PRODUTOS NO TERMINAL PORTUÁRIO . PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS . JULGAMENTO INFRA PETITA, NÃO CONFIGURAÇÃO . PERÍODO DE ARMAZENAGEM DO BEM, NÃO COMPROVAÇÃO..... 425

ESTUPRO . JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL . FALSIDADE DAS DECLARAÇÕES, NÃO COMPROVAÇÃO . CONDENAÇÃO MANTIDA..... 610

EXECUÇÃO DE ORDEM JUDICIAL . COABITAÇÃO COM CRIMINOSO . ARROMBAMENTO DE PORTAS EM AÇÃO POLICIAL . DANO MORAL, NÃO CONFIGURAÇÃO..... 342

EXPEDIÇÃO DE CRLV . PAGAMENTO DE ENCARGOS . NEGATIVA DO DETRAN . INDENIZAÇÃO, CABIMENTO..... 348

F

FALSIDADE DAS DECLARAÇÕES, NÃO COMPROVAÇÃO . ESTUPRO . JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL . CONDENAÇÃO MANTIDA 610

FALSIFICAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS . ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE . PENA EM ABSTRATO . PODER JUDICIÁRIO, INCOMPETÊNCIA..... 532

FORO PRIVILEGIADO DE UM DOS RÉUS . HABEAS CORPUS . CONSELHO ESPECIAL DO TJDFT, COMPETÊNCIA 584

H

HABEAS CORPUS . FORO PRIVILEGIADO DE UM DOS RÉUS . CONSELHO ESPECIAL DO TJDFT, COMPETÊNCIA 584

HABEAS CORPUS . BRASILEIRO CONDENADO NO EXTERIOR . PENA RESTANTE, CUMPRIMENTO NO BRASIL . CONVENÇÃO INTERAMERICANA, APLICABILIDADE 574

I

ICMS . CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA . CONTROLE PARALELO DE VENDAS 442

IMAGENS DE CELULAR . ACESSO NÃO AUTORIZADO . INTIMIDADE E PRIVACIDADE, VIOLAÇÃO . DANO MORAL DEVIDO 362

IN DUBIO PRO OPERARIO. AUXÍLIO-DOENÇA, CONVERSÃO EM ACIDENTÁRIO . MOTORISTA DE ÔNIBUS . DEBILIDADES ADQUIRIDAS E PROFISSÃO, NEXO CAUSAL 211

INAPTIDÃO AO EXERCÍCIO DO EMPREGO . CONCURSO PÚBLICO . CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA . ATO ADMINISTRATIVO, IRREGULARIDADE..... 245

INCLUSÃO DE NOVO HERDEIRO . INVENTÁRIO . INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM..... 159

INDENIZAÇÃO, CABIMENTO. EXPEDIÇÃO DE CRLV . PAGAMENTO DE ENCARGOS . NEGATIVA DO DETRAN 348

INDÍCIOS DE FRAUDE . DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE EMPRESA DEVEDORA . DESCONSTITUIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA . PRÉ-PENHORA, CABIMENTO..... 152

INTENÇÃO DE OFENDER, INEXISTÊNCIA. DANO MORAL, INOCORRÊNCIA . ASSEMBLEIA DE ASSOCIAÇÃO . OFENSAS VERBAIS 420

INTIMIDADE E PRIVACIDADE, VIOLAÇÃO . IMAGENS DE CELULAR . ACESSO NÃO AUTORIZADO . DANO MORAL DEVIDO..... 362

INVENTÁRIO . INCLUSÃO DE NOVO HERDEIRO . INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM..... 159

INVENTÁRIO AJUIZADO PELA COMPANHEIRA . CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA . COLATERAIS, DIREITO A HABILITAÇÃO . CONTROLE INCIDENTAL DIFUSO..... 146

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM. INVENTÁRIO . INCLUSÃO DE NOVO HERDEIRO 159

J

JULGAMENTO INFRA PETITA, NÃO CONFIGURAÇÃO . PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS . ESTOCAGEM DE PRODUTOS NO TERMINAL PORTUÁRIO . PERÍODO DE ARMAZENAGEM DO BEM, NÃO COMPROVAÇÃO..... 425

JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL . ESTUPRO . FALSIDADE DAS DECLARAÇÕES, NÃO COMPROVAÇÃO . CONDENAÇÃO MANTIDA..... 610

L

LEI DISTRITAL Nº 635/95. AUTO DE INFRAÇÃO, NULIDADE . ALICIAMENTO DE PASSAGEIROS . VEÍCULO DE PASSEIO 372

LEI Nº 4.160/2008, SUSPENSÃO DA EFICÁCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, LIMINAR . REGIME ESPECIAL DE APURAÇÃO DE ICMS . REGRAS ESTABELECIDAS, VIOLAÇÃO 57

LIBERDADE DE IMPRENSA, LIMITES . RESPONSABILIDADE CIVIL . PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA, OFENSIVIDADE . DANO MORAL CONFIGURADO..... 565

