

Série
DIREITO VIVO

2

Sentenças

Coletânea de decisões cíveis e criminais

Tomo II

Série

DIREITO VIVO

2

Sentenças

Coletânea de decisões cíveis e criminais

Tomo II

M672s Miranda, Sérgio Maria Mendonça (Org.)

Sentenças : coletânea de decisões cíveis e criminais / Organização:
Sérgia Maria Mendonça Miranda...[et al]. - Fortaleza: Tribunal de
Justiça do Estado do Ceará, 2014.

407 p. Série Direito Vivo, 2, t.2

ISBN : 978-85-63490-01-8

1. Sentença - cível e criminal. 2. Ceará – Tribunal de Justiça.
I.Forte, Carlos Alberto Mendes (Org.). II. Amaral, Jucid Peixoto do (Org.).
III. Amaral Júnior, Aluísio Gurgel do (Org.). IV. Vasconcelos, Martônio
Pontes de (Org.). V. Título

CDDir: 341.4

Sérgia Maria Mendonça Miranda
Desembargadora

Carlos Alberto Mendes Forte
Desembargador

Jucid Peixoto do Amaral
Desembargador

Aluísio Gurgel do Amaral Júnior
Juiz de Direito

Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos
Juiz de Direito

Organizadores

Sentenças

Coletânea de decisões cíveis e criminais

Tomo II



Fortaleza
2014

Copyright © Série Direito Vivo 2 - Sentenças - Tomo I: Coletânea de Decisões Cíveis e Criminais

Organizadores:

Sérgia Maria Mendonça Miranda (Desembargadora)

Carlos Alberto Mendes Forte (Desembargador)

Jucid Peixoto do Amaral (Desembargador)

Aluísio Gurgel do Amaral Júnior (Juiz de Direito)

Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos (Juiz de Direito)

Todos os direitos desta edição reservados à EDITORA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

A reprodução, de qualquer parte desta publicação, será permitida desde que citada a obra.

Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Disponível também em: <http://www.tjce.jus.br>

Conselho Editorial

Desa. Sérgio Maria Mendonça Miranda - Presidenta

Des. Carlos Alberto Mendes Forte

Des. Jucid Peixoto do Amaral

Dr. Aluísio Gurgel do Amaral Júnior

Dr. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos

Editor Responsável

Mailu de Oliveira Franco Alvarenga

Colaboração Técnica e Revisão

Luciano Bezerra Furtado

Arte e Diagramação

Hugo Leonardo Guedes Monteiro

Normalização

Bibliotecária: Ismênia Souto de Araújo Andrade CRB-3/834

Divisão de Biblioteca do Departamento de Gestão de Documentos

Impressão e Acabamento

Departamento Editorial e Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Centro Administrativo Governador Virgílio Távora

Avenida General Afonso Albuquerque de Lima S/N

Cambeba - Fortaleza - CE - CEP: 60.822-325

Fone: (85) 3207.7000

www.tjce.jus.br / biblioteca@tjce.jus.br

email: editora@tjce.jus.br

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Presidente

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Vice-Presidente

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Corregedor Geral da Justiça

Des. Francisco Sales Neto

TRIBUNAL PLENO

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido - Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Des. Rômulo Moreira de Deus

Desa. Maria Iracema Martins do Vale

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Des. Francisco Sales Neto

Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo

Des. Francisco Pedrosa Teixeira

Desa. Vera Lúcia Correia Lima

Des. Francisco Suenon Bastos Mota

Des. Clécio Aguiar de Magalhães

Des. Francisco Barbosa Filho

Des. Paulo Camelo Timbó

Des. Emanuel Leite Albuquerque

Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda

Des. Jucid Peixoto do Amaral

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte

Desa. Francisca Adelineide Viana

Des. Durval Aires Filho

Des. Francisco Gladyson Pontes

Des. Valdsen da Silva Alves Pereira

Des. Francisco Darival Beserra Primo

Des. Francisco Bezerra Cavalcante

Des. Inácio de Alencar Cortez Neto

Des. Washington Luis Bezerra de Araújo

Des. Carlos Alberto Mendes Forte

Des. Teodoro Silva Santos

Des. Carlos Rodrigues Feitosa

Desa. Maria Iraneide Moura Silva

Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite

Des. Francisco Gomes de Moura

Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes

Desa. Maria Gladys Lima Vieira

Desa. Lisete de Sousa Gadelha

Des. Raimundo Nonato Silva Santos

Des. Paulo Airton Albuquerque Filho

Desa. Maria Edna Martins

Des. Mário Parente Teófilo Neto

Apresentação

Vencido o desafio inaugural da imaginada e utilíssima obra - *Direito Vivo* -, mercê da obstinada ideia do Prof. Desembargador Francisco de Assis Filgueiras Mendes, então Presidente do Conselho Editorial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, e que contou materializada com a organização e coordenação da operosa Des. SÉrgia Maria Mendonça Miranda para o Volume 1, **Liminares**, coube-nos a já desbravada tarefa de coordenar o *Direito Vivo*, **Volume 2, Tomo I e II – SENTENÇAS**, coletânea de soluções recolhidas a partir da contribuição de juizes e desembargadores quando da missão de distribuir justiça e paz social.

Se o impacto do primeiro volume – **LIMINARES** – serviu para divulgar o socorro imediato ao jurisdicionado através de liminares, deferidas logo nos primeiros momentos do processo, o provimento do direito perseguido, este segundo volume traz consigo o resultado de uma convicção ainda mais sólida, mercê do contraditório na defesa ampliada, consagrados no âmbito da lide. A sentença, *lato sensu*, por estas e outras razões traz para a sociedade a segurança jurídica que todos do povo desejamos.

As matérias debatidas com afincos pelos diversos operadores do direito, notadamente pelos advogados das partes – são estes que levam ao judiciário a angústia dos seus constituintes formulando a pretensão ou a sua resistência – constam desta obra. Podem não ser julgados inusitados ou que constituam momento novo no direito. São na verdade resoluções mais amadurecidas, às vezes gestadas em noites insones ou que estejam à mercê de precedentes dos tribunais superiores. O fundamental é que trazem motivação peculiar, muitas derivadas destes mesmos invocados precedentes superiores, fruto de uma interpretação mais complexa e sistêmica do direito. Alguns julgados, vários já confirmados em grau de recursos, ampliam os horizontes da aplicação da norma e outros até ousam romper a difícil fronteira que nos é imposta pelos paradigmas jurídicos. O que importa afinal é sua eficácia, é manter o direito vivo. Se ele nasce e respira quando do provimento liminar, ele vivifica fortemente nas sentenças, apelações ou no julgamento dos agravos de instrumento.

É de **Piero Calmandrei** na sua inafastável obra **ELES OS JUÍZES, vistos por um advogado**, que colho o seguinte: “ *O direito, enquanto ninguém o perturba e o contraria, nos rodeia, invisível e impalpável como o ar que respiramos, inadvertido como a saúde, cujo valor só compreendemos quando percebemos tê-la perdido. Mas, quando é ameaçado e violado, então, descendo do mundo astral em que repousava em forma de hipótese até o mundo dos sentidos, o direito encarna no juiz e se torna expressão concreta de vontade operativa através da sua palavra*” Está consignado no primeiro capítulo da *fé nos juízes primeiro requisito do advogado*.

É pois com esta concepção ideológica e forjada no espírito da melhor aplicação do direito que entregamos o **Volume 2, do Direito Vivo, SENTENÇAS, tomo I e II**, naturalmente mais caudalosos, exatamente por que fruto deste já delineado estudo mais aprofundado das matérias postas em debate, de argumentos e provas levadas ao conhecimento do JUIZ.

Nossos agradecimentos aos nominados abaixo, servidores desta Casa, sem os quais este trabalho não se realizaria.

Luciano Bezerra Furtado,
Harimilton Gonçalves Vieira,
Hugo Leonardo Guedes Monteiro,

Desembargador Carlos Alberto Mendes Forte
Coordenador

Sumário

Ação Anulatória c/c Pedido de Tutela Antecipada	13
Alvará Judicial - Autorização para Promover a Interrupção de Gestação	19
<i>José Ricardo Costa D'Almeida</i>	
Ação de Reintegração de Posse	25
Ação Ordinária Revisional de Contrato - Declaração de Inexistência de Relação Jurídica	35
<i>Josias Menescal Lima de Oliveira</i>	
Apelação Cível em Ação Pauliana	49
Apelação Cível - Reexame Necessário - Fornecimento de Medicamentos a Paciente Hipossuficiente	57
<i>Jucid Peixoto do Amaral</i>	
Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa	67
Ação Penal Pública - Artigo 1º, Inciso XIII do Decreto-Lei nº 201/67	75
<i>Leonardo Afonso Franco de Freitas</i>	
Ação Revisional de Cláusula Contratual - Declaratória de Nulidade e Repetição de Indébito com pedido de Tutela Antecipada	89
<i>Lira Ramos de Oliveira</i>	
Ação Cominatória Cumulada com Pedido de Compensação por Danos Morais	95
Apelação - Plano de Saúde - Incidência do CDC	101
<i>Lisete de Sousa Gadelha</i>	
Ação de Improbidade Administrativa Proposta Contra Ex-Prefeito	107
Ação Penal Pública Incondicionada - Crime Previsto no Art. 217-A do Código Penal - Estupro de Vulnerável	113
<i>Luciano Nunes Maia Freire</i>	
Ação Civil Pública	123
Ação Civil Pública - Apelação e Reexame Necessário	133
<i>Luis Eduardo Grião Mota</i>	

Ação Penal Pública - Art. 33 da Lei nº 11.343/06	143
Ação Penal Pública - Arts. 129, §9º do CPB	153
<i>Magno Gomes de Oliveira</i>	
Ação Rescisória em Ação de Reconhecimento de União Estável	157
Apelação Cível - Reclamação Trabalhista	175
<i>Manoel Cefas Fonteles Tomaz</i>	
Agravo de Instrumento Interposto Contra Decisão que Defere Parcialmente Medida Liminar em Sede de Mandado de Segurança	181
Apelação Cível - Direito Autoral	191
<i>Maria Nailde Pinheiro Nogueira</i>	
Ação de Reparação de Danos	201
Ação de Restituição de Tributo	221
<i>Maria Valdileny Sombra Franklin</i>	
Ação de Anulação de Registro de Nascimento	229
Ação de Regulamentação do Direito de Visita de Menor	233
<i>Maria Marleide Maciel Queiroz</i>	
Ação - Reparação por Danos Morais	241
Ação de Anulação de Casamento	249
<i>Maria Regina Oliveira Câmara</i>	
Análise do Auto de Prisão em Flagrante com a Conversão da Prisão em Flagrante em Medidas Acauteladoras Diversas	257
Análise do Auto de Prisão em Flagrante com a Conversão da Prisão em Internação em Hospital Psiquiátrico	263
<i>Marlúcia de Araújo Bezerra</i>	
Ação Anulatória de Contrato Cumulada com Pedido de Reparação de Danos Morais	269
Mandado de Segurança com Pedido de Liminar	275
<i>Maurício Fernandes Gomes</i>	

Ação Penal Pública	281
Michel Pinheiro	
Pedido de Desaforamento	293
Revisão Criminal	299
Paulo Camelo Timbó	
Ação Ordinária com Pedido de Tutela Antecipada	305
Ação Ordinária de Repetição de Indébito	311
Paulo de Tarso Pires Nogueira	
Agravo de Instrumento - Mandado de Segurança com Pedido de Tutela Antecipada	317
Apelação Cível - Transporte Marítimo de Mercadorias	325
Sérgia Maria Mendonça	
Ação de Reintegração de Posse	335
Ação Penal - Tráfico e Associação para o Tráfico	343
Tácio Gurgel Barreto	
Agravo de Instrumento - Guarda Provisória	351
Agravo Regimental em Face de Decisão Monocrática que Julgou Procedente o Pleito Autoral - Consumidor - Contrato de Plano de Saúde	355
Teodoro Silva Santos	
Ação Cautelar Inominada Preparatória de Ação Ordinária Anulatória de Ato Administrativo	361
Ação de Desconstituição de Débito com Reparação de Danos	373
Tiago Dias da Silva	
Apelação em Ação de Adoção - Guarda da Menor	383
Apelações Cíveis - Ação Revisional de Cláusula Contratual	389
Váldsen da Silva Alves Pereira	
Agravo Regimental em Madado de Segurança	399
Apelação - Ato Infracional	403
Vera Lúcia Correia Lima	

Ação Anulatória c/c Pedido de Tutela Antecipada

José Ricardo Costa D'Almeida

SENTENÇA

Vistos etc.

Trata-se de ação ordinária denominada de anulatória c/c pedido de tutela antecipada, proposta (...) em desfavor do Município e da Câmara Municipal de (...).

Informa, em síntese, ter sido prefeito do Município de (...) no período de 1993 a 1996. Esclarece que no dia 20/09/2000, a Câmara Municipal de (...), por maioria de seus membros, desaprovou as contas de gestão do exercício de 1996 do Executivo Municipal, de responsabilidade do autor, relativos ao processo nº 4.754/97 e Acórdão nº 1681/99 do TCM que remeteu parecer prévio à Câmara Municipal, para a devida apreciação.

Aduz ainda que o julgamento realizado pela Câmara Municipal de (...) ocorreu sem observância ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, haja vista que o promovente não foi notificado para se fazer presente no processo de julgamento das contas de governo do ano de 1996. Narra ainda que inexistem pareceres das comissões existentes, bem como motivação da desaprovação e do indispensável decreto legislativo que culminou com a mencionada desaprovação.

Defende ainda a possibilidade de revisão dos atos do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.

Aduz também que não resta motivo fático para o parecer prévio do TCM ser pela desaprovação, pois os fatos cabem justificativa, como assim apresentou às fls. 17/23.

A pede a princípio a tutela antecipada, no sentido de serem suspensos os efeitos da sessão realizada em 20/09/2000, em que a Câmara Municipal de (...) desaprovou as contas de governo do ano de 1996 do Executivo Municipal, decorrentes do Acórdão 1681/99, e processo nº 4.754/97, oriundo do TCM. Ao final pede a procedência do pedido, no sentido de ser declarada a nulidade do julgamento das referidas contas, pela Câmara Municipal de (...).

Com a inicial juntou os documentos das fls. 30/81.

Os promovidos foram citados às fls. 87.

A Câmara Municipal de (...) apresentou contestação com documentos às fls. 88/121. Na oportunidade, alegou, em síntese, que não houve cerceamento de defesa, tendo em vista que foi assegurado ao promovente no processo administrativo junto ao TCM, o contraditório e a ampla defesa. Ao final, pediu a improcedência do pedido. O Município de (...) nada apresentou como resposta à ação.

Consta ofício às fls. 163 informando que não foram encontrados nos arquivos da Câmara Municipal de (...), citação, notificação ou intimação, para que fosse franqueada ao autor o contraditório e a ampla defesa.

O Ministério Público interveio às fls. 170/171, opinando pela procedência do pedido.

Decido.

De acordo com o art. 330, do Código de Processo Civil, o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência (inc. I).

A matéria envolvida no presente feito não exige maior digressão. Entendo que não há mais provas a produzir ou discussão sobre fatos que já não estejam comprovados documentalente.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Paraná já decidiu que:

“O julgamento antecipado da lide não caracteriza cerceamento de defesa, se os fatos alegados estão devidamente comprovados, podendo dispensar-se as provas em audiência” (TJPR - AC 1.301/85 - 2ª C. - Rel. Des. Ossian França - RJ 118/186).

Os autos trazem a documentação suficiente, embasando cada um dos argumentos suscitados. Não há necessidade de se juntar novas peças ou de se ouvir pessoas, motivo pelo qual o julgamento antecipado da lide se impõe e não importará em cerceamento de defesa.

Preliminarmente, fica afastado do pólo passivo da lide o Município de (...), pois, a Câmara Municipal de (...), apesar de não possuir capacidade jurídica, tem legitimidade para estar em juízo quando atuar em defesa de suas prerrogativas institucionais, ocasião em que lhe é conferida a chamada personalidade judiciária. Precedentes: Reexame Necessário nº 1.0133.04.018397-1/001(1), 7ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Wander Marotta, j. 11.12.2007, unânime, Publ. 26.02.2008; Apelação Cível nº 1.0338.00.002426-9/001(1), 4ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Moreira Diniz, j. 25.01.2007, unânime, Publ. 02.02.2007. Dessa forma, entendo não ser hipótese de litisconsórcio passivo necessário entre o Município e a Câmara Municipal, ficando, como dito, excluído do pólo passivo da demanda o município em questão.

No caso em análise entendo que afluíu inequívoco o desrespeito ao direito do contraditório e ampla defesa prévia, no que se refere ao julgamento da contas indicadas.

Compulsando os autos, em especial a manifestação e os documentos apresentados pela parte promovida às fls. 163, se observa inexistência de oportunidade de defesa referente ao citado julgamento realizado na sessão de 20/09/2000, relativo ao processo nº 4.754/97 do TCM, por parte da Câmara Municipal de (...).

Verifica-se ainda, que não houve notícia de elaboração do parecer da Comissão de Finanças da Câmara Municipal de (...), como assim ordena o artigo 38, IV, do regimento interno daquela casa legislativa. Do mesmo modo, não havendo sequer tal parecer da mencionada comissão, não foi realizado qualquer ato de notificação prévia para o exercício de ampla defesa por parte do promovente, haja vista o julgamento, embora político, que se sucederia momentos depois.

Observa-se também que não há qualquer indicativo, consoante os documentos apresentados pela promovida, de que efetivamente tenha sido o autor notificado ou comunicado de forma idônea para o pleno exercício do contraditório e ampla defesa, ainda que se tratando de julgamento político a cargo da Câmara Municipal.

É cediço que o direito ao contraditório e à ampla defesa devem ser concedidos antes de qualquer julgamento, seja ele administrativo, político ou judicial, permitindo assim que o sujeito ao julgamento possa amplamente apresentar suas justificativas.

Assevere-se que o argumento de já ter sido franqueado o contraditório e ampla defesa quando do procedimento administrativo que tramitou no TCM, e que gerou o Acórdão de nº 1681/99, não é razão suficiente para não ser concedido o contraditório quando do julgamento pela casa legislativa ré.

De tal modo, o que se observa, é que não foi garantido o direito ao contraditório e a ampla defesa por ocasião do julgamento das contas do autor, referente ao processo nº 4.754/97, na sessão de 20/09/2000, pela Câmara Municipal de (...). Ademais, para tanto, necessária ter sido feita a intimação prévia, por parte da Câmara Municipal, por meio idôneo, para que o responsável pelas contas tivesse tempo hábil para formular sua defesa, ainda que se trate de julgamento político.

Como não bastasse, como acima dito, não se tem notícia sequer do relatório da comissão de finanças, o que se conclui que o mesmo inexistente, acarretando afronta ao artigo 38, IV, do regimento interno da Câmara Municipal de (...).

Do mesmo modo, consoante documento das fls. 57, também não foram editados os decretos acerca da desaprovação, decorrentes da mencionada sessão.

No que se refere ao direito de ampla defesa e contraditório em julgamentos dessa espécie, acosto os seguintes arestos que bem exemplificam a questão:

(TJMG-081593) AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DA DECISÃO DECORRENTE DO JULGAMENTO DE CONTAS PÚBLICAS REALIZADO POR CÂMARA LEGISLATIVA MUNICIPAL. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DESRESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. DECISÃO INSUBSISTENTE. *Hodiernamente, não há espaço para que se proceda a julgamentos, sejam eles políticos, administrativos ou judiciais, em desrespeito aos postulados democráticos da ampla defesa e do contraditório. Assim, a decisão decorrente do julgamento realizado nessas circunstâncias é insubsistente. (Reexame Necessário nº 1.0708.03.004776-3/001, 1ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Geraldo Augusto. j. 04.07.2006, unânime, Publ. 21.07.2006).*

(TJMG-062486) DIREITO ADMINISTRATIVO. JULGAMENTO DAS CONTAS DO PREFEITO. PODER/DEVER DA CÂMARA MUNICIPAL. ARTS. 29, XI E 31, CF. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. JULGAMENTOS NULOS. DECISÃO MANTIDA. 1. *Constituindo-se a fiscalização do Poder Executivo, notadamente no julgamento das contas do Prefeito, prerrogativa da Câmara Municipal, é apenas dela a competência para figurar no pólo passivo de ação que questiona suas decisões. 2. Tratando-se de medida que pode gerar sérias conseqüências ao Gestor Municipal, tanto a doutrina como a jurisprudência (inclusive endossada pelo STF) são no sentido de que se deve assegurar a ele, no julgamento de suas contas, a observância aos princípios da ampla defesa e contraditório. (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0084.05.000616-6/001, 5ª Câmara Cível do TJMG, Botelhos, Rel. Nepomuceno Silva. j. 02.02.2006, unânime, Publ. 14.03.2006).*

RECURSO OFICIAL - AÇÃO ORDINÁRIA - PREFEITO MUNICIPAL - JULGAMENTO DE CONTAS PELA CÂMARA MUNICIPAL - INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL - RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO. I- *Não constam nos autos quaisquer provas, ou mesmos indícios, de que o recorrido tenha sido notificado para exercer seu direito de defesa, com relação ao julgamento das contas de sua gestão como prefeito municipal, o que constitui ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, inc. LV, do texto constitucional. II- Tanto nos processos judiciais como nos administrativos faz-se imprescindível a oportunidade de ampla defesa aos acusados (CF/1988, art. 5º, inc. LV), sendo conferida aos mesmos a possibilidade de trazer para o processo as provas necessárias e úteis para o esclarecimento da verdade, sob pena de mácula a todo o procedimento. III- (...) IV- Recurso conhecido, mas desprovido. (Apelação Cível nº 2000.0001.8403-0/1, 2ª Câmara Cível do TJCE, Rel. Desa. Gizela Nunes da Costa. j. 09.05.07, publ. 06.06.07.)*

No que concerne ao mérito do parecer do TCM, hei por bem, no entanto, não julgar pela procedência do pedido inicial, nessa porção específica do pedido, haja vista que o fato de ser nulo o julgamento feito pela câmara relativo às mencionadas contas,

tendo em vista irregularidades formais, não implica necessariamente a inexistência de improbidade, isso porque tal julgamento é meramente político, não tendo o poder de afastar eventual improbidade, circunscrita tal que deverá ser provocada por quem de direito, por meio do procedimento adequado.