M

MANDADO DE SEGURANÇA, CONCESSÃO . PAGAMENTO DE QUINTOS . DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE RETIRA O PAGAMENTO, CASSAÇÃO . CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, INOCORRÊNCIA..... 589

MEAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE . SOBREPARTILHA . VERBAS PROVENIENTES DE INDENIZAÇÃO TRABALHISTA . COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS, INCOMUNICABILIDADE..... 410

MORTE DE GENITOR . ACIDENTE DE TRÂNSITO . PENSIONAMENTO, CRITÉRIOS . PRESTAÇÃO ALIMENTAR AOS FILHOS, REVERSÃO À VIÚVA..... 173

MOTORISTA DE ÔNIBUS . AUXÍLIO-DOENÇA, CONVERSÃO EM ACIDENTÁRIO . DEBILIDADES ADQUIRIDAS E PROFISSÃO, NEXO CAUSAL . IN DUBIO PRO OPERARIO 211

N

NEGATIVA DO DETRAN . EXPEDIÇÃO DE CRLV . PAGAMENTO DE ENCARGOS . INDENIZAÇÃO, CABIMENTO 348

NOVOS SÓCIOS, LEGITIMIDADE PARA COBRANÇA. QUOTAS DE SOCIEDADE COMERCIAL, TRANSFERÊNCIA . DÍVIDAS PRETÉRITAS, ASSUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE 200

NULIDADE DO PROCESSO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA . CITAÇÃO DE UM DOS CÔNJUGES, INEXISTÊNCIA . VÍCIO INSANÁVEL 233

O

OBJETIVO DE INFORMAR, EXTRAPOLAÇÃO . PUBLICAÇÕES EM JORNAL VIRTUAL . DANOS MORAIS, INDENIZAÇÃO..... 356

OBRIGAÇÕES CONDOMINIAIS . COBRANÇA . CONDOMÍNIO EDILÍCIO 326

OFENSAS VERBAIS . DANO MORAL, INOCORRÊNCIA . ASSEMBLEIA DE ASSOCIAÇÃO . INTENÇÃO DE OFENDER, INEXISTÊNCIA 420

P

PAGAMENTO DE ENCARGOS . EXPEDIÇÃO DE CRLV . NEGATIVA DO DETRAN . INDENIZAÇÃO, CABIMENTO..... 348

PAGAMENTO DE QUINTOS . MANDADO DE SEGURANÇA, CONCESSÃO . DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE RETIRA O PAGAMENTO, CASSAÇÃO . CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, INOCORRÊNCIA 589

PENA EM ABSTRATO . ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE . FALSIFICAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS . PODER JUDICIÁRIO, INCOMPETÊNCIA 532

PENA RESTANTE, CUMPRIMENTO NO BRASIL . HABEAS CORPUS . BRASILEIRO CONDENADO NO EXTERIOR . CONVENÇÃO INTERAMERICANA, APLICABILIDADE 574

PENA, ADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE LATROCÍNIO . DESCLASSIFICAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE . PERSONALIDADE DESAJUSTADA 494

PENSIONAMENTO, CRITÉRIOS . ACIDENTE DE TRÂNSITO . MORTE DE GENITOR . PRESTAÇÃO ALIMENTAR AOS FILHOS, REVERSÃO À VIÚVA..... 173

PERÍODO DE ARMAZENAGEM DO BEM, NÃO COMPROVAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS . ESTOCAGEM DE PRODUTOS NO TERMINAL PORTUÁRIO . JULGAMENTO INFRA PETITA, NÃO CONFIGURAÇÃO 425

PERSONALIDADE DESAJUSTADA . TENTATIVA DE LATROCÍNIO . DESCLASSIFICAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE . PENA, ADEQUAÇÃO 494

PESCA ILEGAL COM REDE PREDATÓRIA . CRIME AMBIENTAL . PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, INAPLICABILIDADE 464

PODER JUDICIÁRIO, INCOMPETÊNCIA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE . FALSIFICAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS . PENA EM ABSTRATO 532

PRÉ-PENHORA, CABIMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE EMPRESA DEVEDORA . DESCONSTITUIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA . INDÍCIOS DE FRAUDE 152

PRESTAÇÃO ALIMENTAR AOS FILHOS, REVERSÃO À VIÚVA. ACIDENTE DE TRÂNSITO . MORTE DE GENITOR . PENSIONAMENTO, CRITÉRIOS 173

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS . ESTOCAGEM DE PRODUTOS NO TERMINAL PORTUÁRIO . JULGAMENTO INFRA PETITA, NÃO CONFIGURAÇÃO . PERÍODO DE ARMAZENAGEM DO BEM, NÃO COMPROVAÇÃO..... 425

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, INAPLICABILIDADE. CRIME AMBIENTAL . PESCA ILEGAL COM REDE PREDATÓRIA 464

PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E CONSTITUCIONAIS, OBSERVÂNCIA. SUPLENTE DE DEPUTADO DISTRITAL . REMUNERAÇÃO INTEGRAL, IMPOSSIBILIDADE 598