Diante do exposto, nos termos do artigo 269, I, do CPC, acolhendo inclusive o parecer do Ministério Público, julgo procedente em parte o pedido inicial, oportunidade em que declaro nulo o julgamento realizado pela Câmara Municipal de (...), referente ao processo nº (...), e do Acórdão (...) do TCM, objeto de julgamento da referida casa legislativa, na sessão de 20/09/2000, por vício de ordem formal. Por conseguinte, concedo os efeitos da tutela antecipada requestada, no sentido de tornar suspenso os efeitos da referida sessão, no tocante o julgamento da citada conta de governo do exercício de 1996.

Condeno ainda a parte promovida no pagamento de honorários de advogado, arbitrados no percentual de 10% do valor da causa.

Decorrido o prazo recursal voluntário, encaminhe-se os autos à apreciação do Egrégio Tribunal de Justiça, haja vista o artigo 475, I, do CPC.

P.R.I.

Granjeiro - CE, 12 de fevereiro de 2010

José Ricardo Costa D'Almeida
Juiz de Direito

Alvará Judicial - Autorização para Promover a Interrupção de Gestaçã

José Ricardo Costa D'Almeida

SENTENÇA

Vistos etc.

Trata-se, em síntese, de pedido de expedição de alvará, onde se almeja autorização para promover a interrupção de gestaçã da pessoa de (...), que se encontra grávida de um feto anencéfalo.

Narra a requerente que em decorrência de recente laço matrimonial veio a engravidar. No entanto, ao fazer o primeiro exame ecográfico, a cargo do Dr. (...), não foi visualizado a calota craniana fetal, se diagnosticando assim, anencefalia. Do mesmo modo, realizou outro exame, em data posterior, na Clínica de Imagem Especializada do Dr. (...), onde no mesmo sentido, foi detectada a ausência de calota craniana, com proemiência de órbitas oculares e do tecido cerebral exposto, resultando assim características de acrania.

Informa ainda, que na busca de maiores esclarecimentos, foi cientificada pelo médico que a atendeu acerca da impossibilidade de sobrevivida do feto, consoante atestado pelo Dr. (...). Do mesmo modo, foi informado à autora, que não raro, a gravidez de tal porte gera acentuado risco à vida da gestante, perigo este que não pretende incorrer, haja vista intencionar mais uma vez a busca de ter uma prole. Articula acerca do direito de ter interrompida a gravidez, tendo em vista tais condições peculiares.

Requer ao final autorização para interrupção da gravidez, para assim, poder sanar o sofrimento enfrentado, protegendo inclusive sua integridade psicológica, tendo em vista está gestante de feto anencéfalo.

Com a inicial foram juntados os documentos das fls. 07/14, em especial, os documentos das fls. 11, 12, 13 e 14, que atestam, respectivamente, diagnostico de anencefalia e incompatibilidade de vida extra uterina do feto, consoante exames realizados nas datas de 18/03/2010, 23/03/2010 e atestado do dia 07/04/2010.

O Ministério Público interveio às fls. 16/19, opinando pela procedência do pedido.

É o brevíssimo relato. Decido.

Preliminarmente, sobre as características da anencefalia, reproduzo a manifestação de José Aristodemo Pinotti, Professor Titular de Ginecologia da USP:

A anencefalia é resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese. As evidências têm demonstrado que a diminuição do ácido fólico materno está associada com o aumento da incidência, daí sua maior frequência nos níveis socioeconômicos menos favorecidos. O Brasil é um país com incidência alta, cerca de 18 casos para cada 10 mil nascidos vivos, a maioria deles do sexo feminino. O reconhecimento de concepto com anencefalia é imediato. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Hoje, com os equipamentos modernos de ultra-som, o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples e pode ser realizado a partir de 12 semanas de gestação. A possibilidade de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula. Não é necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfa-fetoproteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese. A maioria dos anencéfalos sobrevivem no máximo 48 horas após o nascimento. Quando a etiologia for brida amniótica podem sobreviver um pouco mais, mas sempre é questão de dias. As gestações de anencéfalos causam, com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrâmnio (excesso de líquido amniótico), levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado. (<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia2.htm> e <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=8648.458>, acessos em 06.04.2010).

Percebe-se, pois, que tal anomalia fetal é incurável e leva irremediavelmente à morte do feto e riscos para a gestante, sem contar no drama, na dor, na amargura, e na situação que deprime e afeta psicologicamente a gestante e sua família, sendo destarte situação degradante.

Certo que um feto anencéfalo em nenhum momento, ainda que venha a nascer, não terá condição de sobreviver por lhe faltar condição essencial para uma existência no plano biológico e muito menos no sentido da dignidade social. Do mesmo modo não se pode esquecer no sofrimento que esta mãe teria ao enfrentar durante nove meses até chegar o dia do parto (se chegar, diante do alto risco de morte intra-uterina) e se deparar com o vazio de um filho que não vai resistir.

A medida é urgente e merece uma atenção especial para evitar o maior sofrimento desta mãe que, em caso contrário, terá que endurecer o coração diante da inevitável morte do esperado filho. Sobre tal circunstância, acosto manifestação do Ministro Carlos Ayres Britto em seu voto de vista sobre a admissibilidade da ADPF proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), sobre o tema, que tramita no Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que acompanhou o voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, quando disse:

“Em suma, no que interessa aos fundamentos da analogia in mellius aqui exposta, a anencefalia é coisa da natureza. Embora como um desvio ou mais precisamente um desvario, não há como recusar à natureza esse episódico destrambelhar. Mas é cultural que se lhe atalhe aqueles efeitos mais virulentamente agressivos de valores jurídicos que tenham a compostura de proto-princípios, como é o caso da dignidade da pessoa humana. De cujos conteúdos fazem parte a autonomia de vontade e a saúde psico-físico-moral da gestante. Sobretudo a autonomia de vontade ou liberdade para aceitar, ou deixar de fazê-lo, o martírio de levar às últimas conseqüências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos estágios: o estágio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê involucrado numa mortalha. Experiência quiçá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor Chico Buarque de Hollanda (“A saudade é o revês de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu”), pois o fruto de um parto anencéfalo não tem sequer um quarto previamente montado para si. Nem quarto nem berço nem enxoval nem brinquedos, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este mundo de Deus.”

Assevera-se, por sua vez, que os documentos acostados, em especial os das fls. 11 a 14, indicam certeza plena da má formação supramencionada, ou seja, de que (...) tem em seu ventre um feto portador de anencefalia, portanto, sendo de vida inviável, e que por conseqüência pode trazer complicações para a saúde da gestante-autora, pois o risco de morte intra-uterina não deixa de ser presente, sendo a permanência do feto no útero fator de risco para a requerente, haja vista gravidez de risco.

Observe-se ainda que o médico que assina o atestado constante às fls. 14 é categórico em afirmar que a autora-gestante gera um feto com má formação, tendo em vista ausência de calota craniana e massa cerebral disforme e exposta, havendo incompatibilidade com vida do futuro nascituro, ou seja, o feto é incompatível com a vida extra-uterina. Do mesmo modo, os exames acostados às fls. 11, e 12/13, realizados respectivamente nas datas de 18/03/2010 e 23/03/2010, são assinados por médicos especialistas, e indicam a presença de feto anencéfalo, pois inexistente calota craniana, caracterizando a acrania.

Deve ser salientado, ainda, que os recursos de que são dotados os aparelhos de ultra-sonografia modernos tornam praticamente nula a possibilidade de um erro no diagnóstico, além do que quanto mais cedo for interrompida a gravidez menor o risco sofrido pela gestante, ante o afastamento dos fatores que o agravariam no momento do parto.

Observe-se que na espécie, se está diante de situação em que se faz necessária a interrupção da gestação ou a antecipação terapêutica do parto, não sendo pois, caso propriamente de aborto.

Pondere-se que o feto que se encontra no ventre da autora, não tem cérebro, e assim sendo, já se encontra inviável para a vida. Do mesmo modo, se asseverar que do ponto de vista médico-científico, reconhecido pelo legislador brasileiro a partir da Lei nº 9.434/97, a morte cerebral põe fim a vida humana. Daí se inferir, conforme o (...), doutor em direito penal, que se a morte cerebral indica ausência de vida humana, permitindo o transplante de órgãos, o que se concluir acerca de um feto anencéfalo, com incompatibilidade para vida extra-uterina, como assim diagnosticado pelo médico subscritor do atestado e dos exames?

Assim sendo, o momento é de preservar a dignidade da autora, inclusive do ponto de vista de sua saúde, bem como de evitar mais dor, sofrimento, amargura e falta de dignidade.

Não se pode esquecer que é dever do Estado preservar a dignidade da pessoa humana, impondo-se um dever de respeito e proteção, devendo, pois, ser preservada a vida mais viável, no caso, a da autora, pois, (...) ainda é uma mulher jovem, inclusive pode tentar gerar outras vidas, não sendo razoável colocar em risco sua vida e dignidade, inclusive psicológica, ante um feto anencéfalo comprovadamente inviável para a vida.

Quanto a interrupção da gravidez em casos dessa natureza, a doutrina brasileira vem construindo base sólida de argumentos que justificam a interrupção da gestação, e não é diferente a posição das decisões judiciais sejam monocráticas ou colegiadas, como se pode verificar nos arestos a seguir, inclusive restando de logo afastada o caráter de conduta delituosa:

(TJPE-024044) DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE ALVARÁ JUDICIAL PARA INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - FETO ANENCÉFALO - APELAÇÃO CÍVEL - IMPOSSIBILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA - EMBASAMENTO DA POSSIBILIDADE COM ESTEIO EM CAUSA SUPRA-LEGAL AUTÔNOMA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE POR INEXIGÍVEL OUTRA CONDUTA - LEGITIMADA A PRETENSÃO DA GESTANTE NA ANTECIPAÇÃO DO PARTO DE FETO COM ANOMALIA QUE O TORNA INCOMPATÍVEL COM A VIDA - APELAÇÃO A QUE SE DEU PROVIMENTO - DECISÃO UNÂNIME. 1 - Demonstrado nos autos a inviabilidade da gravidez em razão da geração de feto anencéfalo, desprovido de cérebro e sistema nervoso, segundo Laudo Médico (fls. 24) e Perícia Médica (fls. 61). Uma vez morto o feto, não há que se falar em aborto, nem mesmo em crime. 2 - Considerando-se diversas manifestações técnicas sobre a matéria em exame, sendo a anencefalia uma malformação irreversível, expõe a gestante a sérios riscos de saúde com a morte do feto ainda no ambiente intra-uterino, com possibilidade de infecções graves e outras intercorrências. 3 - A inviabilização da prática de retirada do feto se caracterizaria como atraso nas relações sociais, considerando-se a mutabilidade do Poder Judiciário face às alterações presentes no contexto social. 4 - Unanimemente, foi dado provimento ao recurso de apelação.

(Apelação Cível nº 0165273-3, 6ª Câmara Cível do TJPE, Rel. Antônio Fernando de Araújo Martins. j. 18.03.2008, unânime, DOE 18.04.2008).

(TJRN-000586) PENAL E PROCESSUAL PENAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO. SENTENÇA CONCESSIVA DE HABEAS CORPUS. Alvará de autorização para interrupção de gestação. Feto portador de anencefalia. Impossibilidade de sobrevivência após o nascimento. Prolongamento da gestação a implicar sério risco à saúde da gestante. Autorização concedida. Recurso conhecido e improvido. (Remessa Ex Officio nº 2007.000867-4, Câmara Criminal do TJRN, Rel. Clotilde Madrugá Alves Pinheiro. j. 30.03.2007, maioria).

(TJMG-186860) APELAÇÃO - PRETENSÃO FUNDADA EM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL CONCRETIZADO NO CASO VERTENTE - LIMITAÇÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL - INIDONEIDADE PARA CARACTERIZAR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO - SENTENÇA - EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - CONDIÇÕES DE IMEDIATO JULGAMENTO - POSSIBILIDADE DE PERDA DE OBJETO DA AÇÃO - JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO PELO TRIBUNAL - POSSIBILIDADE - DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO - INEXISTÊNCIA - CONFLITO - MÉTODO DE SOLUÇÃO - FETO - INVIABILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA - DIGNIDADE DA GESTANTE E SUA AUTONOMIA - PREPONDERÂNCIA - AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. 1 - Fundada a pretensão em princípios constitucionais cuja concretização no caso vertente é inequívoca, a existência de impeditivos infraconstitucionais não são oponíveis, asseverada a supremacia da Constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico, o que impede a caracterização da impossibilidade jurídica do pedido formulado, devendo ser conhecido e solucionado o conflito normativo existente. 2 - Tendo sido proferida sentença em que se extinguiu o processo sem resolução do mérito, pode o Tribunal apreciar desde logo o mérito da ação, desde que a causa esteja em condições de imediato julgamento, mormente na hipótese em que se constata que o retorno dos autos à origem pode ensejar a perda de objeto da ação, comprometendo irremediavelmente a efetividade do processo. 3 - Nenhum direito fundamental é absoluto, devendo o conflito de princípios constitucionais ser resolvido mediante juízo de ponderação no qual se avalia, no caso concreto, a preponderância de uma norma sobre a outra, segundo os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade. 4 - Comprovado no caso concreto a incompatibilidade do feto com a vida extra-uterina, torna-se desproporcional e desarrazoada a imposição de manutenção da gravidez que ocasiona incomensuráveis abalos psíquicos a gestante, sacrificando injustificadamente a dignidade desta, o que enseja seu direito à interrupção da gravidez, cessando o prolongamento do sofrimento por ela experimentado. (Apelação Cível nº 1.0686.09.235524-3/001(1), 9ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Pedro Bernardes. j. 09.06.2009, unânime, Publ. 15.06.2009).

(TJSC-042275) APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ DE FETO ANENCEFÁLICO DEFERIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PRETENDENDO A REFORMA DA DECISÃO. LEI Nº 9.434/97 QUE ESTABELECEU O CONCEITO DE MORTE A PARTIR DA PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES DO ENCÉFALO. Deformidade que exclui o conceito jurídico de vida. Cessação da gestação que não configura crime de aborto ante a ausência do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. Decisum mantido. Recurso desprovido. Expedição incontinenti de alvará judicial autorizando a intervenção terapêutica de gravidez.(Apelação Criminal nº 2008.021736-2, 3ª Câmara Criminal do TJSC, Rel. Torres Marques. unânime, DJ 17.06.2008).

Verifica-se, por fim, que a rigor, a doutrina e a jurisprudência dominante entendem que neste caso de feto anencéfalo se está diante de uma impossibilidade de vida, faltando assim elemento essencial ao tipo previsto no art. 124, do CP, qual seja, a possibilidade da vida como bem tutelado penalmente e no sentido também protegido constitucionalmente. Neste sentido, a interrupção da gravidez nessas condições se caracteriza em fato atípico, sendo possível, pois, a interrupção da gravidez.

Diante do exposto, nos termos dos artigos 5º, III e 196 da CF/88, bem como acolhendo a manifestação favorável do Ministério Público, julgo procedente o pedido, para AUTORIZAR a interrupção da gravidez de (...), relativo ao diagnosticado às fls. 11 a 14, nas datas de 18/03, 23/03 e 07/04, de 2010, determinando a expedição de Alvará autorizativo aos médicos que a acompanham ou a outro médico habilitado para tal, inclusive devendo a necessária intervenção médica ocorrer no hospital local ou em hospital de referência da região, onde devem ser observados os padrões médico-científicos para efetuar a antecipação terapêutica do parto. Deverá, por fim, o médico responsável ou a equipe médica responsável, avaliar as condições e a melhor oportunidade para realizar a intervenção de interrupção da gravidez da autora, comunicando-se ao juízo no prazo de 10 dias o resultado da intervenção autorizada.

Sem custas, devido a gratuidade deferida.

Cumpra-se com os demais expedientes necessários. Após, com a juntada da comunicação médica acima indicada, archive-se com as cautelas legais.

Ciência ao Ministério Público.

P.R.I.

08 de abril de 2010

José Ricardo Costa D'Almeida
Juiz de Direito

Ação de Reintegração de Posse

Josias Menescal Lima de Oliveira

SENTENÇA

RELATÓRIO

A Instituição Financeira acima explicitada ingressou com esta Ação de Reintegração de Posse, anexando ao pedido documentação.

Custas pagas.

Eis, pois, o singelo relato.

DECIDO.

FUNDAMENTAÇÃO

DA QUESTÃO DA EMENDA

Há – forçoso reconhecer – diversas irregularidades na Inicial e documentos acostados.

Mas, em verdade, a ação NÃO PODE ter regular prosseguimento, razão pela qual passo a decidir, de pronto.

DA NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO OU PROTESTO.

Pretende o Autor seja apreendido bem que o(a) Devedor(a) deu em garantia de obrigação pactuada com o(a) Promovente.

Ora, para requerer tal tipo de ação, tem o Autor que, primeiramente, provar a CONSTITUIÇÃO EM MORA do(a) Promovido(a), o que é feito por intermédio de NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ou do Protesto.

No caso da Busca e Apreensão, reza o Decreto-Lei n.º 911/69 que “a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor” (art. 2º, § 2º).

Não difere a questão, no tocante à reintegração de posse.
Isto porque a Súmula 369 do Superior Tribunal de Justiça assim dispõe:

No contrato de arrendamento mercantil (leasing), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora.

Assim, se é certo que a jurisprudência vem entendendo que a mora constitui-se ex re, também o é que é IMPRESCINDÍVEL A COMPROVAÇÃO DESTA, o que faz por meio da notificação.

Veja-se, a este respeito, o seguinte julgado:

Não basta a mora; é essencial a comunicação, tal como estabelecida no art. 2º¹ 2

Do mesmo modo:

Constitui requisito para a propositura da ação reintegratória a notificação prévia da arrendatária, mencionando-se o montante do débito atualizado até a data do ajuizamento e fornecendo-se desde logo os elementos necessários para a sua determinação final. Recurso especial não conhecido. ³

À doutrina, colhe-se idêntica posição. ORLANDO GOMES assim comenta:

Nas dívidas garantidas por alienação fiduciária, a mora constitui-se ex re. Reza, com efeito, a lei que decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento. Aplica-se, por conseguinte, a regra *dies interpellat pro homine*. Desnecessária, desse modo, a interpelação. Procedeu o legislador corretamente ao dispensá-la, por não justificar a exigência da reclamação do cumprimento nas dívidas líquidas com termo certo. Deve, assim, ser a prestação espontaneamente oferecida pelo devedor, no vencimento, sob pena de incorrer na mora. Contudo, exige a lei, para a sua comprovação, que o credor se documente, praticando ato que torne inequívoco o comportamento do devedor. Esse ato poderá ser, à escolha do credor:

- a) comunicação ao devedor mediante carta registrada expedida pelo oficial do cartório do registro de títulos e documentos;
- b) protesto do título.

1 RTJ 102/682, JTA 96/74.

2 *Apud* THEOTÔNIO NEGRÃO, in *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 29 ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 776, comentário 2 ao art. 2º do Decreto-Lei n.º 911/69.

3 Acórdão RESP 149301/RS; RECURSO ESPECIAL (1997/0066697-2), STJ-4ª Turma, rel. Min. BARROS MONTEIRO, un., Fonte: DJ DATA: 21/09/1998, PG: 00184

A comunicação destina-se unicamente à comprovação da mora, não devendo ser esquecido que ela se constitui com o simples vencimento do prazo para pagamento. Segue-se, pois, que o devedor não incorre em mora no dia da expedição da carta, mas, sim, se não paga a dívida no vencimento.⁴

Do mesmo modo e no mesmo sentido a doutrina do Eminentíssimo MINISTRO MOREIRA ALVES, em interpretação ao dispositivo legal acima transcrito:

Tendo em vista que os débitos garantidos pela propriedade fiduciária são a termo, a parte inicial desse dispositivo, na esteira do princípio consignado no art. 960, início, do Código Civil, declara que, no caso, a mora é *ex re*, ou seja, ocorre independentemente de qualquer interpelação judicial ou extrajudicial pelo credor (*dies interpellat pro homine*). Entretanto, em continuação, o citado § 2º estabelece que a mora poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor. Qual o sentido dessa norma? Em outras palavras: se o credor, ocorrida a mora do devedor (e ela, por ser *ex re*, verifica-se independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial), não a comprovar por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou por protesto de título, qual a consequência jurídica dessa omissão? Orlando Gomes, ao examinar essa matéria, acentua que, não obstante a mora resulte do simples inadimplemento da obrigação pelo devedor, e, portanto, sem que se faça necessária qualquer interpelação, a expedição da carta registrada por meio do Cartório de Títulos e Documentos ou o protesto de título fornecem ao credor o documento hábil para que ele possa propor a ação de busca e apreensão da coisa alienada fiduciariamente, embora seja certo que, para a utilização de outros meios pelos quais poderá alcançar a satisfação do crédito, não se exija tal comprovação. Por essa tese, o § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n.º 911 se vincula à parte final do art. 3º do mesmo Diploma, o qual reza: 'O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.' A nosso ver, é correta essa interpretação, apesar de, à primeira vista, poder parecer demasiado rígida, não só em face da expressão poderá ser comprovada que se encontra no § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n.º 911, como também do fato de que outras provas há — como a confissão, por escrito, da mora *debetoris* — de valor pelo menos igual ao da expedição de carta registrada por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos. A restrição, porém, se explica, porque, dessa prova, dependerá a concessão liminar da busca e apreensão..."⁵

4 Alienação fiduciária em Garantia, Ed. RT, 4ª ed., p. 100.

5 Da Alienação fiduciária em Garantia, Ed. Saraiva, 1973, pp. 182/3.

A jurisprudência do Colendo STJ já pacificou a questão erigindo à Súmula 369 que:

No contrato de arrendamento mercantil (leasing), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora.

Do mesmo modo os seguintes arestos, também coletados do STJ:

RECURSO ESPECIAL N.º 13.959-0 — SP (Registro n.º 91.0017518-8)
Relator: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade Recorrente: Banco Bradesco de Investimento S/A Recorrido: Polieno Reciclagem Plásticas Ltda. Advogados: Ezio Pedro Fulan e outros e Vera Maria Marques de Jesus e outro
EMENTA: CIVIL/PROCESSUAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. CONSIGNATÓRIA.

1. A ação fiduciária se desenvolve a partir da efetivação da busca e apreensão, liminarmente deferida, a partir da prova da mora do devedor alienante, pelos meios previstos na lei. Ação consignatória em pagamento, proposta pelo devedor em mora, não tem virtualidade de impedir que se efetive a busca e apreensão do bem alienado, começo de execução do contrato, sem contrariar o art. 3º do Decreto-lei 911/69, que institui o devido processo legal para a espécie.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas: Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal da Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas, como de lei. Brasília, 29 de outubro de 1991 (data do julgamento).”⁶

“RECURSO ESPECIAL N.º 37.535-5 — RS - (Registro n.º 93.0021820-4) - Relator: O Sr. Ministro Costa Leite - Recorrente: Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul — BRDE - Recorrida: Mecânica Industrial Delta Ltda. - Advogados: Dra. Zelinda Celina Rubim Soares e outros, e Eduardo Dorfmann Aranovich outro

EMENTA: Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Constituição em mora.

1. Nas dívidas garantidas por alienação fiduciária, a mora constitui-se ex re, segundo o disposto no § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n.º 911/69, com a notificação servindo apenas à sua comprovação, não sendo de exigir-se, para esse efeito, mais do que a referência ao contrato inadimplido. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas, a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial

6 RSTJ 49/21.

e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Brasília, 30 de setembro de 1993 (data do julgamento). Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.”⁷

CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECRETO-LEI 911/69, ART. 2º, § 2º E 3º. MORA. NOTIFICAÇÃO. EXPEDIÇÃO DA INTIMAÇÃO PELO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. INDISPENSABILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DE RECEBIMENTO POR PARTE DO DEVEDOR. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO DO PROCESSO. PRECEDENTES DO TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. RECURSO PROVIDO.

I - Nos termos do enunciado da Sum. 72/STJ, a comprovação da mora é requisito; indispensável para a ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente. Tem-se por imprescindível, por outro lado, a prova de que a notificação expedida pelo Cartório de Títulos e Documentos tenha sido entregue ao devedor.

II - O escopo da lei (art. 20, § 2º e 3º do DEL 911/69), ao exigir a comprovação documental da mora para o aforamento da ação de busca e apreensão, é essencialmente prevenir que o alienante venha a ser surpreendido com a subtração repentina dos bens dados em garantia sem, antes, inequivocamente cientificado, ter oportunidade de, desejando, saldar a dívida.^{8,9}

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PROVA DA MORA.

1. A COMPROVAÇÃO DA MORA É IMPRESCINDÍVEL PARA A AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE, A TEOR DA SUM. 72 DA CORTE.
2. A EVIDENCIA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA REGISTRADA NÃO É SUFICIENTE PARA A COMPROVAÇÃO DA MORA.
3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.¹⁰

Desta forma, resta inquestionável a imprescindibilidade da notificação para a constituição em mora.

A este respeito, veja-se o seguinte julgado, oriundo da 2ª Câmara Cível do Eg. Tribunal de Justiça deste Estado:

Acorda, à unanimidade de votos, a turma julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e negar provimento ao apelo interposto, mantendo, por conseguinte, os termos da

7 RSTJ 57/402.

8 RESP 109278/RS – RECURSO ESPECIAL (1996/0061446-6).

9 Grifou-se.

10 RESP 100688/DF – RECURSO ESPECIAL 1996/0043069-1

sentença de fls. 83/90, que extinguiu a Ação Cautelar de Busca e Apreensão proposta pelo Apelante, sem apreciação de mérito, à mingua de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Ementa: Direito Civil e Processual Civil. Alienação fiduciária em garantia. Ação Cautelar de Busca e Apreensão. Comprovação da mora. I- “ A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”. Súmula nº 72 do Superior Tribunal de Justiça STJ. II- A inexistência de tal formalidade, tendo em vista a expressa exigência do art. 3º do Decreto-Lei nº. 911/69, afigura-se como “ ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”. A ensejar, pois, a extinção do feito sem apreciação do mérito, na forma do disposto no art. 267-IV do CPC. III - Sentença confirmada. Recurso de Apelação Cível conhecido, mas improvido. ¹¹

DA IMPRESTABILIDADE DA NOTIFICAÇÃO

In casu, a Instituição Financeira optou por realizar a notificação.

Volto-me, assim, para a esta.

E, examinando-a, **verifico que esta não pode prosseguir.**

DA INEXISTÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO FEITA POR CARTÓRIO

É que, *in casu*, o Promovente trouxe aos autos notificação **NÃO REALIZADA POR CARTÓRIO.**

E, se não foi realizada por serventia, tal documento **NÃO TEM QUALQUER EFEITO LEGAL.**

A matéria, é bom que se frise, já foi apreciada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes moldes:

“ CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECRETO-LEI 911/69, ART. 2º, § 2º E 3º. MORA. NOTIFICAÇÃO. EXPEDIÇÃO DA INTIMAÇÃO PELO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. INDISPENSABILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DE RECEBIMENTO POR PARTE DO DEVEDOR. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO DO PROCESSO. PRECEDENTES DO TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. RECURSO PROVIDO.

I – Nos termos do enunciado da Sum. 72/STJ, a comprovação da mora é requisito indispensável para a ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente. Tem-se por imprescindível, por outro lado, a prova de que a notificação expedida pelo Cartório de Títulos e documentos tenha sido entregue ao devedor.

11 1999.03006-4 - Apelação Cível – COMARCA: FORTALEZA - Apte: BANCO FIAT S/A. - Apdo: VI-VIANY MARIANO TORRES - 2ª Câ. Civ., REL.: DES. JOSÉ MAURI MOURA ROCHA, un., julgado a 3/2/2000 e pub. *DJ* n.º 099, de 25 de maio de 2000 – Caderno 1 – P. 20, 2ª col., emb.

II – o escopo da lei (art. 2º, § 2º e 3º do DEL 911/69), ao exigir a comprovação documental da mora para o aforamento da ação de busca e apreensão, é essencialmente prevenir que o alienante venha a ser surpreendido com a subtração repentina dos bens dados em garantia sem, antes, inequivocamente cientificado, ter oportunidade de, desejando, saldar a dívida.^{12 13º}

Volto a consignar: **A NOTIFICAÇÃO APRESENTADA NÃO FOI FEITO POR SERVENTIA JUDICIAL, NÃO PODENDO, ASSIM, PRODUZIR QUALQUER EFEITO – muito menos constituir a parte devedora em mora.**

DO FRACASSO DA NOTIFICAÇÃO - DO ERRO NA TENTATIVA DE NOTIFICAÇÃO

E, mesmo que possível fosse aceitar a notificação realizada – eis que não feita por cartório – O QUE SE ADMITE SÓ E TÃO SOMENTE PARA EFEITO DE ARGUMENTAÇÃO, ainda assim não poderia ter esta regular prosseguimento, vez que a mesma, em verdade, foi infrutífera.

De fato, como se percebe pelo exame da mesma, o endereço era suficiente.

Imperioso anotar que tal “insuficiência”, na verdade, FOI CULPA DA PRÓPRIA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, posto que, como se observa no telegrama, o endereço no qual foi tentada a notificação foi o seguinte:

RUA (...) **nro-**
(...)

Ora, sem nenhum esforço, observa-se que tal endereço foi insuficiente POR LHE FALTAR O NÚMERO DA CASA.

SÓ QUE TAL NÚMERO EXISTE NO CONTRATO!!!!!!

De fato, como se vê no Contrato de Arrendamento, pag. 11, eis o completo endereço da Demandada:

RUA (...) **nro-(...)**
BAIRRO (...)
(...)

12 RESP 109278/RS, RECURSO ESPECIAL 1996/0061446-6)

13 Grifou-se.

DESTA FORMA, **VERIFICA-SE, INSONE DE DÚVIDAS, QUE NÃO O SÓ O NÚMERO EXISTIA NO CONTRATO, COMO, POR IGUAL, O CEP INFORMADO NÃO FOI O MESMO CONSTANTE EM TAL DOCUMENTO.**

Logo, repita-se, POR MAIS ESTA RAZÃO, tal notificação também é imprestável.

Não é, todavia, o último erro.

DA INEXISTÊNCIA DE PROTESTO

Mesmo que todos os erros acima relatados pusessem ser desprezados – O QUE, em absoluto, NÃO PODEM – AINDA ASSIM, a notificação não poderia ser aceita.

É que, já se viu, A MESMA NÃO ACONTECEU – ainda que, repito à exaustão, por erro da Autora -, por força do motivo explicitado à pag. 14.

Sendo assim, **deveria a Autora ter realizado o protesto, para, assim, constituir em mora o Devedor.**

Não o fez, contudo.

Logo, **TAMBÉM por este motivo, a presente não pode ter regular prosseguimento.**

DA IMPOSSIBILIDADE DE USO DA EMENDA

Poder-se-ia, todavia, ser afirmado que este Juízo não teria dado à Instituição Financeira o direito de emendar a Exordial, neste tocante.

Contudo, NESTE CASO ESPECÍFICO, isto não pode ocorrer.

De fato, como já visto acima, A MORA SÓ SE CONFIGURA COM A NOTIFICAÇÃO VÁLIDA.

E A NOTIFICAÇÃO VÁLIDA É REQUISITO SINE QUA NON PARA O INGRESSO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO.

Portanto, para que fique bem claro, A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SÓ PODE INTERPOR A AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO, APÓS TER REALIZADO A NOTIFICAÇÃO VÁLIDA DO DEVEDOR.

Tenha-se em mente que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, A TEOR DA SUM. 72 DA CORTE.

Ora, em tendo sido reconhecido que tal notificação NÃO É VÁLIDA, a AÇÃO NÃO PODE PROSPERAR – não sendo, assim, possível sequer a emenda.

Simple assim.

Nunca é demais lembrar que **A LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA JÁ**

EXISTE HÁ DÉCADAS E, MESMO ASSIM, AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS CONTINUAM A IGNORA-LA.

A questão, no fundo, é meramente financeira.

SE COMEÇAREM A TER PREJUÍZO COM A EXTINÇÃO DE AÇÕES –e pagamento das custas – EM AÇÕES SUFICIENTES, MODIFICARÃO SEUS HÁBITOS.

Caso contrário, ou seja, se a maioria das ações, mesmo com tais vulnerações, continuar a prosperar, então não há necessidade de se adequar às leis.

Simple assim.

Triste assim.

DISPOSITIVO

COMO COROLÁRIO, é que, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor e ancorado à firme decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo, **REJEITO** a notificação apresentada, **por não ter sido feito por Cartório e, mesmo que pudesse ser admitida, por reconhecer que a mesma foi infrutífera – POR CULPA ÚNICA E EXCLUSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA e não foi realizado o protesto** e, por via de consequência, sou obrigado faltar ao presente pressuposto de constituição válida do processo, razão pela qual, em à ordem chamando o presente, **EXTINGO**, com fulcro no art. 267, IV, e § 3º, CPC, o feito liminarmente, sem adentrar em seu *meritum causæ*.

Custas pelo Autor. Sem honorários.

P. R. I.

Ação Ordinária Revisional de Contrato - Declaração de Inexistência de Relação Jurídica

Josias Menescal Lima de Oliveira

SENTENÇA

Vistos, etc.

DO RELATÓRIO

Ação Ordinária de Contrato c/c Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica, o fazendo em desfavor de (...), alegando, em apertada síntese, ter, com o Demandado, celebrado contrato para aquisição do veículo à Exordial descrito, tendo, posteriormente, constatado a prática do anatocismo, a cobrança de juros superiores ao permitido e ilegal cobrança da comissão de permanência, razão pela qual teria ingressado com a presente. Por entender ser indevida a cobrança requereu a repetição do indébito.

Anexou a documentação de fls. 42 a 45.

Foi o feito, originariamente, distribuído à 7ª Vara Cível que, todavia, determinou a redistribuição.

Deferida por mim a gratuidade e a medida antecipatória postulada¹.

Citado, o Promovido ofertou contestação, alegando, em preliminar, a inadequação da via processual eleita e a impossibilidade jurídica do pedido – o que deveria, afirma, levar à extinção imeritória -idos, defendendo as cláusulas atacadas, para, por óbvio, ao final, pedir a total improcedência.

NADA ANEXO À SUA PEÇA DE DEFESA!!!!.

Houve réplica.

Impossível a conciliação.

Relatados, na essência.

DECIDO.

¹ Fls. 54/55.

DO JULGAMENTO ANTECIPADO DO FEITO

O feito pode – e deve – ser antecipadamente julgado.
De fato, a questão é única e exclusivamente de direito.

DA FUNDAMENTAÇÃO DAS PRELIMINARES

Não vislumbro como dar razão ao Promovido, no tocante à extinção imeritória.

De fato, ainda que seja inusual a declaratória, o fato é que a mesma foi CUMULADA com Ordinária de Revisão de Contrato, razão porque possível o prosseguimento.

Inexistente, por igual, a impossibilidade jurídica do pedido, já que a jurisprudência é firme no sentido da permissibilidade da reavaliação judicial do mesmo.
Rejeito-as, adentrando, assim, no mérito.

DO *MERITUM CAUSAE* DO CONTRATO DE ADESÃO

Em primeiro lugar, é de se reconhecer ter existido, *in casu*, contrato de adesão.

É que se trata, no caso em tela, **por mais que tentem as instituições financeiras em negar, afirmando que houve “liberdade” ao tempo de contratar, sendo as cláusulas “livremente contratadas”, em típico CONTRATO DE ADESÃO² por excelência**, imposto unilateralmente pela instituição financeira contratante ao consumidor, que tem suprimida toda e qualquer vontade, tanto na formação do contrato, quanto na discussão de suas cláusulas contratuais, **sendo nítido que a única faculdade cabível à parte é assinar ou não o mesmo. Não há – repita-se – qualquer liberdade no contrato, reduzindo-se a figura do tomador àquele que assume todos os riscos e conseqüências.**

Desta forma, entendo que a máxima de que o contrato faz lei entre as partes não pode ser levada a crédito, já que, repita-se, É EVIDENTE A REDUÇÃO ou, até mesmo, a inexistência DE VONTADE DA PARTE AUTORA no caso em tela. O princípio da autonomia da vontade, portanto, foi atingido em seu âmago, pois nítida a impossibilidade de adequação do contrato.

² A marota assertiva de que se trataria, em verdade, de contrato **POR** adesão e não **DE** adesão, muitas vezes alegada, é inadmissível, sendo desnecessário tecer maiores considerações sobre a matéria, pela obviedade da mesma.

Ao proferir declaração de voto, cuidando de matéria envolvendo a contratação financeira, o eminente juiz LEOPOLDO HAESER³, apontou, em importante posicionamento, que:

“Em qualquer decisão não pode o julgador alienar-se da realidade, olvidando-se de que decide sobre fatos reais e não sobre questões teórico-jurídicas. Deve sempre ter presente que o direito é dinâmico, não estático, aplicado aos fatos sociais de hoje que evoluem de forma ágil e, muitas vezes, surpreendente, atropelando o arcabouço jurídico que, freqüentemente, lhe vem de arrasto. Não é a lei, pois, que sempre muda a realidade social, mas esta que exige adequação das normas a um novo tempo, o que se efetiva através da função desbravadora da jurisprudência. O julgador, inserido na realidade de seu tempo, não pode negar-se a julgar por omissão da lei, nem aplicá-la com os olhos postos no passado, mas sintonizado com a dinâmica social. A imobilidade e alienação à realidade só podem conduzir à injustiça. Justa é a decisão que mantém o ordenamento jurídico vivo e sintonizado com a realidade. A verdade, no entanto, é que o paraíso bancário de taxas de juros escorchantes, não obstante a clareza da norma constitucional, faz com que somente se socorram dos agentes financeiros aqueles que são forçados pela necessidade a se submeter às taxas exigidas e a indevidas e disfarçadas cobranças de taxas e reciprocidade que oneram ainda mais o mutuário.”

Olvida-se a função sócio-econômica da permissão concedida que é de auxiliar e fomentar o desenvolvimento. Assim, o banco não pode assumir a posição privatística de simples prestador de capital e que visa apenas o lucro, pois exerce uma função de interesse público de proporcionar o desenvolvimento econômico. Por isso seus financiamentos devem ser obrigatoriamente dirigidos a determinadas atividades com vista ao interesse comum. Nessa tarefa de múltiplo conteúdo econômico-social, em que se insere o macro-interesse público do desenvolvimento econômico, a necessidade individual do financiamento e o interesse imediato empréstimo-juro: o lucro, o retorno do capital é dado que ocupa posição primordial. Por isso a necessidade do estudo da viabilidade econômica do empreendimento e a garantia do retorno do capital investido. Para isso é considerada a natureza da atividade, o incremento a ser propiciado e a lucratividade a ser alcançada, essencial à verificação da capacidade de pagamento do financiado. Nenhum agente financeiro, pois, fornecerá crédito para determinada atividade que não tenha perspectivas de êxito econômico.

Diante tal realidade, fácil concluir que o fornecedor de capital, dada a natureza sócio-econômica de sua atividade e o interesse público que deve ser considerado para sua atuação, bem como o estudo de sua viabilidade econômica do empreendimento,

3 in Apelação Cível 193051083, 4a CCTARSP, rel. Márcio Oliveira Puggina.

assume um papel de verdadeiro parceiro da atividade econômica, em cujo êxito é um dos interessados, já que dele depende a solvabilidade do mútuo.

Dentro dessa realidade **não é possível admitir que os riscos da atividade econômica fiquem somente com o mutuário, imune o financiador a qualquer risco, em especial quando o rompimento da base negocial independe da atuação das partes, ou seja, a alteração da situação ocorre independentemente da atividade de qualquer das partes**

Não pode o magistrado, na solução das lides que lhe são postas, omitir-se em decidir ou olvidar dos princípios gerais informadores do ordenamento jurídico, buscando salutar interpretação autorizada pelos arts. 4o e 5o da Lei de Introdução do Código Civil.

(...)

Neste julgamento alcançamos a verdadeira justiça do caso concreto, renunciando à cômoda posição alientativa e descompromissada de aplicação literal das cláusulas contratuais. Afastamo-nos de vez do liberalismo negocial e literalidade contratual para investigar profundamente a realidade social e jurídica existentes no momento da assinatura e da inexecução contratual, flagrando o rompimento da base negocial como gerador de injusto desequilíbrio judicialmente remediável.^{4º}

Desta forma, entendo de todo ultrapassada a tese relativa à impossibilidade de exame do Judiciário do que livremente teria sido pactuado pelas partes, prosseguindo, desta forma, no exame deste.

DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A relação é regida pela Legislação Consumerista, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 7 de junho de 2006, sendo desnecessário, pois, maiores considerações.

Assim, rejeitada a inaplicabilidade do CDC, fundamenta-se esta com esteio e fulcro nos arts. 2º e 3º de tal *Codex*, abaixo transcritos:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção,

4 Grifos existentes no original.

transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º - SERVIÇO É QUALQUER ATIVIDADE FORNECIDA NO MERCADO DE CONSUMO, mediante remuneração, INCLUSIVE AS DE NATUREZA BANCÁRIA, FINANCEIRA, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.⁵

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:” (*Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995* ⁶

Este belíssimo instrumento de defesa do hipossuficiente traz, dentre outras inovações, A INVERSÃO DO *ONUS PROBANDI*. Veja-se, a este respeito, o art. 6º do CDC:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

Tal inversão, de acordo com o dispositivo legal acima mencionado, está A CRITÉRIO DO JULGADOR, o que me permite invocá-la, por reconhecer, *in casu*, previstos os fundamentos legais.

Afinal, nítido e cristalino que a parte autora é notoriamente parte hipossuficiente nesta relação de consumo, face à existência, no pólo passivo, de imenso conglomerado financeiro, com ramificações internacionais, sendo, assim, de todo desnecessário justificar tal hipossuficiência, por sua obviedade.

Aliás, fica claro em tal avançado Código que, dentre os inúmeros direitos do Consumidor, está o de ter acesso à informação adequada e clara sobre todos os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e PREÇO.

“ART. 6º - São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre todos os diferentes produtos

5 Grifos existentes no original.

6 Grifos existentes no original.

e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”

Ultrapassada tais assertivas, prossegue-se no exame do *meritum causæ*.

Examinar-se-á, portanto, *de per si*, cada uma das alegativas da parte autora.

De principio, é de consignar, mais uma vez, a inversão do *onus probandi*.