PROTESTO ELETRÔNICO . AÇÃO DE ANULAÇÃO E ENTREGA DE DUPLICATAS . ENDOSSO MANDATO, OCORRÊNCIA . DEVOLUÇÃO DE DUPLICATAS, IMPOSSIBILIDADE 222

PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA, OFENSIVIDADE . RESPONSABILIDADE CIVIL . LIBERDADE DE IMPRENSA, LIMITES . DANO MORAL CONFIGURADO..... 565

PUBLICAÇÕES EM JORNAL VIRTUAL . OBJETIVO DE INFORMAR, EXTRAPOLAÇÃO . DANOS MORAIS, INDENIZAÇÃO..... 356

Q

QUOTAS DE SOCIEDADE COMERCIAL, TRANSFERÊNCIA . DÍVIDAS PRETÉRITAS, ASSUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE . NOVOS SÓCIOS, LEGITIMIDADE PARA COBRANÇA..... 200

R

REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, IMPOSSIBILIDADE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO . CORRUPÇÃO DE MENORES . DEPENDÊNCIA QUÍMICA, SUPOSIÇÃO 513

REGIME ESPECIAL DE APURAÇÃO DE ICMS . AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, LIMINAR . REGRAS ESTABELECIDAS, VIOLAÇÃO . LEI Nº 4.160/2008, SUSPENSÃO DA EFICÁCIA .. 57

REGRAS ESTABELECIDAS, VIOLAÇÃO . AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, LIMINAR . REGIME ESPECIAL DE APURAÇÃO DE ICMS . LEI Nº 4.160/2008, SUSPENSÃO DA EFICÁCIA 57

REMUNERAÇÃO INTEGRAL, IMPOSSIBILIDADE . SUPLENTE DE DEPUTADO DISTRITAL . PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E CONSTITUCIONAIS, OBSERVÂNCIA..... 598

RESPONSABILIDADE CIVIL . PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA, OFENSIVIDADE . LIBERDADE DE IMPRENSA, LIMITES . DANO MORAL CONFIGURADO..... 565

ROUBO CIRCUNSTANCIADO . CORRUPÇÃO DE MENORES . DEPENDÊNCIA QUÍMICA, SUPOSIÇÃO . REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, IMPOSSIBILIDADE..... 513

S

SOBREPARTILHA . VERBAS PROVENIENTES DE INDENIZAÇÃO TRABALHISTA . MEAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE . COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS, INCOMUNICABILIDADE..... 410

SOCIEDADE LIMITADA . AFFECTIO SOCIETATIS, DISSOLUÇÃO . APURAÇÃO DE HAVERES 312

SUBSCRIÇÃO COMPLEMENTAR DE AÇÕES . EMPRESA DE TELEFONIA . VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO . DATA DE APURAÇÃO..... 262

SUPLENTE DE DEPUTADO DISTRITAL . REMUNERAÇÃO INTEGRAL, IMPOSSIBILIDADE . PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E CONSTITUCIONAIS, OBSERVÂNCIA..... 598

T

TENTATIVA DE LATROCÍNIO . DESCLASSIFICAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE . PERSONALIDADE DESAJUSTADA . PENA, ADEQUAÇÃO..... 494

TORTURA E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR . VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS . AUTORIA E MATERIALIDADE, DEMONSTRAÇÃO 475

U

USO DE VAGA EXCEDENTE, CRITÉRIOS . CONDOMÍNIO . VAGAS DE GARAGEM . USUCAPIÃO, IMPOSSIBILIDADE..... 282

USUCAPIÃO, IMPOSSIBILIDADE. CONDOMÍNIO . VAGAS DE GARAGEM . USO DE VAGA EXCEDENTE, CRITÉRIOS 282

V

VAGAS DE GARAGEM . CONDOMÍNIO . USO DE VAGA EXCEDENTE, CRITÉRIOS . USUCAPIÃO, IMPOSSIBILIDADE..... 282

VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO . SUBSCRIÇÃO COMPLEMENTAR DE AÇÕES . EMPRESA DE TELEFONIA . DATA DE APURAÇÃO..... 262

VEÍCULO DE PASSEIO . AUTO DE INFRAÇÃO, NULIDADE . ALICIAMENTO DE PASSAGEIROS . LEI DISTRITAL Nº 635/95..... 372

VERBAS PROVENIENTES DE INDENIZAÇÃO TRABALHISTA . SOBREPARTILHA . MEAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE . COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS, INCOMUNICABILIDADE..... 410

VÍCIO INSANÁVEL . AÇÃO REIVINDICATÓRIA . CITAÇÃO DE UM DOS CÔNJUGES, INEXISTÊNCIA . NULIDADE DO PROCESSO 233

VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS . TORTURA E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR . AUTORIA E MATERIALIDADE, DEMONSTRAÇÃO 475

DIAGRAMAÇÃO, FOTOLITO, IMPRESSÃO E ACABAMENTO:

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 535 exemplares.