Em assim sendo, **CABERIA AO(À) PROMOVIDO(A), e não à parte autora, PROVAR QUE NÃO EXISTEM AS CLÁUSULAS ILEGAIS DESCRITAS NA EXORDIAL.**

Porém, como se viu, este NADA apresentou junto à sua defesa.

Tenho, assim, por aceitas todas as alegações autorais.

Examino, pois, cada uma das alegações.

DO ANATOCISMO

Início o exame pela aplicação dos juros compostos (anatocismo).

Em primeiro lugar, impõe-se consignar, para afastar qualquer dúvida, que “anatocismo” é sinônimo de “juro composto”.

O Superior Tribunal de Justiça vem remansosamente decidindo, a este respeito, que **somente há a admissibilidade de anatocismo em se cuidando de execuções fundadas em cédulas de crédito industrial, face ao Decreto - Lei n.º 413/69 e seu art. 5º, disposição especial estendida às cédulas e notas de crédito comercial pelo art. 5º da Lei n.º 6.840/80.**

Assim sendo, é de se concluir que **o afastamento do anatocismo dependerá sempre de permissão legal, como ocorre no relativo aos títulos representativos de créditos rurais, comerciais e industriais.**⁷

Nos demais casos, existe a clara proibição de capitalização de juros.

Aliás, a rigor, tal questionamento é, em verdade, sequer necessário, já que a Súmula 121 do Colendo Supremo Tribunal Federal assim se expressa:

“É VEDADA A CAPITALIZAÇÃO DE JUROS, AINDA QUE

⁷ Aliás, é exatamente pelas decisões do STJ, afastando o anatocismo, com exceção das Cédulas de Crédito, que o governo fez lançar no mercado a CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO, como se fosse uma medida que beneficiaria a população, quando, em verdade, o verdadeiro objetivo da mesma sempre foi, pura e simplesmente, **permitir a nefasta prática do anatocismo.**

EXPRESSAMENTE CONVENCIONADA.”⁸

Tal vedação também encontra albergue no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no art. 51, *verbis*:

“Art. 51. **São nulas de pleno direito**, entre outras, **as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:**

(...)

IV - **estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;**”⁹

Necessário, no entanto, examinar, aqui, a questão da Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001¹⁰ – mais conhecida como a MP que “liberou geral” o anatocismo -, que, em seu art. 5º, dispôs:

“Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.”

Isto porque é tal MPv que permite a prática do anatocismo “com periodicidade inferior a um ano”, tal como acima visto.

A primeira questão a ser enfrentada, portanto, é saber se o Juízo pode, sem tal questionamento, examinar tal MPv à luz do texto constitucional.

Entendo que a resposta é inquestionavelmente positiva.

Isto porque no antigo Direito Romano já existia o brocardo *damihi factum dabo tibi jus*.

Ou seja, cabe a parte contar os fatos e ao Juiz dar o direito de acordo com os mesmos.

8 E não há qualquer choque com a Súmula 596, dado que a mesma refere-se ao art. 1º da Lei de Usura, enquanto a Súmula 121 faz menção ao art. 4º de referido Dec. Lei.

9 Grifos existentes no original.

10 Que foi reedição da MPv nº 1.963-18, de 2000, de 27/04/2000; Reeditada pela MPv nº 1.963-19, de 2000, Reeditada pela MPv nº 1.963-20, de 2000; Reeditada pela MPv nº 1.963-21, de 2000; Reeditada pela MPv nº 1.963-22, de 2000; Reeditada pela MPv nº 1.963-23, de 2000; Reeditada pela MPv nº 1.963-24, de 2000; Reeditada pela MPv nº 1.963-25, de 2000; Reeditada pela MPv nº 1.963-26, de 2000; Revogada e Reeditada pela MPv nº 2.087-27, de 2000; Reeditada pela MPv nº 2.087-28, de 2001; Reeditada pela MPv nº 2.087-29, de 2001; Reeditada pela MPv nº 2.087-30, de 2001; Reeditada pela MPv nº 2.087-31, de 2001; Reeditada pela MPv nº 2.087-32, de 2001; Reeditada pela MPv nº 2.087-33, de 2001; Revogada e Reeditada pela MPv nº 2.170-34, de 2001; Reeditada pela MPv nº 2.170-35, de 2001; Reeditada pela MPv nº 2.170-36, de 2001, que até hoje não foi examinada pelo Congresso Nacional.

Assim sendo, inobstante não tenha sido contestada a constitucionalidade de tal MPV, possível – e até recomendável – tal exame pelo Juízo singular¹¹, já que, no sistema brasileiro, o controle da constitucionalidade é difuso, significando isto dizer que, inobstante o Supremo Tribunal Federal seja, por excelência, o guardião da Constituição, qualquer Juízo tem o poder e, mais que isto, o dever, de examinar as leis à luz da Carta Magna.

Prossigo, assim, no exame da constitucionalidade de tal MPV.

Esta é, todavia, absurdamente inconstitucional.

De fato, a mesma “dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências”. No entanto, em seu art. 5º, marotamente, dá aos bancos a liberdade para a capitalização mensal e, até mesmo, diária, dos juros.

Não é de hoje que se constata que as MPs vêm sendo utilizadas, pelo Poder Executivo, como uma forma de evitar a ação do Legislativo, dispondo sobre as mais variadas matérias, inclusive as que nada têm de “relevante” ou “urgente”.

Socorrendo-se do Aurélio Eletrônico, ao consultar-se o verbete “relevância”, ver-se-á:

“[Do lat. relevante.]

Adj. 2 g.

1. Que releva.
2. Que sobressai ou ressalta; saliente, proeminente, protuberante.
3. De grande valor, conveniência ou interesse; importante.
S. m.
4. Aquilo que importa ou é necessário.”

Já quanto ao verbete “urgência”, tem-se:

11 E não se venha com o argumento singelo de que tal matéria já estaria pacificada em sede do Superior Tribunal de Justiça que tem posição diversa, aceitando que os contratos celebrados após a edição de tal MPV e de suas anteriores permite a capitalização mensal dos juros. Isto porque, repita-se à exaustão, **A MATÉRIA TEM CUNHO CONSTITUCIONAL** e, portanto, está sujeita à apreciação do Supremo Tribunal Federal, onde, aliás, encontra-se pendente de julgamento. E, enquanto tal questão não for dirimida de vez por todas por tal Corte, com a devida vênua ao Superior Tribunal de Justiça, deveria este, *concessa maxima venia*, ter a **PRUDÊNCIA** de **SUSPENDER** tais julgamentos, até porque, se vencedora a tese da inconstitucionalidade, **TODAS AS DECISÕES DE TAL CORTE** neste sentido – bem como as proferidas com o respaldo desta – **TORNAR-SE-ÃO NULAS**, face à inconstitucionalidade. Porém, ao insistir em continuar a decidir em massa sobre uma questão ainda afeta ao julgamento da Suprema Corte, mesmo diante de tal situação fática, tal Colenda Corte de Justiça pode fazer com que, aos olhos de um leigo, surja à mente a errônea impressão que o STJ poderia, até, está tentando forçar o entendimento do STF a favor da constitucionalidade, na medida em que se poderia alegar que entendimento contrário implicaria em imensas conseqüências e forte repercussão ao Sistema Financeiro Nacional, máxime diante de uma época de crise mundial.

“[Do lat. urgentia.]

S. f.

1. Qualidade de urgente.
2. Caso ou situação de emergência, de urgência.
3. Urgência urgentíssima.
4. Na linguagem legislativa, urgência extraordinária.”

No caso em comento, impõe-se perquirir: **onde a relevância ? Onde a urgência?**

Qual é a urgência e a relevância em permitir a cobrança de juros sobre juros às instituições financeiras, cada vez mais bafejadas pelas benesses oficiais ????

Não há resposta lógica ou crível, a não ser a lamentável – e vergonhosa - submissão do (des)governo FHC ao capital, que tem sido, lamentavel e igualmente, a tônica do atual governo.

Evidente, pois, a **INCONSTITUCIONALIDADE** da Medida Provisória em questão, quer por não encontrar-se o art. 5º em qualquer disposição sobre o Tesouro Nacional, quer, principalmente, por inexistir, sob qualquer ótica razoável, a urgência e a relevância.

Não só.

Vá-se mais a fundo e se constatará, de forma inquestionável, que **há outra inconstitucionalidade a ferir de morte referida MPv.**

Dispõe o art. 192 o que se segue:

Art. 192. **O sistema financeiro nacional**, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, **será regulado por leis complementares** que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)

Portanto, de inequívoca forma, a Carta Magna Federal dispõe que **o sistema financeiro nacional será regulado por leis complementares.**

Já se viu que a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano foi permitida com a edição da Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001.

As Medidas Provisórias são, é de se reconhecer, previstas pela Carta Magna, a teor do art. 62, sendo, por força do art. 84, de competência exclusiva do Presidente da República:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Tal liberdade, contudo, não é absoluta.

Ou, em outras palavras, não basta pura e simplesmente a existência da “relevância e urgência”, pois o Legislador Constitucional determinou, no § 1º, vedações à edição de MPs.

Eis tal parágrafo:

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

E, no inciso, consta de forma cristalina:

III - reservada a lei complementar; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Portanto, **É VEDADA A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS SOBRE MATÉRIA RESERVADA A LEI COMPLEMENTAR.**

Mas, como já se viu, **A CARTA MAGNA FEDERAL DISPÕS QUE O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL SERÁ REGULADO POR LEIS COMPLEMENTARES.**

A conclusão é inquestionável.

A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.170-36, DE 23 DE AGOSTO DE 2001 É, TAMBÉM, INCONSTITUCIONAL, POR TER TRATADO DE MATÉRIA RESERVADA ÀS LEIS COMPLEMENTARES.

Evidente, pois, a **INCONSTITUCIONALIDADE** da Medida Provisória em questão, quer por não encontrar-se o art. 5º em qualquer disposição sobre o Tesouro Nacional, quer por inexistir, sob qualquer ótica razoável, a urgência e a relevância.

O Juízo PODE e DEVE decretar a inconstitucionalidade de tal MPv.

MAS É FUNDAMENTAL REGISTRAR, aqui, QUE O CONTRATO FOI ASSINADO ANTES DA EDIÇÃO DE TAL MPv.

LOGO, MESMO QUE SE TENHA, o que se admite apenas para efeito de argumentação, ENTENDIMENTO DIVERSO QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DA MESMA, ESTA NÃO PODE SER APLICADA, DADO QUE O CONTRATO, repito, FOI CELEBRADO ANTES DE SUA PROMULGAÇÃO.

DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA

Inadmissível, por igual, a Comissão de Permanência.

É que esta se encontra tipificada nos decretos-lei de n.ºs 70, 167, 413, estes dois últimos no art. 7º; que tratam, sem exceção, de cédulas e notas de crédito, bem como à Resolução n.º 1.129 do Banco Central – BACEN.

Ocorre que o caso *sub examem* não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais.

Como conclusão lógica, tem-se como inadmissível, por igual, sua aplicação no caso concreto.

Ademais, a jurisprudência tem entendido que esta, mesmo quando cabível, não pode ser acumulável com o instituto da correção monetária.

Na verdade, a matéria em questão já foi SUMULADA, por intermédio da Súmula n.º 30, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ficando, portanto, afastado qualquer dissenso jurisprudencial porventura existente. Ei-la:

“SÚMULA N. 30 - A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.”

DA LIMITAÇÃO DOS JUROS

Outra questão a ser enfrentada diz respeito à questão dos juros superiores a 12%.

Entendo que, muito embora, a CF tenha sido violada, para satisfazer os interesses da banca, sempre e sempre muito mais bafejados pelas benesses oficiais, ainda prevalecem íntegras as razões infra-constitucionais para vedar a existência de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano.

É que, ainda que se trate de Instituição Financeira integrante do Sistema Financeiro Nacional, ainda assim a possibilidade da mesma cobrar juros remuneratórios acima de 12% ao ano é permitida, **desde que haja autorização do CMN - CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL**, o que não restou demonstrado no caso em tela.

É de reconhecer, assim, que o comportamento das instituições bancárias, ao insistirem em inserir em seus leoninos contratos de adesão cláusulas manifestamente irregulares, não tem qualquer justificativa.

Necessário, todavia, examinar a questão da Súmula Vinculante n.º 7 do Supremo Tribunal Federal:

Eis a redação da mesma:

A NORMA DO §3º DO ARTIGO 192 DA CONSTITUIÇÃO, REVOGADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 40/2003, QUE LIMITAVA A TAXA DE JUROS REAIS A 12% AO ANO, TINHA SUA APLICAÇÃO

CONDICIONADA À EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR.

Note-se, por imperioso, que **este Juízo NÃO ESTÁ negando vigência a tal norma, MAS, APENAS, NÃO SE UTILIZA DA FUNDAMENTAÇÃO DA VIGÊNCIA DO REVOGADO ARTIGO CONSTITUCIONAL.**

Isto porque, já se viu, O ENTENDIMENTO AQUI ESPOSADO DIZ RESPEITO À IMPERIOSA NECESSIDADE DE EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL – CMN PARA A PRÁTICA DE JUROS MORATÓRIOS SUPERIORES A 12% A.A., O QUE, *in casu*, NÃO RESTOU DEMONSTRADO.

DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Ocorre que dispõe o § único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. **O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.**¹²”

DO DISPOSITIVO

ISTO POSTO, é que, em julgando **PROCEDENTE** o pedido Exordial, **CONFIRMO** a decisão proferida em sede de antecipação de tutela, **quer por DECRETAR e RECONHECER a INCONSTITUCIONALIDADE** da Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, **QUER POR RECONHECER QUE O CONTRATO FOI CELEBRADO ANTES DA PROMULGAÇÃO DE REFERIDA MPv**, por via de conseqüência determino o **EXPURGO**, no contrato celebrado entres as partes, se existente, da capitalização de juros (anatocismo), excluindo, por igual, a cumulação da correção monetária com a comissão de permanência, como também para determinar que a correção monetária seja efetivada pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (I.N.P.C.), medido pelo IBGE, revertendo tais valores, a serem apurados em fase de liquidação de sentença, a favor do(s) Promovente(s), a teor do M.N.I. – BACEN 16.7.2.2, letra “c” c/c o Decreto n.º 22.625/33, art. 11, impondo, ainda, a limitação dos juros remuneratórios em 12% ao ano, por não ter o(a) Promovido(a) feito a prova que a taxa de juros que o mesmo aplica está autorizada pelo Conselho Monetário Nacional – CMN, deixando para a fase de cumprimento de sentença o recálculo do valor financiado, já extirpadas tais cláusulas.

12 Grifou-se.

CONDENO, mais, o Promovido à repetição do indébito, na forma do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, tudo evidentemente acrescido de juros legais e correção monetária, na forma simples, **atento às doudas decisões proferidas pelo Eg. Tribunal de Justiça deste Estado.**

No recálculo de valores, deverá ser, por igual, levado em consideração os depósitos pela parte autora efetuados judicialmente, bem como a tempestividade e valores destes, ficando consignado de logo que, em caso de intempestividade de algum dos mesmos, incidirão correção monetária e juros legais.

Custas, pela Instituição Financeira.

Condeno esta, mais, ao pagamento de honorários, fixados em 10 (dez) pontos percentuais sobre o valor da Ordinária.

P. R. I.

Fortaleza, de 2013.

Apelação Cível em Ação Pauliana

Jucid Peixoto do Amaral

EMENTA DECADÊNCIA. DEMORA NA CITAÇÃO. NÃO SE DECLARA A DECADÊNCIA SE A DEMORA NA CITAÇÃO SE DEU EXCLUSIVAMENTE POR MOTIVOS INERENTES À JUSTIÇA.

AÇÃO PAULIANA. *EVENTOS DAMNI*. NECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO. NÃO CONFIGURADA A INSOLVÊNCIA DO VENDEDOR, FALTA AO CREDOR INTERESSE PARA ANULAR A VENDA. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação apresentada por Organização (...) e (...) em face da sentença de fls. 350/353, proferida pela MM. Juíza da 9ª Vara Cível de Fortaleza, que julgou procedente ação pauliana aforada por (...), com o objetivo de ver declarada a nulidade da venda do imóvel situado em Fortaleza, objeto da matrícula (...), do Cartório de Registro de Imóveis da (...) de Fortaleza, feita pelo primeiro ao segundo promovido mediante escritura pública de compra e venda datada de 05 de novembro de 2001, objeto do R.05/6004, do mesmo cartório de imóveis, datado de 07 de maio de 2002.

Nas razões da apelação (fls. 355/365), os recorrentes, sob invocação do art. 523 e § 1º do CPC, pedem que, no julgamento deste apelo, seja conhecido, preliminarmente, o agravo retido de fls. 236/239, onde é combatido o despacho de fls. 232/235, naquilo que deixou de acolher a alegada decadência do direito do autor em razão da demora na citação do réu (...). No mérito, alegam que a prova levada aos autos demonstra que a (...) não ficou insolvente em razão da venda do imóvel atacada nesta ação, já que possui outros bens capazes de garantir o pagamento de seus débitos, não tendo, dessa forma, ocorrido qualquer prejuízo para seus credores, o que impediria o acolhimento do pedido de nulidade formulado na inicial. Postulam, então, a reforma da sentença, para o fim de ser a ação julgada improcedente.

Regularmente intimado, o autor ofereceu as contrarrazões que podem ser vistas às fls. 392/401.

É o breve relatório.

VOTO

O agravo retido de fls. 236/239, apresentado por (...), questiona o interlocutório de fls. 232/235, no que afastou a decadência do direito do promovente. Dele conheço porque a sua interposição atendeu as regras processuais pertinentes, e, nas razões de fls. 356/365, está contido o pedido de que seja conhecido, preliminarmente, por ocasião do julgamento desta apelação.

Alega o agravante que o autor decaiu de seu direito de pedir a nulidade da questionada compra e venda de imóvel porque a sua citação somente aconteceu após decorridos os quatro anos previstos tanto no art. 178, § 9º, V, b, do Código Beviláqua, vigente na época em que o negócio foi celebrado, como no art. 178, II, da Lei Civil atual. Argumenta que a demora naquela citação decorreu do descaso do promovente, quando deixou de informar o seu endereço correto, visto como, ao tempo da propositura da ação, já estava residindo em Juazeiro do Norte, onde, a partir do primeiro semestre de 2002, cursava a faculdade de medicina.

Respondendo a tais alegações, o promovente afirma que entrou com esta ação em 24.1.2006, quando o prazo decadencial somente se consumaria em 7.5.2006, e que indicou o endereço de (...) constante da escritura pública de compra e venda. A demora na citação daquele réu se deveu ao fato do oficial de justiça encarregado das diligências ter, injustificadamente, retido o mandado de citação por 105 dias, embora tivesse sido cobrado para sua devolução. Somente com a devolução do mandado aos autos é que teria tomado conhecimento de que Alexandre estava residindo em Juazeiro do Norte, diligenciando, então, para que fosse citado por carta enviada pelo Correio.

A MM. Juíza *a quo*, no despacho agravado, se pronunciou da seguinte forma:

“Indiscutivelmente, a citação do suplicado Alexandre se deu quando já consumado o prazo decadencial. O que se precisa apurar, para declarar a decadência arguida, é se, de fato, deve ser “atribuível exclusivamente ao autor” o retardamento da citação do mesmo réu.

O que os autos deixam ver, a este respeito, é que tendo sido ajuizada a ação a 24.01.06 (data do protocolo da inicial na Portaria do Fórum, como deixa ver o carimbo apostado no verso das fls. 2), a 08.02.06 foram expedidos os mandados de citação dos réus e de intimação do Oficial de Registro da 5ª Zona de Fortaleza, este último para cumprimento da decisão de fls. 92-94, que ora ratifico.

A intimação do titular do Registro Imobiliário se deu logo em seguida, a 15.02.2006, como deixa ver a certidão de fls. 95v, na qual o seu subscritor, por equívoco, sem dúvida, aludiu ao ano de 2005, ao invés de se referir ao de 2006.

A citação da promovida (...), na conformidade da certidão de fls. 100 v, somente se deu a 17 de maio de 2006, encontrando-se nos autos, antes de sua juntada, petição do autor reclamando do Oficial de Justiça incumbido daquelas diligências, que não estaria a atender aos seus “reclamos”, “muitos dos quais até emocionais” (v.fl. 97-98).

Relativamente ao promovido ALEXANDRE, o meirinho certificou ter deixado de citá-lo porque o mesmo “está residindo em Juazeiro do Norte, Rua...” (fls. 103v).”

A narrativa da ilustre julgadora está calcada em elementos dos autos, o que pode ser constado pelo exame das folhas indicadas em seu despacho. E fica claro, dos fatos apontados, que não faltou diligência ao promovente no sentido de promover, em tempo hábil, a citação de todos os promovidos. A causa da demora na citação se deve ao comportamento do meirinho, que não efetuou com a presteza necessária as diligências de que estava incumbido, não obstante as reclamações formalizadas pelo autor, a exemplo da peça de fls. 97/98. Não encontro elementos para ver configurado o descaso ou a falta de diligência do promovente de forma a atribuir-lhe responsabilidade pela demora na citação dos réus. A realidade dos autos indica ser causa da demora da citação atribuível, exclusivamente, ao oficial de justiça, circunstância que leva à aplicação da Súmula 106 do STJ, *verbis*:

“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.”

Por tais razões, conheço do agravo retido, mas lhe nego provimento, afastando a alegação de decadência.

O exame do mérito implica na verificação da existência dos elementos indispensáveis à propositura da chamada ação pauliana, destinada à desconstituição dos negócios jurídicos celebrados com fraude a credor.

Narra o autor que, em processo de execução movido pelo (...) contra a ré(...), seu acionista majoritário, e outros, foram penhorados sete imóveis dos devedores. Objetivando uma solução que livrasse o patrimônio contristado, o Sr. (...), acionista majoritário da (...)o procurou e, juntos, fizeram um acordo com o banco credor, mediante transação nos autos devidamente homologada por sentença do juiz que presidia o feito, datada de 13.02.2001. Por força do que ficou estipulado na transação, o aqui promovente pagou toda a dívida para com o banco, no valor de R\$215.281,38 (duzentos e quinze mil duzentos e oitenta e um reais e trinta e oito centavos), tendo os executados assumido, em troca, a obrigação de lhe transferir a propriedade dos imóveis que haviam sido penhorados.

Aduz, ainda, o autor, que após celebrado o acordo e extinta a execução pelo pagamento efetuado por (...), o sócio majoritário da (...) passou a protelar o cumprimento do acordo, e, veio a saber depois, vendeu a terceiros bens que lhe deveriam ser transferidos, o que levou autor a promover a execução da sentença que homologou a transação, para cumprimento da obrigação de fazer. Os embargos à execução foram julgados improcedentes e, julgando apelação dos devedores, este Tribunal de Justiça, considerando a impossibilidade da tutela específica, converteu a obrigação de fazer em perdas e danos, que arbitrou de logo em R\$ 215.281,38 (duzentos e quinze mil duzentos e oitenta e um reais e trinta e oito centavos), devidamente atualizada pelo INPC e incidindo *jurus moratórios* de 1% ao mês desde a citação inicial da ação executiva.

Alega, também, que a devedora efetuou demais atos de alienação de outros bens constantes do seu patrimônio, e, por fim, atingiu o terreno com área de 43.935,00m², objeto da Matrícula nº (...) do Cartório de Imóveis da (...) de Fortaleza. A matrícula da 1ª Zona foi encerrada, tendo o imóvel sido transferido para a (...), dando origem, neste, às matrículas (...), com uma área de 20.000,00m², que já foi vendida à (...), e (...), com a área remanescente de 23.925,00m², esta vendida ao réu (...), sendo esta última venda que o autor procura anular por meio da presente ação pauliana.

Por fim, afirma o autor que as vendas efetuadas levaram a (...) à insolvência, e que a venda feita a ALEXANDRE foi simulada, visto ser ele filho do Sr. (...), acionista majoritário da vendedora, tinha, na ocasião, dezenove anos de idade, era estudante sem trabalho, e o preço pago irrisório, posto que o imóvel lhe foi vendido por R\$100.000,00 (cem mil reais), enquanto o terreno vizinho vendido à (...), embora menor, custou R\$1.079.000,00 (um milhão e setenta e nove mil reais).

Ao tempo em que foi celebrada a compra e venda impugnada - 05/11/2001 - vigia o Código Civil de 1916, que dava à fraude contra credores o seguinte tratamento:

Art. 106. Os atos de transmissão gratuita de bens, ou a remissão de dívida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzidos à insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos (art. 109).

Em face da prescrição legal, para que se tenha por configurada a fraude contra credor, capaz de acarretar a nulidade da alienação efetuada, é necessário que estejam presentes o *eventus damni* e o *consilium fraudis*. O credor quirografário só terá direito à ação para anular o ato se este lhe for danoso, por já insolvente o devedor, ou se por ele reduzido à insolvência, e as partes do negócio tenham agido de má-fé.

Diz WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, no que concerne a fraude contra credores que:

Compõe-se de dois elementos: um objetivo e outro subjetivo. O elemento objetivo (*eventos damni*) é todo negócio prejudicial ao credor, por tornar o devedor insolvente, ou por ter sido praticado em estado de insolvência. No primeiro caso, entre o negócio do devedor e a insolvência deste, deve estar entremeado, evidente, o nexo causal, a relação de causa e efeito.

O elemento subjetivo (*consilium fraudis*) é a má-fé, o intuito malicioso de prejudicar. Pode advir do devedor, isoladamente, como na renúncia de herança, ou do devedor aliado a terceiro, como na venda fraudulenta. (Curso de Direito Civil, v. 1: parte geral – 39ª ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto – São Paulo: Saraiva, 2003, pág. 257).

Destaca o mesmo civilista:

Contenta-se a lei tão-somente, insista-se, com a prática do negócio em estado de insolvência; ou, então, que o ato haja reduzido o devedor a esse estado, o qual se caracteriza quando a soma do ativo é inferior à do passivo. Mas a prova da insolvência é indispensável. Sem ela não se configura o interesse econômico do autor em mover a ação revocatória. (obra cit., pág. 259).

A opinião de J. M. DE CARVALHO SANTOS segue a mesma trilha:

O “eventos damni” é sempre essencial para o exercício da ação pauliana? Este é um ponto de doutrina sobre o qual não há divergência. Sem o *effectus damni, praejudicium*, não pode ser intentada a ação pauliana, pela intuitiva razão de que sem o dano não teria o credor nenhum interesse para agir. (Código Civil Brasileiro Interpretado, parte geral (arts. 43-113), vol II – 12ª ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985, pág. 412, item 6).

Mais adiante, acrescenta o mesmo autor:

Prova da insolvência. Essa prova cabe aos credores. Conforme a hipótese, deve a mesma variar. (ob. cit., pág. 416, item 10).

Os promovidos, com a contestação de fls. 179/187, fizeram chegar aos autos os documentos encostados às fls. 188 a 205, demonstrando que, além daqueles cujas alienações foram narradas na exordial, lhe sobejam outros bens capazes de garantir o pagamento de sua dívida para com o autor, fixada em acórdão deste Tribunal, em R\$ 215.281,38 (duzentos e quinze mil duzentos e oitenta e um reais e trinta e oito centavos), atualizada pelo INPC e jurus mensal de 1%. Realmente, tais documentos provam que a (...) é proprietária de dois imóveis, um com 800:00:00ha (fls. 188/189) o outro com 700:00:00ha (fls. 192/193), ambos situados no município de (...) avaliados, à época,

respectivamente, em R\$272.000,00 (fls. 190/191) e R\$266.000,00 (fls. 194/195). Tem ainda, em Fortaleza-Ce, um terreno situado na (...), com 10,00m de frente por 35,00m de fundos, perfazendo uma área de 350,00m², objeto da matrícula (...) do Cartório de Imóveis da (...) (fls. 196/203), avaliado, à época, em R\$1.085.000,00 (fls. 204/205).

Alega o autor que os imóveis localizados no município de Cristino Castro, na época dos fatos narrados na inicial não pertenciam a (...), posto que os tinha prometido em venda ao (...) através de contratos averbados nas respectivas matrículas. No nosso direito, a propriedade imóvel só se transfere com o registro do título translativo no cartório de imóveis competente. A promessa de compra e venda mesmo averbada, não tem o poder de transferir a propriedade do bem imóvel. Ademais, as promessas foram destratas, conforme averbações também feitas nas correspondentes matrículas. Assim, desde que adquiridos em novembro de 1983, nunca saíram da propriedade da mencionada empresa, podendo assim, e desde aquela época, sem qualquer obstáculo, lhes garantir as dívidas.

Quanto ao imóvel localizado em Fortaleza, objeto da matrícula (...), do Registro de Imóveis da (...), o exame dos documentos a ele relativos, os esclarecimentos apresentados com a contestação (fls. 185/186), e da Lei Municipal de Fortaleza nº 7.987/96 (Lei de Uso e Ocupação do Solo Urbano) especialmente o seu Anexo 8, mostram que, ao contrário do que afirma o autor, o terreno se presta para construção, notando-se que a AV.05/26973, de 03.06/1983 já informa que nele foi feita a construção de um prédio comercial de alvenaria e cobertura de telha de cimento amianto com uma área edificada de 445m². Todas as informações, portanto, indicam que o laudo de fls. 204/205 apontou, na época em que foi elaborado (maio de 2006), um valor condizente com o mercado, o que se apresenta muito superior as dívidas que está garantindo.

O conjunto das provas, bem examinado, não autoriza o entendimento que a promovida (...), ao tempo das alienações noticiadas na peça inicial, estivesse insolvente ou tenha sido reduzida a tal estado por força daqueles negócios. Ao contrário, ainda ficou com bens capazes de garantir o pagamento de suas dívidas. Descaracterizado está, portanto, o alegado *eventus damni* e, sem a presença desse elemento objetivo, não se pode ter como caracterizada a fraude contra credores, ainda que, hipoteticamente, possa ter sido simulada a transferência, para o réu (...), do imóvel a que se refere a matrícula (...) do Registro de Imóveis da (...) de Fortaleza. Se a vendedora não era insolvente ao tempo em que a realizou, nem em razão dela se tornou insolvente, mantendo a sua capacidade de saldar as suas dívidas, não se pode falar em prejuízo para o autor, e sem tal prejuízo lhe falta interesse para propor ação revocatória contra as partes daquela compra e venda, como está dito na lição de J. M. DE CARVALHO SANTOS, acima citada.

A jurisprudência agasalha o mesmo entendimento. O Ministro Eduardo Ribeiro, no julgamento do REsp 7.470-SP, de que foi relator, destacou em seu voto:

Assevera-se, mais, que contrariada a norma contida no artigo 106 do Código Civil. É que a prova da insolvência não seria de exigir-se do autor e a fraude presumia-se, em virtude do parentesco entre as partes que firmaram o ato gratuito.

Sucedo que o acórdão, além de afirmar que o ônus da prova seria do autor, consignou também que os réus demonstraram a solvência. Assim, irrelevante a discussão a respeito do ônus de provar.

No que diz com a fraude, dela só se cogitaria caso não se tivesse como evidenciada a solvência. Sobejando bens, no patrimônio do devedor, suficiente para atender ao pagamento de seus débitos, não há dano para o credor.

Também do STJ o seguinte:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE TERCEIRO - FRAUDE DE EXECUÇÃO E FRAUDE CONTRA CREDITORES - MATERIA DE PROVA (SUMULA 07/STJ).

I - A SIMPLES PROPOSITURA DA AÇÃO, POR SI SO, NÃO GERA A FRAUDE, POIS A MESMA SOMENTE SE CONFIGURARA SE HOUVER DANO, PREJUÍZO, DECORRENTE DA INSOLVENCIA A QUE CHEGOU O DEVEDOR COM ALIENAÇÃO OU ONERAÇÃO DE SEUS BENS. ASSIM, TAL ILICITO PROCESSUAL NÃO OCORRE SE A AQUISIÇÃO DO BEM DEU-SE ANTES DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL E O EXECUTADO ATE ENTÃO ERA SOLVENTE.

II - INVIÁVEL O RECONHECIMENTO DE FRAUDE CONTRA CREDITORES EM SEDE DE EMBARGOS DE TERCEIRO.

III - MATERIA DE PROVA (SUMULA 07/STJ).

IV - RECURSO NÃO CONHECIDO.

(REsp 145.001/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/1998, DJ 08/06/1998, p. 94).

Por tais razões, dou provimento, em parte, à apelação para, reformando a sentença de fls. 350/353, julgar a ação improcedente, invertidos os ônus da sucumbência.

Apelação Cível - Reexame Necessário - Fornecimento de Medicamentos a Paciente Hipossuficiente

Jucid Peixoto do Amaral

EMENTA-APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO PLICABILIDADE. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA.

1. O artigo 196 da Constituição Federal estabelece o direito fundamental à saúde como direito de todos e dever do Estado, aqui compreendido em sentido amplo, de forma a abranger quaisquer dos entes federativos (União, Estado, Distrito Federal ou Municípios), o dever de assegurar às pessoas desprovidas de recursos o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves.
2. Invocar o princípio da reserva do possível não exime, por si, a obrigatoriedade do Estado em atender as necessidades públicas, especialmente estas que se relacionem com direitos sociais prestacionais, como sabido por todos;
3. A jurisprudência dos Tribunais é firme no sentido de que as doutrinas de resistência à justiciabilidade dos direitos sociais da afronta ao princípio da separação dos poderes, inexistência de previsão orçamentária e reserva do possível não têm lugar quando em pauta direito fundamental que se relaciona intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e insere-se no padrão hermenêutico do mínimo existencial, como o direito à saúde, salvo situação excepcional que deverá ser analisada no caso concreto.
4. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes STJ e STF.
Recursos conhecidos e não providos.

ACÓRDÃO

ACORDA a Turma Julgadora da 6ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer da Apelação Cível e do Reexame Necessário, para, negar-lhes provimento, nos termos do voto do relator, parte integrante deste.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta pelo (...), buscando reforma de sentença que julgou procedente a Ação de Obrigação de Fazer com Pedido de Liminar de Tutela Antecipada proposta por (...), representada por (...).

A autora, em peça exordial, afirma ter sido diagnosticada com Deficiência do Hormônio do Crescimento (GH), razão pela qual foi prescrito medicamento “GH recombinante – SAIZEN ou GENOTROPIN”. Aduz que ao longo do período foram disponibilizados medicamentos diversos do prescrito, e em decorrência disto, a resposta do tratamento tem sido insatisfatória. Requer, assim, a concessão de tutela antecipada em caráter liminar no sentido de que o promovido seja compelido a fornecer mensalmente 62 ampolas de 4UI do Medicamento SAIZEN ou GENOTROPIN, enquanto dure o tratamento. Por fim, requer a procedência da ação, confirmando a tutela antecipada.

Decisão na qual o douto magistrado deferiu os efeitos da tutela antecipada.

Contestação, na qual o promovido alega: que a medicação postulada viola o princípio da legalidade, posto que não está dentro da listagem da Portaria nº 2577/06; a necessidade de demonstração da imprestabilidade do tratamento similar disponível na rede pública de saúde; a ilegitimidade passiva do (...), haja vista a responsabilidade municipal em fornecer medicamentos e a responsabilidade da União em incluir novos medicamentos na lista; a impossibilidade de tratamento desigual aos cidadãos que requerem medicamentos administrativamente e aqueles que os buscam em Juízo; o princípio da reserva do possível. Requer, portanto, o acolhimento das preliminares e, sucessivamente, a improcedência da ação.

Parquet opina pela procedência da ação.

Sentença na qual o Juízo *a quo* julgou procedente a presente demanda, com fulcro no art. 269, I do CPC, confirmando a tutela antecipada em todos os seus termos.

Em recurso apelatório, o promovido reafirma sua ilegitimidade passiva para figurar na lide. No mérito, afirma que não cabe ao (...) o fornecimento de avançadas tecnologias ou medicamentos de marca. Argumenta, ainda, acerca do princípio da reserva do possível. Por fim, requer a improcedência da ação.

Parquet opina pela manutenção da sentença.

É o Relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inicialmente enfrento a questão preliminar de ilegitimidade passiva do Estado.

Com efeito, não merece prosperar a tese de ilegitimidade passiva alegada pelo agravante, pois o artigo 196 da Constituição Federal estabelece o direito fundamental à saúde como direito de todos e dever do Estado, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Em decorrência da mencionada norma constitucional, incumbe ao Estado, aqui compreendido em sentido amplo, de forma a abranger quaisquer dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), o dever de assegurar às pessoas desprovidas de recursos o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves.

Diante disso, não pode o (...), sob o argumento de que incumbe à União o fornecimento do fármaco requerido no presente caso, esquivar-se das atribuições que lhe foram explicitamente atribuídas na Carta Magna de 1988.

Vale reprimir que os entes estatais são solidariamente responsáveis pelo atendimento do direito fundamental à saúde, não se cogitando em ilegitimidade passiva ou em obrigação exclusiva de um deles.

Em apoio ao entendimento, oportuno colacionar os seguintes julgados:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, LEGALIDADE, SEPARAÇÃO DOS PODERES E RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À VIDA. DEVER DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. A saúde é direito de todos e dever do Estado. Assim, o fornecimento gratuito de medicamentos pelo Poder Público, objetiva concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida e à saúde, constitucionalmente garantidos (Art. 196, CF). Não há que se falar em violação aos princípios constitucionais da isonomia, legalidade, separação dos poderes e reserva do possível, uma vez que, no caso concreto deve prevalecer a inviolabilidade do direito à vida, bem maior do ser humano. CONFIRMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. (Mandado de Segurança nº 22297-47.2009.8.06.0000/0, Tribunal Pleno, Relator: FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA, Data de Registro: 01/02/2011)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. GARANTIA AMPLA. APLICABILIDADE IMEDIATA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. PRECEDENTES DO STF, DO STJ E DO TJCE. RECORRIDO PORTADOR DE DOENÇA PULMONAR OBSTRUTIVA CRÔNICA. REMÉDIO PRESCRITO PELO MÉDICO INTEGRANTE DA REDE PÚBLICA. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O entendimento majoritário do STF, do STJ e do TJCE é no sentido de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicação às pessoas carentes que necessitam de tratamento médico, cujo direito constitui garantia fundamental, de aplicabilidade imediata e abrangência ampla. (...); 5. Agravo de instrumento desprovido. Decisão mantida. (AgI nº. 2048-822.2009.806.0000/0; 1ª Câmara Cível, Relator: Fernando Luiz Ximenes Rocha; Data de Julgamento: 10.01.11)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE. AGRAVO IMPROVIDO. I - O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária. (...) (STF - AI 808059 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL- 02454-13 PP-03289)

Nesse sentido destaco outros julgados desta e. Corte, notadamente, os proferidos pela da 1ª Câmara Cível: Agravo de Instrumento nº 45269-74.2010.8.06.0000/0, 1ª Câmara Cível, Relator:FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, Data de Registro: 27/01/2011; Agravo de Instrumento nº 47353-92.2003.8.06.0000/0, 1ª Câmara Cível, Relator: RAÚL ARAÚJO FILHO, Data de Registro: 05/05/2008.

Ademais, não procede o argumento de que o medicamento solicitado não está previsto em Portaria do Ministério da Saúde, pois de maneira alguma o conteúdo desta deve obstar o fornecimento de medicamento, ou equivalente, por se tratar de norma de inferior hierarquia, não podendo prevalecer em relação ao direito constitucional à saúde e à vida.

Sobre o tema, já se manifestou o STJ: “Uma simples restrição contida em norma de hierarquia inferior (Portaria/MS) não pode fazer tábula rasa do direito constitucional à saúde e à vida, especialmente, diante da prova concreta trazida aos autos pela impetrante e à míngua de qualquer comprovação por parte do recorrido

que venha a ilidir os fundamentos lançados no único laudo médico anexado aos autos” (STJ; RMS 17903/MG; 2ª. Turma; Relator: Min. CASTRO MEIRA, Data de julgamento: 20/09/2004). Assim, tenho que eventuais inobservâncias, ainda mais aquelas devidamente fundamentadas, às portarias editadas pelo Ministério da Saúde em modo algum ofende o princípio da legalidade.

Razão pela qual rejeito a preliminar.

Isto Posto, passo a enfrentar o mérito da demanda.

No mérito, invocar o princípio da reserva do possível não exime, por si, a obrigatoriedade do ente público em atender as necessidades públicas, especialmente estas que se relacionem com direitos sociais prestacionais, como sabido por todos.

Ademais, a jurisprudência dos Tribunais é firme no sentido de que as doutrinas de resistência à justiciabilidade dos direitos sociais da afronta ao princípio da separação dos poderes, inexistência de previsão orçamentária e reserva do possível não têm lugar quando em pauta direito fundamental que se relaciona intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e insere-se no padrão hermenêutico do mínimo existencial, como o direito à saúde, salvo situação excepcional que deverá ser analisada no caso concreto.

De toda sorte, há significativa jurisprudência tanto do STJ quanto do STF a respaldar o pleito do agravado, como se verifica pelos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO.

Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AI 604949 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 24/10/2006, DJ 24-11-2006 PP-00086 EMENT VOL-02257- 09 PP-01837)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. CÂNCER. DIGNIDADE HUMANA.

1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não “qualquer tratamento”, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. Precedentes: RMS 17449/MG DJ 13.02.2006; RMS 17425/MG, DJ 22.11.2004; RMS 13452/MG, DJ 07.10.2002.

2. *In casu*, a impetrante demonstrou necessitar de medicamento para tratamento de câncer, nos termos do atestado médico acostado às fls. 11, o qual prescreve uso interno de Agrilyb.

3. Extraí-se do parecer ministerial de fls. 146, litteris: ainda que não tenha havido recusa formal ao fornecimento do medicamento pela autoridade impetrada, o cunho impositivo da norma insculpida no art. 196, da Carta Magna, aliado ao caráter de urgência e à efetiva distribuição da droga pela Secretaria de Saúde, determinam a obrigatoriedade do fornecimento, pelo Estado do Paraná, da medicação requerida.

4. As normas burocráticas não podem ser erguidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte do cidadão carente, em especial, quando comprovado que a medicação anteriormente aplicada não surte o efeito desejado, apresentando o paciente agravamento em seu quadro clínico. Precedente: RMS 17903/MG, Relator Ministro Castro Meira. DJ 20.09.2004.

Recurso ordinário provido.

(STJ, RMS 20.335/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 07/05/2007, p. 276)

A Constituição Federal de 1988 assegura o dever do Estado de promover ações destinadas a manter a saúde de todos os cidadãos como forma de cumprir o princípio que lhe cabe de respeitar a dignidade humana, exigência peremptória da doutrina e jurisprudência do país. Cito o art. 196, da CF/88:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Portanto, o direito à saúde está amparado pelo direito à vida e à dignidade da pessoa humana, caracterizados como direitos fundamentais, de aplicação imediata, conforme preconiza o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, residindo aqui o alicerce para a concessão do pleito.

Acosto julgados em casos análogos, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. MEDICAÇÃO. CÂNCER. FORNECIMENTO. RESPONSABILIDADE. ESTADO (GÊNERO). RESERVA DO POSSÍVEL. INVOCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência nacional, na esteira de orientação expressa da Corte Suprema, reconheceu como solidária e linear a responsabilidade de todos os entes estatais para com a assistência à saúde, uma vez compreendido que cada ente federativo possui parcela de responsabilidade autônoma (arts. 23, II e 198, I da CF/88) sobre o sistema constitucional de proteção à saúde. 2. A prova pré-constituída realizada pela impetrante é mais do que suficiente para assegurar o grave mal que lhe acomete, a sua urgente necessidade da medicação específica e a sua evidente hipossuficiência. Detalhado Relatório

Médico, baseado em literatura específica e na prática internacional. Exames complementares. 3. Paciente que necessita com urgência de medicamento específico para combater câncer de alto risco, compete ao Estado do Ceará fornecê-lo, pois a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca do Direito Fundamental à Saúde não admite escusas diante de quadro onde o próprio Direito Fundamental à Vida está em questão. 4. Limitações financeiras do Estado. Mera alegação. “A cláusula da ‘reserva do possível’, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (Ministro Celso de Mello - Informativo/STF nº 345/2004). Segurança concedida. (MS 1748411200880600000, Relator José Arísio Lopes da Costa, Órgão Julgador Tribunal Pleno, Data do Julgamento 08/01/2009)

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES ESTATAIS. ADEQUAÇÃO DOS MEDICAMENTOS PLEITEADOS. DIREITO À SAÚDE. SEPARAÇÃO DE PODERES. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INDISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. DENOMINAÇÃO COMUM BRASILEIRA. BLOQUEIO DE VALORES. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. Caso. Fornecimento dos medicamentos SAIZEN 8mg (SOMATROPINA) e LUPRON 3,75mg (ACETATO DE LEUPRONELINA) L, enquanto perdurar a patologia. Menor portadora de ACENTUADO DÉFICIT ESTRUTURAL (CID P 05.0), conforme laudo médico...

(TJ-RS - AC: 70047502661 RS , Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 19/04/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/04/2012)

CREDIBILIDADE DA PRESCRIÇÃO EFETUADA PELOS MÉDICOS QUE PRESTAM ATENDIMENTO AO AUTOR. A credibilidade da prescrição efetuada pelos médicos que prestam o atendimento a parte autora, aliada à prova documental carreada aos autos, é suficiente para desautorizar a alegação de ineficácia da medicação prescrita. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO. ARTIGOS 23, II E 196, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. IRRELEVÂNCIA DE O MEDICAMENTO NÃO ESTAR PREVISTO EM LISTA. JURISPRUDÊNCIA...

(TJ-RS , Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Data de Julgamento: 16/05/2012, Vigésima Primeira Câmara Cível)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PORTADORA DE CARCINOMA DE MAMA (CANCER DE MAMA). FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO (HERCEPTIN). DEVER DO ESTADO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE (CF - ARTS. 6º e 196)

1 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto.

2 - Hipótese que se relaciona ao direito à vida e à saúde em função de todos os riscos que a falta do tratamento poderia implicar.

3 - Assim, não há ilegalidade ou abuso de poder no ato judicial impugnado, por corresponder ao exercício do poder geral de cautela, intimamente ligado à prudência e à discricionariedade do magistrado.

- Precedentes recentes do STJ

- Agravo conhecido, mas IMPROVIDO.

(Agravo de Instrumento 4735392200380600000, Relator Raul Araújo Filho, Órgão Julgador 1ª Câmara Cível, Data de Registro 13/06/2007)

MANDADO DE SEGURANÇA -MEDICAMENTOS- Fornecimento dos medicamentos “Sustrate 10 mg.” e”Plavix 75 mg.”- Impetrante portador de Cardiopatia.ADMISSIBILIDADE: Dever do Estado que se constata de plano, em face do que dispõe o art. 196 da Constituição Federal e 219 da Estadual. Concessão da segurança mantida.PROCESSUAL CIVIL PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE PASSIVA - Estado que se exime do fornecimento dos medicamentos e atribui a responsabilidade ao Município. NÃO CABIMENTO:Deveres tanto do Estado quanto de qualquer outro ente de direito público, que decorrem da responsabilidade comum com os demais entes de direito público, em face do que dispõe o art. 196 da Constituição Federal e além do mais,a Súmula 37 aprovada pelo Órgão Especial desta E. Corte afirma que a ação pode ser proposta contra qualquer pessoa jurídica de Direito Público.

(TJSP, Apelação/ Reexame necessário 57914620108260568 SP 0005791-46.2010.8.26.0568, Relator: Israel Góes dos Anjos, Data de Julgamento: 28/03/2011, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 07/04/2011)

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À SAÚDE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM AFASTADAS. MÉRITO. TRATAMENTO ESTRANHO LISTAGEM DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO ÀS AÇÕES E PRESTAÇÕES DE SAÚDE. RESERVA DO POSSÍVEL. ARGUIÇÃO GENÉRICA. NAO ACOLHIMENTO. CONCESSAO DA SEGURANÇA.I- Afastadas as preliminares de incompetência absoluta do Juízo e de ilegitimidade passiva ad causam, vez que demonstrada a responsabilidade solidária da União, Estados-membros e municípios no que tange ao funcionamento do Sistema Único de Saúde.II- A não inclusão do medicamento perseguido em lista prévia, por caracterizar mera formalidade, não tem a aptidão, por si só, de embaraçar o direito à saúde da Impetrante, incumbindo ao Estado o

fornecimento gratuito do fármaco receitado pelo médico especialista.III- Prevalência do Princípio Constitucional do Acesso Universal e Igualitário às ações e prestações de saúde.IV- Reserva do Possível não deve ser acolhida, em face de sua arguição genérica, bem como incidência da Súmula nº 01/ TJPI.V- Segurança concedida.VI- Jurisprudência dominante dos tribunais superiores.VII- Decisão por votação unânime.(TJPI, MS 201100010021906 PI , Relator: Des. Raimundo Eufrásio Alves Filho, Data de Julgamento: 22/03/2012, Tribunal Pleno)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. PRECEDENTES. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3º E 461, §5º). BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NO TRATAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(REsp 902.473/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2007, DJ 03/09/2007, p. 136)

FAZENDA PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – TUTELA ANTECIPADA – ASTREINTES – CABIMENTO – ART. 461, § 5º, e DO ART. 461-A DO CPC – PRECEDENTES.

1. A apreciação dos requisitos de que trata o referido artigo para a concessão da tutela antecipada enseja o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 07 desta Corte.
2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.
3. A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade.
4. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode fixar as astreintes contra a Fazenda Pública, com o objetivo de forçá-la ao adimplemento da obrigação de fazer no prazo estipulado.

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 904.204/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2007, DJ 01/03/2007, p. 263)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO JUDICIAL PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRETENSÃO RECURSAL RELACIONADA À VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA O DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ART. 273 DO CPC. SÚMULA N. 7 DO STJ. POSSIBILIDADE

DE DEFERIR-SE PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

1. Com relação à alegação de violação do art. 273 do CPC, o recurso especial não merece seguimento, pois, à luz da jurisprudência pacífica do STJ, esse recurso não é servil à pretensão de análise da presença ou ausência dos requisitos que autorizam o deferimento de medidas acautelatórias ou antecipatórias, mormente quando o Tribunal de origem constata a presença da fumaça do bom direito e do perigo da demora, como no caso, pois necessário o reexame fático-probatórios dos autos para tal fim, o que é obstado pela Súmula n. 7 do STJ. Precedentes: AgRg no REsp 1.172.710/AL, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 05/11/2010; AgRg no REsp 1.121.847/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/09/2009; AgRg no REsp 1.074.863/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/03/2009; REsp 435.272/ES, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 15/03/2004.

2. Há muito se sedimentou na jurisprudência do STJ o entendimento de que é possível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública para o fim de obrigá-la ao fornecimento de medicamento a cidadão que não consegue ter acesso, com dignidade, a tratamento que lhe assegure o direito à vida. Precedentes: AgRg no Ag 842.866/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 03/09/2007; REsp 904.204/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 01/03/2007; REsp 840.912/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 23/04/2007; AgRg no Ag 747.806/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 18/12/2007.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1299000/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 10/02/2012)

Diante do já exposto, conheço da Apelação Cível e Remessa Necessária, para lhes negar provimento.

É como voto.

Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa

Leonardo Afonso Franco de Freitas

SENTENÇA

O Ministério Público ajuizou ação civil pública de improbidade administrativa em face de (...), ambos qualificados nos autos do processo em epígrafe.

Aduziu que o requerido, utilizando-se de expedientes escusos, nega-se a dar o efetivo cumprimento do comando sentencial proferido pela Justiça do Trabalho de (...) – (...), no sentido de reintegrar imediatamente no quadro do Município de (...) as servidoras aprovadas em concurso público (...), (...), (...), T(...), (...), (...) e (...), “despedidas sumariamente” por ele.

Disse que, apesar do dever de fiel cumprimento à determinação judicial, consubstanciada no mandado de reintegração (fls. 45/46), o requerido ignorou os termos do mandado judicial, conforme se depreende das certidões de fls. 47/50.

Afirmou que a remessa necessário e o recurso voluntário foram julgados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, o qual ratificou todos os argumentos da sentença de primeiro grau, enfatizando o direito das servidoras, nos seguintes termos:

“EMENTA: CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR MUNICIPAL MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO. OBRIGAÇÃO DA OBSERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Tendo sido admitidas mediante prévia aprovação em concurso público, as demandantes têm direito a que o ato que rompa o seu relacionamento com a administração pública municipal siga a estrita observância dos princípios norteadores da administração pública, pena de nulidade.

Remessa ‘ex-offício’ não conhecida.

Recurso ordinário conhecido mas improvido.”

Destacou que o requerido, “numa clara e patente demonstração de arrogância e desdém” à determinação oriunda de sentença, reafirmada em segundo grau, novamente, não cumpriu com o seu dever, causando empecilhos de toda ordem ao integral cumprimento do comando sentencial, como se infere de despacho exarado pelo Dr. (...) (fl. (...)), Juiz Titular da Vara do Trabalho de (...) – (...).

Ao final, requereu a procedência do pedido, para decretar, em relação ao requerido, a suspensão dos direitos políticos de 05 (cinco) a 08 (oito) anos e a proibição de

Por sua vez, em sua defesa, o requerido sustentou que houve o cumprimento imediato da decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, tão logo que tomou conhecimento dela, como demonstram os comprovantes juntados aos autos de pagamento das servidoras.

No entanto, ele se esqueceu ou preferiu não se defender à falta de argumentos que sua conduta contrária à Lei de Improbidade Administrativa iniciou quando do não cumprimento da sentença proferida às fls. (...), cujo recurso não possuía efeito suspensivo, senão se veja.

Diz o *caput* do artigo 899 do Consolidação das Leis do Trabalho – CLT que:

“Art. 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvos as exceções prevista neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.”

Além disso, como já restou consignado, o Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região não conferiu efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto contra a sentença acima pelo Município de (...), na ação cautelar inominada ajuizada por ele (fls. (...))

Em suma, o requerido deliberadamente não cumpriu a sentença da Vara do Trabalho de (...) – (...), cujo teor de seu comando foi mantido na instância superior, deixando à revelia da lei e de ordens judiciais as servidoras já mencionadas por vários meses sem trabalho e sem dinheiro.

Do ditado popular, extrai-se a seguinte lição: ordem judicial não se discute, mas se cumpre. Em complemento a ele, enfatiza-se: se não quiser cumpri-la, recorra dela e obtenha nos termos da lei resultado eficiente a tempo de não sofrer seus efeitos, ou arque com as penas da lei por esse descumprimento. Restou ao requerido arcar com as penas da lei por esse cristalino descumprimento de ordens judiciais.

Da instrução probatória, em especial a testemunhal, infere-se das fls. (...) e fls. (...) que a reintegração das servidoras somente ocorreu em outubro de 2003, com descontos indevidos por supostas faltas (supostas, porque não foram comunicadas formalmente da reintegração e não foi determinado de imediato lugar onde pudessem trabalhar), ressaltando que as atividades laborais delas somente se iniciaram efetivamente em 19 de novembro de 2003.

Vejam-se trechos dos depoimentos das testemunhas arroladas pelo requerido às fls. (...), que estão em harmonia com as ilações acima:

“[...] que sendo Secretaria de Educação durante a referida gestão, não lotou de imediato as professoras porque ficou esperando que surgissem vagas, haja vista, que os cargos de professores se encontravam ocupados por professores contratados pelo município, ainda, por se encontrar no final do ano letivo; que os servidores não foram notificados pela Secretaria de Educação para reassumirem os seus cargos; [...] que no mês de novembro

contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 05 (cinco) anos, sem prejuízo de outras sanções de natureza civil a critério deste juízo.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. (...).

Às fls. (...), o Ministério Público pleiteou o reconhecimento da incompetência do Tribunal de Justiça do Estado do (...) para decidir sobre a questão em apreço, determinando, via de consequência, a remessa dos autos a este juízo.

Notificado à fl. (...) -v, o requerido manifestou-se às fls. (...) e juntou os documentos de fls. (...).

Após ouvir o requerente às fls. (...) sobre a manifestação e os documentos juntados pelo requerido, este juízo recebeu a inicial da presente ação de improbidade às fls. (...).

Citado à fl. (...) -v, este juízo decretou a revelia do requerido, o desentranhamento da contestação apresentada intempestivamente, sua devolução ao subscritor e a intimação do requerente para especificar as provas que deseja produzir nestes autos (fl. (...)), tendo protestado pela produção de prova testemunhal (fl. (...)).

Na audiência de fls. (...), houve o depoimento pessoal do requerido e foram inquiridas as testemunhas arroladas pela parte requerente (...), (...) e (...), e, na audiência em continuação a essa (fls. (...)), foram inquiridas as testemunhas arroladas pela parte requerida (...), (...) e (...) e juntados os documentos de fls. (...).

Aportaram nos autos cópias das decisões oriundas da Justiça do Trabalho (fls. (...)), de acordo com o pedido ministerial de fl. (...) -v, deferido por este juízo à fl. (...).

O requerente apresentou alegações finais às fls. (...), pugnando pelo procedência da demanda “in totum”, enquanto o requerido apresentou suas alegações derradeiras às fls. (...), pleiteando a improcedência dos argumentos contidos na inicial, pelo fato de inexistir ato de improbidade administrativa, diante do comprovado cumprimento de ordem judicial da Justiça do Trabalho.

É o relatório.

O Juiz do Trabalho da Vara do Trabalho de (...) – (...), Dr. (...), em 16 de julho de 2002, proferiu a decisão interlocutória (fls. (...)), deferindo o pedido de antecipação da tutela e determinando que o Município de (...) reintegrasse imediatamente as servidoras já mencionadas no relatório acima nos cargos antes exercidos, com percepção dos mesmos salários, no mesmo local, e com a mesma carga horária, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por cada reclamante, em caso de descumprimento dessa ordem.

O mandado de reintegração de fl. (...), foi datado e cumprido no mesmo dia da decisão interlocutória acima (fl. (...)), na pessoa do então Procurador do Município, Dr. (...), já o mandado de notificação em relação à pessoa do requerido (...) de fl. (...), também datado no mesmo dia acima, não foi cumprido logo, conforme se depreende da certidão de fl. (...), data de 16 de julho de 2002.

Como se depreende das fls. (...), no dia 23 de julho de 2002, o Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região cassou essa decisão interlocutória, o que restou confirmado às fls. (...), razão por que, nesse momento, não há de falar em descumprimento de decisão judicial.

Sucedo que, no dia 30 de outubro de 2002, às fls. (...), o Juiz do Trabalho da Vara do Trabalho de (...) – (...), Dr. (...), julgou procedentes os pedidos formulados na inicial da ação reclamatória e condenou o Município de (...), entre outros comandos, a proceder à imediata reintegração das autoras nos cargos e funções que ocupavam na municipalidade, em razão de concurso público, com o pagamento regular dos vencimentos, salários e vantagens que vierem a vencer.

Dessa vez, o Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, no dia 22 de novembro de 2002, não conferiu efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto contra a sentença acima pelo Município de (...), na ação cautelar inominada ajuizada por ele (fls. (...)).

O mandado de reintegração de fls. (...), datado de 05 de novembro de 2002, o qual não foi cumprido no mesmo dia (somente ocorreu no dia 12 de novembro de 2002), em razão dos expedientes do requerido e do então Procurador do Município de (...), como se depreende das certidões de fls. (...), (...) e (...).

A partir de 12 de novembro de 2002, o requerido (...), que era o único que poderia dar cumprimento ao comando sentencial de imediata reintegração das servidoras (...), (...), (...), (...), (...), (...) e (...) (obrigação de fazer infungível), escolheu às claras em não cumpri-lo, mesmo já sabendo que no dia 22 de novembro de 2002 o Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região não havia conferido efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto contra a sentença acima pelo Município de (...), na ação cautelar inominada ajuizada por ele, como já dito.

Depois disso, no dia 18 de março de 2003, esse recurso ordinário foi julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, o qual foi conhecido, porém lhe foi negado provimento (fls. (...)), ressaltando que, desse acórdão, não houve inconformismo, conforme se denota da fl. (...).

Mesmo assim, o requerido (...) insistiu em não cumprir esse acórdão, injustificadamente, conforme se pode observar do teor dos despachos de fls. (...) e (...) exarados pelo Dr. (...) e datados de 15 de setembro de 2003 e de 12 de novembro de 2003, respectivamente.

procedeu a lotação de todos os servidores que foram reintegrados, após uma reunião da declarante com eles, precisamente no dia 18 de novembro de 2003; [...]”
(depoimento de (...)).

“[...] que justificou que somente procedeu a lotação dos servidores no mês de novembro; que esclarece que os servidores passaram voluntariamente a comparecer à Secretaria de Educação a partir do dia 13 de outubro de 2003, ocasião em que foram informados pela Sr^a. (...) de que deveriam comparecer diariamente à Secretaria de Educação.”
((...)).

A fragilidade das provas e a inexistência de outras em favor do requerido são patentes, razão pela qual ele não se desincumbiu de seu ônus probatório quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do requerente, a teor do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil.

A probidade administrativa, valor que nem sempre é reduzido ou pode ser reduzido à moeda corrente, é o bem jurídico tutelado por excelência pela Lei nº 8.429/92. Dessa maneira, as condutas ímprobas não são apenas as que importam enriquecimento ilícito e causam prejuízo ao erário, mas também aquelas que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), como no caso posto neste juízo.

Nesse diapasão, é importante destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que o ato de improbidade a lesão a princípios administrativos se caracteriza, independentemente da ocorrência de dano ou lesão ao erário público, exigindo somente o dolo genérico (Recurso Especial nº 1106159/MG, Ministra Relatora Eliana Calmon, Segunda Turma, data do julgamento 08/06/2010, data da publicação DJe 24/06/2010; e Recurso Especial nº 1036229/PR, Ministra Relatora Denise Arruda, Primeira Turma, data do julgamento 17/12/2009, data da publicação DJe 02/02/2010).

Dito isso, é inegável que a conduta (omissão dolosa) do agente (...) atentou contra os princípios da administração pública, previstos na Constituição Federal (art. 37, *caput*).

No caso, o dolo direto está configurado por manifesta vontade de omitir-se, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, ilegalidade, e lealdade às instituições, notadamente retardando e deixando de praticar, indevidamente, ato de ofício (imediate reintegração de servidoras), nitidamente porque sua realização era legal e judicialmente exigível, amoldando-se ao artigo 11, *caput* e inciso II, da Lei nº 8.429/92.

Considerando a experiência política do requerido, sua formação superior (engenheiro civil) e por ser de conhecimento público, até de pessoas leigas, que ordem judicial se cumpre em seus termos, como forma de proteção da sociedade contra a apropriação privada do Estado em sentido amplo pelo mau gestor público, não há

nenhuma dúvida da presença e comprovação do dolo nas condutas praticadas por ele e tipificadas no artigo 11, *caput* e inciso II, da Lei nº 8.429/92, ou seja, não há nenhuma dúvida quanto à autoria e materialidade de todos os atos de improbidade administrativa praticados pelo então agente público (...) analisados nestes autos.

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (CR/88, art. 37, § 4º).

A redação vigente à época e anterior à dada pela Lei nº 12.120/09 do *caput* do artigo 12 da Lei nº 8.429/92 dizia que, “independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:”

Já o inciso III desse mesmo artigo, que não foi modificado, reza:

“III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.”

Não se aplicam ao caso em exame as sanções de ressarcimento integral do dano, tendo em vista que não houve, ou, pelo menos, não foi comprovado nestes autos pelo Ministério Público, nem de perda de “função pública” em sentido amplo, porque não há nenhuma prova nos autos de que o requerido ainda mantenha algum vínculo jurídico, nos moldes do artigo 2º da Lei nº 8.429/92.

Por outro lado, é o caso de serem aplicadas todas as outras sanções previstas no inciso III do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, ressaltando que, pela gravidade dos atos de improbidade praticados por (...), na medida em que menosprezou a lei em sentido amplo e, sobretudo, as decisões judiciais provenientes da Justiça do Trabalho (primeiramente a sentença (deixou de cumpri-la, mesmo sabendo que não foi conferido efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto pelo Município de (...)), e, depois o acórdão (retardou seu cumprimento)), causando toda sorte de prejuízos durante quase 01 (um) ano às servidoras aprovadas em concurso público (...), (...), (...), (...), (...) e (...), que foram ilegalmente “despedidas” pelo requerido, eles não devem ser sancionados em seu mínimo legal, quando houver possibilidade de gradação.

Ante todo o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial pelo Ministério Público, para suspender os direitos políticos do requerido Luiz (...) pelo prazo de 03 (três) anos e 06 (seis) meses, para condená-lo no pagamento de multa civil de 15 (quinze) vezes o valor da última remuneração mensal e integral (subsídios) percebida enquanto

Prefeito Municipal de (...) e para proibi-lo de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos, nos termos dos artigos 11, *caput* e inciso II, 12, inciso III, e 21, inciso I, todos da Lei nº 8.429/92, e do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Em razão do princípio da causalidade, condeno ainda o requerido no pagamento das custas processuais (CPC, art. 21, § único).

Deixo de condenar o requerido em honorários advocatícios, porque foi o Ministério Público que ajuizou a presente ação.

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

Oficie-se à União, ao Estado do Ceará e, ao menos, aos Municípios de (...) e de (...), no Estado do (...), e ao de (...), no Estado da (...), nas pessoas de seus representantes legais, acerca da proibição do requerido (...) de contratar com eles ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos.

Após o trânsito em julgado desta sentença, oficie-se à competente Justiça Eleitoral, para os fins do artigo 15, inciso V, da Constituição da República e do artigo 71, parágrafo 2º, do Código Eleitoral (Lei nº 8.429/92, art. 20, *caput*).

Cumpra-se.

Ipaumirim, 30 de junho de 2011.

Leonardo Afonso Franco de Freitas
Juiz Substituto

Ação Penal Pública - Artigo 1º, Inciso XIII do Decreto - Lei nº 201/67

Leonardo Afonso Franco de Freitas

SENTENÇA

A Procuradoria Geral de Justiça ofereceu denúncia contra (...), já qualificado nos autos do processo em epígrafe, imputando-lhe a prática do crime tipificado no artigo 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei nº 201/67.

Diz a inicial acusatória:

“O ora denunciado, foi eleito para ocupar o cargo de Prefeito do Município de (...) na gestão correspondente ao quadriênio 2001/2004, tendo sido reeleito para o período de 2005/2008, através do voto popular, par gerir os destino daquele Município, comprometendo-se, por ato de juramento solene, a cumprir as Constituições Federal e Estadual, bem como a Lei Orgânica do citado Município e demais leis do País.

Tal juramente, entretanto, não passou, porém, de mero exercício de retórica, posto que, conforme se demonstrará a seguir, cotejado gestor público restou por ferir de morte, frise-se, já no limiar do exercício de seu mandato, os preceitos constitucionais aos quais devia respeito.

Assim é que, nos anos de 2001 e 2002, o ora denunciado contratou irregularmente, sem a efetivação do devido e necessário concurso público, tal como preconiza o Art. 37, II da Constituição Federal, cerca de 11 (onze) pessoas, para ocuparem cargos públicos no âmbito do município de (...), conforme Quadro demonstrativo abaixo [(...) – data da contratação: 01/02/2001, (...) – da da contratação: 01/02/2001, (...) – data da contratação: 01/02/2001, (...) – data da contratação: 01/02/2001, (...) – data da contratação: 01/02/2001, (...) – data da contratação: 01/02/2001, (...) – data da contratação: 01/02/2001, (...) – data da contratação: 01/02/2001, (...) – data da contratação: 01/03/2001, (...) – data da contratação: 02/04/2001, (...) – data da contratação: 01/03/2002 e (...) – data da contratação: 04/02/2002], e todas estas pessoas subscreveram Reclamações Trabalhistas perante o Juízo da 26ª Vara do Trabalho de Iguatu, resultando na edição dos provimentos jurisdicionais respectivos e que instruem a vertente preambular delatória, todos reconhecendo a ilegalidade das contratações efetivadas pelo delatado, conquanto Gestor daquele município: [...]

Além da prática de atos de improbidade administrativa, como já relatado, o delatado findou por infringir as disposições do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, o qual, dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores.

Tal comportamento demonstra, *quantum satis*, a intensidade do dolo na investida criminosa do agente aqui Denunciado.”
[grifos originais].

Notificado em 23/08/2006, denunciado ofereceu resposta às fls. (...), acompanhada dos documentos de fls. (...), sobre os quais se manifestou a Procuradoria Geral de Justiça às fls. (...).

Às fls. (...), o Tribunal de Justiça do Estado do (...) recebeu a denúncia cujo acórdão foi publicado no Diário de Justiça do Estado do (...), no dia 18 de janeiro de 2007, quinta-feira, e circulou no mesmo dia, como se depreende da certidão de fl. (...).

Opostos embargos de declaração pelo acusado às fls. (...), sobre os quais se manifestou a Procuradoria Geral de Justiça às fls. (...), foram conhecidos e providos em parte, apenas para sanar a omissão acerca do afastamento do cargo de Prefeito Municipal (fls. (...)).

Irresignado, o acusado interpôs recurso especial (fls. (...)), o qual foi contrarazado pela Procuradoria Geral de Justiça (fls. (...)), para, em seguida, ser inadmitido pelo então Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do (...), no exercício da Presidência (fls. (...)).

Baixado a este juízo de primeiro grau, à fl. (...) -v foi determinada a citação do acusado para apresentar defesa escrita, no prazo legal, o que ocorreu às fls. 318/327, apresentando rol testemunhal.

À fl. (...) -v, este juízo assumiu a presidência deste feito, uma vez que o acusado, que possuía foro privilegiado, teve seu mandato de prefeito findo, perdendo a prerrogativa do cargo que exercia, conforme ofício de fl. (...).

Com a competência plena para o processo e julgamento do feito, este juízo manteve o recebimento da denúncia, por seus próprios fundamentos, por não vislumbrar possibilidade de absolvição sumária (fl. (...) -v).

Aportou nos autos a informação de que o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo acusado contra decisão que inadmitiu seu recurso especial (fls. (...)).

Na audiência de instrução e julgamento de fls. (...), foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes ((...), (...), (...) e (...); e (...), (...), (...), (...) e (...)) e dispensadas pela defesa as de nome (...) e (...), com a anuência do Ministério Público.

Em audiência de continuação a essa (fls. 391/394), foi inquirida a testemunha (...) e interrogado o acusado (...).

As partes não requereram nenhuma diligência nos moldes do artigo 402 do Código de Processo Penal e suas alegações finais foram apresentadas na forma de memoriais, oportunidade em que o Ministério Público requereu a condenação do acusado pela prática do crime tipificado no artigo 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei nº 201/67 (fls. 395/397), enquanto que a defesa requereu a total improcedência da pretensão

autoral, com a conseqüente absolvição dele, ante a plena legalidade das contratações objeto da presente ação (fls. 416/430).

À fl. 431, em cumprimento ao despacho de fl. 430-v, foi juntada a certidão de antecedentes criminais do acusado.

É o relatório.

A materialidade e a autoria dos 11 (onze) crimes tipificados no artigo 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei nº 201/67 em continuidade delitiva praticado pelo acusado restaram comprovadas nos autos.

Diz esse dispositivo legal:

“Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

[...]

XIII – Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei.

[...]

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ordem pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão de dois a doze anos, e os demais, com a pena detenção de três meses a três anos.”

As contratações sem concurso público em continuidade delitiva narradas na denúncia são incontroversas e foram admitidas pelo próprio acusado, conforme se depreende de seu interrogatório à fl. 293:

“[...] que não é verdadeira a imputação feita pelo Ministério Público, uma vez que fez as contratações porque havia uma necessidade e estava autorizado pela Câmara Municipal; que havia uma carência de pessoal em todos os setores do município; que ao todo sabe dizer que mais de 10 (dez) mas não sabe declinar o exato quantitativo; que as funções exercidas pelos contratados eram de professores, serviços gerais, não se recordando de mais detalhes; que não lembra quando foram feitas essas contratações; que não sabe dizer por quanto tempo foram exercidas essas funções pelos contratados; que dos nomes relacionados à fl. 03 da denúncia, lembrou apenas de Joana Alves Catarina, recordando apenas que ela morava no Distrito de Canaúna [...]”.

O acusado, na condição de Prefeito Municipal de (...), contratou as pessoas (...),(...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) e (...), sem que elas tivessem sido aprovadas previamente em concurso público, malferindo o artigo 37, inciso II, da Constituição da República de 1988, como também foi admitido pelo Município de (...) ao contestar todas as ações reclamatórias na Justiça do Trabalho ajuizadas por essas pessoas e que acompanham a inicial.

Apesar disso, o acusado sustenta em sua defesa as seguintes teses nesta ação penal:

- a) a inexistência de conduta delituosa, tendo em vista que a contratação de servidores realizada por ele foi amparada em norma legal, “por extrema necessidade daquela municipalidade, sob pena de paralisação dos serviços públicos por ela prestados, tendo em vista que quase todos os funcionários da prefeitura foram afastados pela liminar proferida na ADIN nº (...)”;
 - b) que, em razão da decisão liminar acima, “ficou o Município carente de pessoal, tendo sido contratados os indivíduos citados na peça inicial, por pura obediência ao princípio da continuidade do serviço público em face da urgência e da excepcionalidade desta necessidade”;
 - c) que “o Município de (...), através de sua Casa Legislativa, editou a Lei nº 0015/2001, fls. 193, autorizando a contratação de servidores, por tempo determinado, para atender a necessidade temporária e de excepcional interesse público”;
 - d) que restou demonstrada com os depoimentos testemunhais “a imperiosa necessidade das contratações sob análise”; e
 - e) a inexistência de dolo e prejuízo ao erário.
- Não merecem amparo as teses do acusado, senão se veja.

Quando a vigente Carta Política de 1988 conferiu à lei federal, estadual, distrital ou municipal, em seu artigo 37, inciso IX, a possibilidade de estabelecer os casos de contratação por tempo determinado, não outorgou ao legislador ampla discricionariedade, porque o fez estabelecendo a seguinte e inafastável finalidade: “para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Preleciona com muita propriedade o autor José dos Santos Carvalho Filho em seu livro *Manual de Direito Administrativo*, 16ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, páginas 510 e 511, sobre esse regime previsto no dispositivo constitucional imediatamente acima citado considerado especial.

“O regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis: O primeiro deles é a **determinabilidade temporal** da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatutário e trabalhista, em que a regra consiste na indeterminação do prazo da relação de trabalho. [...]. Depois, temos o pressuposto da **temporiedade** da função: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. [...]. O último pressuposto é **excepcionalidade** do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o termo **excepcional** para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores. Portanto, pode dizer-se que a excepcionalidade do interesse

público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial”
[grifos originais].

A propósito, merece transcrição trecho da lei municipal de fl. 193 que teria autorizado o acusado a admitir as pessoas identificadas na inicial, sem que tivessem sido aprovadas previamente em concurso público:

“Art. 1º - Para atender a necessidade temporária e de excepcional interesse público, fica o Chefe do Poder Executivo Municipal, autorizado a efetuar contratações de pessoal por tempo determinado, na quantidade necessária ao atendimento das finalidades da administração pública municipal.

Art. 2º - Considera-se, para fins desta lei, necessidade temporária e de excepcional interesse público, a contratação de pessoal com o objetivo de suprir as carências deixadas no serviço público municipal, em função da Ação Direta de Inconstitucionalidade Proc nº 2001.00.876-5 em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que suspendeu os efeitos das Leis Municipais nº 015/97 e 20/97.

Art. 3º - A contratação a que se refere esta lei, terá como prazo máximo, a data da decisão definitiva da Ação Direta de Inconstitucionalidade – Proc nº 2001.00.876-5, em trâmite de Justiça do Estado do Ceará, que suspendeu os efeitos das Leis Municipais nº 015/97 e 20/97.”

Como se pode observar, não resta dúvida de que essa lei municipal é inconstitucional, porque não previu de forma precisa a determinabilidade temporal das contratações em análise, tendo em vista que essas últimas ficaram condicionadas à “data da decisão definitiva da Ação Direta de Inconstitucionalidade – Proc nº 2001.00.876-5”, sem exceção (ainda que essa liminar fosse revogada, por exemplo), além das contratações terem sido regulamentadas de forma genérica e abrangente.

Em outras palavras, da forma descrita na lei, percebe-se a intenção direta do acusado, que a sancionou, de burlar a exigência constitucional relativa à determinabilidade temporal, não sendo razoável seu condicionamento a uma decisão definitiva no bojo de uma ação direta de inconstitucionalidade, que não tem prazo certo, nem aproximado, para transitar em julgado, devido, em regra, à complexidade das questões envolvidas nela.

O acusado em sua defesa ainda tentou dividir responsabilidade com o Poder Judiciário, ao sugerir que estava apenas cumprindo uma decisão judicial, quando de suas contratações à revelia de normas constitucionais, o que não é verdade.

Por seu turno, no caso em comento, a necessidade das funções de auxiliar de serviços gerais (fls. (...), (...), (...), (...), (...), (...) e (...)), professor (fls. (...) e (...)) e vigia (fls. (...) e (...)), que sequer foram mencionadas nessa lei municipal, é temporária ou permanente?

É permanente (é difícil imaginar a municipalidade de (...) sem essas três funções!), em flagrante fraude de seu gestor, ora acusado nesta ação, à regra constitucional do concurso público (art. 37, II).

Por sua vez, não resta dúvida de que essas admissões temporárias no serviço público sem prévia aprovação em concurso público só são permitidas em situação de excepcional interesse público, o que também não se deduz destes autos.

Que situação de excepcional interesse público existiu à época na localidade para que o acusado contratasse as pessoas citadas no relatório desta sentença em suas respectivas funções de auxiliar de serviços gerais, professor e vigia, por vários anos?

No entender deste juízo, nenhuma, porque não restaram nestes autos comprovadas nenhuma das supostas “carências deixadas no serviço público municipal, em função da Ação Direta de Inconstitucionalidade Proc nº 2001.00.876-5 em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do (...), que suspendeu os efeitos das Leis Municipais nº 015/97 e 20/97.” (sic), afirmadas na Lei Municipal nº 015/2001 de fl. 193.

Além dessa última lei municipal mencionada acima, o acusado também juntou aos autos a decisão liminar de fls. 191/192, proferida em 22 de fevereiro de 2001, pelo Desembargador Relator José Evandro Nogueira Lima. Nada mais.

Por que não foram juntadas as duas citadas leis municipais que tiveram seus efeitos suspensos? De quem foi a iniciativa dessas duas leis municipais em seus respectivos processos legislativos? Por que não foi juntada a petição inicial dessa ação direta de inconstitucionalidade? Por que não está nos autos o acórdão que julgou o mérito dessa ação, se é que isso efetivamente ocorreu?

Ainda, por que então o Prefeito Municipal de (...) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais, com pedido de liminar, o qual por ter sido deferido teria inviabilizado a continuidade do serviço público local? Qual era o interesse subjacente no ajuizamento dessa ação constitucional? Se inviabilizou o bom funcionamento do serviço público local (“[...] que na gestão anterior foi realizado concurso público o qual foi questionado judicialmente em sede Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado do (...), na qual teve uma decisão liminar que ‘todos os funcionários estavam afastados; [...]’ – interrogatório à fl. (...)), por que o acusado apenas contratou 11 (onze) pessoas? (veja a resposta do acusado: “[...] que a necessidade era carência de pessoal; que contratou onze servidores porque eram necessários somente onze; [...]” – interrogatório à fl. (...)). Por que o acusado realizou concurso público somente em 2006, como as testemunhas arroladas pela defesa afirmaram às fls. (...) e (...), no mandato subsequente àquele no qual houve deferimento no início de 2001 (fls. (...)) de liminar em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, 05 (cinco) anos depois?

A fragilidade das provas em favor do acusado e a inexistência de outras são patentes.

Em suma, o suprimento de pessoal por contratações temporárias tão somente se justifica perante contingências e circunstâncias que desgarrem da normalidade do cotidiano da administração municipal e exigem atendimento imediato e por prazo determinado, incompatível, portanto, com a realização normal dos concursos públicos, o que não foi observado no caso em tela.

Nesse passo, as ementas dos arestos do Supremo Tribunal Federal seguintes se amoldam à espécie, *mutatis mutandis*:

“A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional.” (ADI 2.229, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-6-2004, Plenário, DJ de 25-6-2004.) No mesmo sentido: ADI 3.430, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-8-2009, Plenário, DJE de 23-10-2009.

“Servidor público: contratação temporária excepcional (CF, art. 37, IX): inconstitucionalidade de sua aplicação para a admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes.” (ADI 2.987, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-2-2004, Plenário, DJ de 2-4-2004.) No mesmo sentido: ADI 3.430, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-8-2009, Plenário, DJE de 23-10-2009.

“As modificações introduzidas no art. 37 da CF pela EC 19/1998 mantiveram inalterada a redação do inciso IX, que cuida de contratação de pessoal por tempo determinado na administração pública. Inconstitucionalidade formal inexistente. Ato legislativo consubstanciado em medida provisória pode, em princípio, regulamentá-lo, desde que não tenha sofrido essa disposição nenhuma alteração por emenda constitucional a partir de 1995 (CF, art. 246). A regulamentação, contudo, não pode autorizar contratação por tempo determinado, de forma genérica e abrangente de servidores, sem o devido concurso público (CF, art. 37, II), para cargos típicos de carreira, tais como aqueles relativos à área jurídica.” (ADI 2.125-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 6-4-2000, Plenário, DJ de 29-9-2000.)

O acusado, como Prefeito Municipal de (...), contratou as pessoas mencionadas na inicial acusatória para exercer funções de necessidade permanente em na administração municipal (auxiliar de serviços gerais, professor e vigia), por prazo indeterminado, sem que elas tivessem sido aprovadas previamente em concurso público e sem que suas respectivas contratações atendessem à necessidade temporária de excepcional interesse público prevista constitucionalmente no artigo 37, inciso IX.

Além disso, sustenta, baseando-se em arestos que não se amoldam à realidade destes autos, que a existência de leis municipais autorizando a contratação temporária de agentes públicos, para atender necessidade de excepcional interesse público, afasta a tipicidade da conduta referente ao artigo 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei nº 201/67.

Sucedo que não houve leis municipais (no plural), mas somente uma, de nº 015, sancionada pelo próprio acusado, em 30 de novembro de 2001, como se vê da fl. 193.

Com isso, são inevitáveis as seguintes conclusões:

- 1) as admissões de 09 (nove) dos 11 (onze) servidores ocorreram antes da vigência da lei municipal acima (fl. (...));
- 2) essa lei municipal inconstitucional, como já dito, não tinha a finalidade de atender necessidade de excepcional interesse público (há muitas provas nos autos nesse sentido);
- 3) ela não previu de forma precisa a determinabilidade temporal das admissões em análise, nem de outras, que ainda foram regulamentadas de forma genérica e abrangente (basta um simples leitura dessa lei, já transcrita acima nesta sentença); e
- 4) ainda que essa lei municipal (inconstitucional) tivesse entrado em vigor antes de todas as admissões realizadas pelo acusado, isso não o isentaria do dolo, tendo em vista que ele como prefeito também (não foi só o Poder Legislativo) participou do processo legislativo, sancionando o respectivo projeto de lei, quando sua obrigação era vetá-lo, por ser indubitavelmente inconstitucional ou, pelo menos, por contrariar o interesse público.

Dito isso, é inegável que o acusado (...), ao admitir em continuidade delitiva servidores contra expressa disposição de lei, atentou contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade, da legalidade e do concurso público, conforme preceitua a Constituição Federal (art. 37, *caput*, e II).

No caso, o dolo direto em todos esses crimes está configurado por manifesta vontade do acusado de admitir servidores contra expressão disposição de lei, ou seja, realizar condutas contrárias aos deveres de honestidade, imparcialidade e ilegalidade, notadamente frustrando a licitude do concurso público, nitidamente porque sua realização era exigível, amoldando-se ao artigo 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei nº 201/67 (11 (onze) vezes), combinado com o artigo 71 do Código Penal.

Essas condutas do acusado (admissões de servidores), além de dissimularem a ilegalidade de todas as contratações realizadas por ele, ainda tiveram como fim subjacente favorecer alguns apaniguados para ingressarem no serviço público municipal, sem prévia aprovação em concurso público, senão se veja:

“[...] que as pessoas arroladas à fl. 03 da denúncia ‘votavam’ no acusado, inclusive a depoente;” (fl. 366).

“[...] que as pessoas acima referidas era ligadas politicamente ao então prefeito ora acusado;” (fl. 367).

“[...] que a depoente e as três pessoas que lhe são conhecidas [Josefa Coutinho de Sousa, Joana Alves Catarina e Gilvani Catarina Alves] eram ligadas politicamente ao acusado naquela época.” (fl. 368).

Reforça-se: o acusado contratou as pessoas listadas na denúncia, sem que tivessem sido aprovadas previamente em concurso público. Esses fatos, como já dito acima, são incontroversos.

Sucede que a Constituição da República promulgada em 1988 reza em seu artigo 37, inciso II, que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso de provas ou de prova e títulos”.

Considerando que todas as contratações ocorreram na vigência dessa Magna Carta, não existe nenhuma possibilidade de que o acusado as tenha feito “sem saber” ou “sem querer”, por sua experiência política, por sua formação superior (engenheiro civil) e por ser de conhecimento público, até de pessoas leigas, a necessidade de concurso público, como forma de proteção da sociedade contra a apropriação privada do Estado em sentido amplo pelo mau gestor público.

Nesse diapasão, observa-se da transcrição a seguir como o acusado geria essas admissões:

“[...] que sabe dizer que contrato temporário precisa de alguns requisitos: necessidade e seleção; que acha que a seleção era feito por um aviso no rádio e flanelógrafo; que as pessoas compareciam às respectivas secretarias e eram escolhidas pelos secretários, não sabendo dizer quais eram os critérios.” (fl. 393 de seu interrogatório).

Presente, pois, o dolo nas condutas praticadas em continuidade delitiva pelo acusado e tipificadas no artigo 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei nº 201/67, combinado com o artigo 71 do Código Penal.

Como se extrai dos depoimentos testemunhais (fls. (...)) de (...), (...), (...) e (...), e dos documentos que acompanham a denúncia, todas essas pessoas foram contratadas (admitidas no início de 2001) pelo acusado, sem se submeterem a concurso público, por períodos que variavam entre 03 (três) e 04 (quatro) anos, para exercerem as funções de professora, auxiliar de serviços gerais, auxiliar de serviços gerais e professora, respectivamente.

Como se falar em contratação de cada uma dessas pessoas por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público,

se elas permaneceram indiscriminadamente, em sua maioria, quase seu mandato todo (2001/2004) em funções de necessidade permanente e sem que a municipalidade local tivesse a enfrentar alguma excepcionalidade que justificasse a não observância à regra do concurso público?

O acusado (...) não apresentou em juízo resposta convincente e satisfatória a essa indagação, não sendo razoável esperar de um gestor cumpridor de leis mais de 05 (cinco) anos para tomar a iniciativa de realizar o tão necessário e urgente concurso público no Município de (...). Como já dito, essas contratações, além de inconstitucionais, também lhe foram convenientes.

Isso reafirma o que já foi dito acima à exaustão: o acusado quis contratar (admitir) todas essas pessoas (servidores) e as demais constantes da denúncia, burlando a Constituição Federal em seu artigo 37, incisos II e IX.

Desse modo, o dolo em todas as condutas do acusado existe e foi comprovado nos presentes autos, não havendo nenhuma dúvida quanto à autoria e materialidade dos crimes lhe foram imputados, sendo irrelevante para sua ocorrência o fato de as pessoas que foram contratadas por ele terem efetivamente trabalhado ou que esses atos não tenham causado danos materiais (prejuízos) ao Município de (...).

Finalmente, não se depreende dos autos nenhuma das excludentes de ilicitude e o acusado (...) possuía consciência da ilicitude dos atos praticados por ele, e dele eram exigíveis condutas diversas das perpetradas.

Para a caracterização da continuidade delitiva, faz-se necessária a comprovação da prática de mais de uma ação (11 (onze) admissões) e de igualdade das condições de tempo (no mesmo mandato eletivo, sendo que 07 (sete) no mesmo dia), lugar (na mesma cidade), maneira de execução e outras semelhantes (admissões, contrariando as normas constitucionais dispostas no artigo 37, *caput*, e incisos II e IX, valendo-se o acusado de artifícios dolosos), sendo que a segunda admissão de servidor contra expressa disposição de lei foi desdobramento lógico da primeira e assim sucessivamente, demonstrando a existência de unidade de desígnios), nos termos do *caput* do artigo 71 do Código Penal, o que ocorreu no caso em tela.

Nesse passo, é importante destacar o entendimento jurisprudencial a seguir:

“[...] O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, quanto ao art. 71 *caput* do Código Penal, por força do número de infrações praticadas. Qualquer outro critério, subjetivo, viola o texto legal enfocado. Logo, no caso de sete ou mais infrações, o aumento deve dar-se na fração de 2/3 (dois terços) (Precedentes do STF e do STJ) [...]”
(STJ, REsp 773487/GO, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ de 12.02.07, p. 294).

Logo, no caso em exame, o critério de 2/3 (dois terços) de aumento das penas mais graves, nos termos do *caput* do artigo 71 do Código Penal, afigura-se o mais razoável, já que foram 11 (onze) os crimes praticados pelo acusado em continuidade delitiva.

Ante todo o exposto, e como restaram comprovadas a autoria e a materialidade de 11 (onze) crimes de admitir servidor contra expressa disposição de lei em continuidade delitiva, julgo procedente a pretensão punitiva estatal expressa na denúncia, para condenar o acusado (...), já qualificado nela, como incurso na sanção prevista no inciso XIII do artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67, combinado com seu parágrafo 1º, segunda parte, 11 (onze) vezes, em continuidade delitiva, na forma do *caput* do artigo 71 do Código Penal brasileiro.

Em razão da condenação acima, passo a fazer a dosimetria das penas deles, com base no artigo 68 do Código Penal.

Levando em consideração as circunstâncias judiciais prevista no artigo 59 do Código Penal, denoto que a conduta do acusado se demonstrou reprovável, em vista de seu modo consciente de agir em todas as admissões, já que sabia que estava contrariando as normas constitucionais dispostas no artigo 37, *caput*, e incisos II e IX, valendo-se de artifícios dolosos (lei municipal inconstitucional sancionada por ele, suposta e inexistente liminar que interferisse efetivamente em sua administração e ausência de fatos que justificassem verdadeiramente as admissões realizadas em sua gestão), para tentar, em vão, justificá-las, durante o período de quase um de seus mandatos eletivos em sua integralidade (culpabilidade intensa); possui bons antecedentes, nos termos da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça (“É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”), apesar da vastas ações penais que figura como réu constantes da certidão de fl. 431; a análise da conduta social do acusado restou prejudicada, sobretudo por estar nos dias de hoje residindo em outra cidade, depois que deixou terminou seu último mandato; não há como se inferir nos autos a personalidade do agente; o motivo do crime foi favorecer alguns apaniguados para ingressarem no serviço público municipal, sem prévia aprovação em concurso público; não há mais outras circunstâncias dignas de nota, além da quais já mencionadas na culpabilidade, que não favorecem o acusado; as consequências desse crime foram gravíssimas à sociedade, que ficou privada do exercício de funções públicas, tais como professores, por parte de servidores aprovados em concurso público por vários anos (pelo menos quatro anos), para se sujeitar às escolhas do acusado à revelia das leis em sentido amplo e sem obedecer a nenhum outro critério que não fosse o político; não há de se falar em comportamento da(s) vítima(s).

À vista dessas circunstâncias judiciais em sua grande maioria desfavoráveis é que fixo a pena-base acima do mínimo legal em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de

detenção, a qual fixo em definitivo, por não haver circunstâncias atenuantes e agravantes, nem causas de diminuição e de aumento de pena a serem observadas nestes autos.

Essa pena definitiva acima (02 (dois) anos e 03 (três) meses de detenção) é a mesma para todos os demais crimes praticados em continuidade delitiva pelo acusado, por não ter havido modificação significativa para fins de dosimetria da pena na prática deles.

Em razão disso, e nos moldes do *caput* do artigo 71 do Código Penal (crime continuado), à vista da existência da prática de 11 (onze) crimes, os quais tiveram suas penas devidamente dosadas acima de forma idêntica, aplico ao réu (...) a pena de um só dos crimes, aumentada de 2/3 (dois terços), conforme restou consignado no bojo desta sentença, **ficando ele definitivamente condenado à pena de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de detenção.**

O réu deverá cumprir a pena em regime aberto, a teor do artigo 33, parágrafo 2º, alínea “c”, do Código Penal.

No termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal, deixo de substituir a pena privativa de liberdade acima por penas alternativas, tendo em vista que a culpabilidade do réu, o motivo e as circunstâncias dos crimes praticados em continuidade delitiva já analisados na primeira fase da dosimetria de suas penas não indicam que essa substituição seja socialmente recomendável e suficiente à repressão dos delitos em apreço, além de terem justificado a fixação das penas-bases acima do mínimo legal em todos eles, nos molde da Súmula nº do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do (...), que reza:

“Súmula nº 10 - TJCE: Pode o magistrado fixar a pena-base acima do mínimo em abstrato, ainda que seja o réu primário e de bons antecedentes, desde que fundamentada a exacerbação nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, com expressa referência à prova dos autos.”

Declaro a inabilitação do réu, pelo prazo de 05 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, nos moldes do parágrafo 2º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67.

Concedo a ele o direito de recorrer em liberdade, por assim ter permanecido durante todo esse processo-crime, sem que fosse necessária sua prisão cautelar.

Ainda condeno o réu ao pagamento das custas, nos termos da lei.

Após o trânsito em julgado desta sentença, tomem-se as seguintes providências:

- a) Lance-se o nome do réu no rol dos culpados;
- b) Oficie-se à Justiça Eleitoral, para os fins do artigo 15, inciso III, da Constituição da República e do artigo 71, parágrafo 2º, do Código Eleitoral;

c) Oficie-se à Secretaria de Segurança Pública do Estado do (...), com vistas a alimentar os sistemas de informações cadastrais de seus órgãos de repressão criminal;

d) Oficie-se à União, ao Estado do (...) e, ao menos, ao Municípios de (...) e de (...) (fl. 393), no Estado do (...), e ao Município de (...), no Estado da (...), nas pessoas de seus representantes legais, acerca da inabilitação do réu, pelo prazo de 05 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação;

e) Expeça-se a guia de recolhimento, na qual será oportunamente designada audiência admonitória, com o objetivo de estabelecer as regras para o cumprimento da pena privativa de liberdade a que foi condenado o réu; e

f) Depois de cumprido o disposto na letra e), arquivem-se estes autos (nº (...)), com as cautelas de praxe.

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

30 de junho de 2011.

Leonardo Afonso Franco de Freitas
Juiz Substituto

Ação Revisional de Cláusula Contratual - Declaratória de Nulidade e Repetição de Indébito com pedido de Tutela Antecipada

Lira Ramos de Oliveira

SENTENÇA

Processo nº (...)

Vistos, etc.

Cogita-se de Ação Revisional de Cláusula Contratual c/c Declaratória de Nulidade e Repetição de Indébito com pedido de Tutela Antecipada, ajuizada por (...), em desfavor de (...) – (...), aduzindo em síntese:

Em 30/05/202, contratou com a requerida, prestação de serviços médico-hospitalares, por meio do Plano (...), para si e suas filhas (...) e (...). Ficou surpresa ao receber a fatura da promovida, em 05/01/2010, em que o valor decorrente de seu plano com reajuste de 154,15%, ou seja teria passado de R\$ 212,77 (duzentos e doze reais e setenta e sete centavos), referente aos meses de outubro e novembro de 2009 para R\$ 540,76(quinhetos e quarenta reais e setenta e seis centavos), no mês de janeiro de 2010, acima do previsto, enquanto os valores de suas dependentes permaneciam o mesmo; foi informada que a cobrança de tal valor teria sido por consequência da mudança de idade., pois de acordo com a tabela fornecida no contrato (cláusula 13.3), há essas variações em decorrência da mudança de faixa etária.

Requer, a tutela antecipada *inaudita altera par* determinando que a empresa promovida emita boletos de pagamento no valor cobrado anteriormente ao aumento abusivo (212,77) ou alternativamente, autorizar o depósito em juízo do referido valor, suspendendo a cobrança do valor reajustado(540,76), sob pena de multa diária de R\$ 1.00000(hum mil reais)

Finalmente requer Declarar a nulidade das cláusulas contratuais abusivas do reajuste das parcelas do plano de saúde pela mudança da faixa etária, especialmente as cláusulas 13.1 e 13.3; Repetição do Indébito, da devolução em dobro das parcelas pagas a maior, a partir do mês de janeiro/2010; Inversão do ônus da prova e a procedência do pedido.

Instruiu o pedido, com os documentos de fls. 15 usque 26, destacando-se os referidos valores (fls. 2021); o contrato (fls. 22/26

Contestação: acostada à fls. 31/41, sem preliminares. Anexou os documentos de fls. 42/81. Réplica, às fls. 87/101

Relatados. Decido

Deferida a justiça gratuita

Contestação sem preliminares

TUTELA ANTECIPADA

Requer, a tutela antecipada *inaudita altera par* determinando que a empresa promovida emita boletos de pagamento no valor cobrado anteriormente ao aumento abusivo ou alternativamente, autorizar o depósito em juízo do referido valor, suspendendo a cobrança do valor reajustado(540,76), sob pena de multa diária de R\$ 1.00000(hum mil reais).

No azo, hei por bem conceder a tutela antecipada, deferindo o pedido alternativo de depósito em juízo do referido valor, suspendendo a cobrança do valor reajustado(540,76), sob pena de multa diária de R\$ 1.00000(hum mil reais), porque presentes os requisitos dos arts. arts. 273, I,II, do CPC e 84§ 3º do CDC, pois a demora no reconhecimento do direito do autor configura, dano irreparável ou de difícil reparação, porque a cobrança adotada pela demandada inclui a restrição de crédito pela inclusão do seu nome nos cadastros de inadimplentes, corroborando com o abuso de direito da promovida que determinou o cancelamento do contrato), como comprova às fl. 85, 86.

Ressalte-se ainda, que a parte promovida não se reportou em sua contestação sobre a tutela antecipada, merecendo prosperar o teor da Réplica, às fls. 87/101, de que a demandada não observou aos princípios da eventualidade e do ônus da impugnação especificada, devendo ser declarada sua revelia em relação ao pedido liminar de tutela antecipada

REVISIONAL DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE POR FAIXA ETÁRIA: Declaração de Nulidade e Devolução das parcelas pagas a maior.

Na proeminal, a parte autoral aduz que desde 2002, contratou com a requerida, prestação de serviços médico-hospitalares, por meio do Plano (...), para si e suas filhas, recebeu fatura da promovida, em 05/01/2010, em que o valor decorrente de seu plano com reajuste de 154,15%, ou seja teria passado de R\$ 212,77 (duzentos e doze reais e setenta e sete centavos), referente aos meses de outubro e novembro de 2009 para R\$ 540,76(quinhetos e quarenta reais e setenta e seis centavos), no mês de janeiro de 2010, acima do previsto, enquanto os valores de suas dependentes permaneciam o mesmo; **Finalmente requer Declarar a nulidade das cláusulas contratuais abusivas do reajuste das parcelas do plano de saúde pela mudança da faixa etária, especialmente as cláusulas 13.1 e 13.3; Repetição do Indébito, da devolução em dobro das parcelas pagas a maior, a partir do mês de janeiro/2010.**

Lado outro, na **Contestação** confirma o contrato com a autora ao plano (...) Regional em 30/05/2002, regulamentado pela Lei 9.656/98; **diz** que não há definição para os percentuais de reajuste entre as faixas, mas fica estabelecido que o valor para última faixa não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária; aduz que a promovida tem o direito de estipular faixas etárias, sendo os contratos assinados entre janeiro/1999 e dezembro/2003 há sete faixas, sendo a 5ª faixa "50 a 59 anos" e a sexta de "60 a 69 anos", sendo legal o reajuste por mudança de faixa etária compreendida no intervalo de 60 a 69 anos, nos planos de saúde contratados antes de 2004, como no caso em tela, preservando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido; Para os contratos assinados a partir de janeiro/2004 há dez faixas, sendo a 9ª "54 a 58 anos" e a décima "59 anos ou mais). o valor estabelecido orbitava em torno de R\$ 139,50; em janeiro/210, o seu plano teve valor reajustado em decorrência da mudança da faixa etária, tendo em vista que em 27/12/2009 a autora completou 60 anos, o que acarretou a alteração do intervalo de faixa etária subsequente, de acordo com a previsão contratual. Migrando o beneficiário para o intervalo que abrange as idades de 60 a 69 anos, ficando a mensalidade em 540,76, no percentual estipulado em 141,29% e os demais firmados anteriormente continuam a ser regidos pela Lei em vigor na data da assinatura do contrato, conforme o art. 6º da LICC Lei em vigor na data da assinatura do contrato (art. 15 da Lei 9.656/98 c/c art. 1º da Resolução 06/98 do CONSU) sendo legal o reajuste por mudança de faixa etária compreendida no intervalo de 60 a 69 anos, nos planos de saúde contratados antes de 2004 através da cláusula 13.3 o reajuste na mudança de idade, no caso a autora completou 60 anos em julho/2010, passando de uma faixa etária (50 a 59 anos), para outra de (60 a 69 anos); a porcentagem no ano de 2010 foi de 673, no aniversário do plano, autorizado pela ANS e a mensalidade passou a ser R\$ 57715, conforme boleto de maio, tendo o plano o módulo odontológico, tem-se o valor final de R\$ 597,78; salienta que o reajuste por mudança de faixa etária incidiu no mês de julho de 2010, de acordo com o art. 15 da Lei 9.656/98, sendo o reajuste aplicado de acordo com a faixa etária expressa no contrato; aduz que o aumento posterior, de 6,73 % foi estabelecido pela ANS com reajuste dos custos médicos e hospitalares, no interregno de um ano. Ressalta que o Estatuto do idoso aplica-se apenas aos contratos celebrados após sua edição, ou seja, após 01 de janeiro de 2004. Os demais firmados anteriormente continuam a ser regidos pela Lei em vigor na data da assinatura do contrato, conforme o art. 6º da LICC Lei em vigor na data da assinatura do contrato (art. 15 da Lei 9.656/98 c/c art. 1º da Resolução 06/98 do CONSU).

O ponto nodal da questão é a declaração da nulidade da cláusula contratual (13.3) que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calculada exclusivamente, por mudança de faixa etária, merecendo prosperar as alegativas da parte autoral, porque no

caso em liça, *o pacta sunt servando* é mitigado, devendo ser nula a referida cláusula, a teor do art. 51, IV, do CDC, c/c art. 15 §3º do Estatuto do Idoso-Lei 10.41/2003) que veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade, sendo pífio o argumento da promovida que o estatuto do idoso aplica-se após janeiro/2004. Daí hei por bem acatar o pedido de revisão contratual e Declarar a nulidade das cláusulas contratuais abusivas do reajuste das parcelas do plano de saúde pela mudança da faixa etária, especialmente as cláusulas 13.1 e 13.3:

Nesse perfilhar, é a jurisprudência:

ACÇÃO REVISIONAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DAS MENSALIDADES DE ACORDO COM A FAIXA ETÁRIA DO SEGURADO. ESTATUTO DO IDOSO. IMPOSSIBILIDADE. O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) tem aplicabilidade imediata em razão de seu caráter de ordem pública e interesse social, sem que isso represente ofensa ao ato jurídico perfeito (precedentes do STJ). O art. 15, § 3º, do referido Diploma veda a cobrança diferenciada da mensalidade dos Planos de Saúde em razão da faixa etária do usuário. Recurso Provido. (TJMG: 5569037-73.2009.8.13.0145. Des. Marcos Lincoln. J 20/10/2010).

No mesmo sentido:

ACÇÃO COMINATÓRIA. REAJUSTE DE MENSALIDADE DE PLANO SAÚDE EM DECORRÊNCIA DO IMPLEMENTO DE IDADE. IMPOSSIBILIDADE. ESTATUTO DO IDOSO. APLICABILIDADE. INDÉBITO. REPETIÇÃO REGULAR. O reajuste de mensalidade de plano de saúde, embasado. Exclusivamente, em implemento de idade, especificamente, no alçamento de 60 (sessenta) anos, viola o Estatuto do Idoso, aplicável ao caso e, bem assim, a cláusula merece anulação. A repetição do indébito, ausente prova da má-fé e intenção de lesar não deve se dar em dobro. Parcialmente Provido. (TJMG: 5096585-33.2009.8.13.0145. Des. Otávio Portes. j. 01/09/2010).

Consequentemente, é cabível a Revisão contratual, com a nulidade da referida cláusula abusiva. No entanto não é cabível a repetição do indébito (te art. 42, § único do CDC, da devolução em dobro das parcelas pagas a maior, porque não se configura a má-fé da promovida, devendo ser devolvido o valor pago a maior, a partir do mês de janeiro/2010. Ressalte-se que a falta de informação à autora, do referido reajuste, violando o seu direito à informação, nos termos do art. 46 do CDC; .

Em face ao exposto, ratifico em todos os seus termos a tutela antecipada concedida em epígrafe, julgando procedente em parte o pedido, com resolução do mérito, com arrimo no art. 269, I, do CPC, de revisão do contrato, declarando a nulidade da cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade plano de saúde, por mudança de

faixa etária, especialmente as cláusulas 13.1 e 13.3; determinando que a parte promovida devolva as parcelas pagas a maior, de forma simples, a partir do mês de janeiro/2010, continuando o contrato de plano de saúde.

Sem custas e honorário advocatício por ser justiça gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Fortaleza, 07 de maio de 2012

Lira Ramos de Oliveira
Juíza de Direito

Ação Cominatória Cumulada com Pedido de Compensação por Danos Morais

Lisete de Sousa Gadelha

SENTENÇA

Trata-se de ação ordinária formulada por (...) e (...) em desfavor da (...) - (...).

Alega a parte autora que (...) é beneficiária de plano de saúde como dependente da genitora, (...), através de contrato celebrado entre a promovida e o (...) - (...)

Aduz que (...) sempre foi obesa, apesar dos tratamentos que já realizou e, em virtude dos problemas de saúde física e mental que padece causados pela obesidade, procurou um médico especialista que lhe indicou o tratamento cirúrgico denominado (...) ((...)).

Acrescenta que a necessidade de realizar a cirurgia foi diagnosticada tanto pelo médico cirurgião como pelo ortopedista e traumatologista, conforme atestados anexos.

Afirma, ainda, que a promovida negou a realização da cirurgia sob o argumento de que o procedimento era excluído pela cláusula 7.1 do contrato tendo em vista que não estaria incluído na THM (Tabela de Honorários Médicos) da AMB (Associação Médica Brasileira).

Requeru, por fim, a antecipação da tutela para que fosse determinada a realização da intervenção cirúrgica banda gástrica ajustável ((...)) e, ao final, a confirmação da tutela antecipada.

A inicial veio acompanhada de : procuração *ad judicium*; comunicação de indeferimento da cirurgia requerida pela autora; pedido de internação hospitalar; atestado médico afirmando a necessidade da cirurgia gástrica ajustável; atestado médico informando a existência de problemas de ortopedia; contrato de prestação de serviços médico-hospitalares entre o (...) - (...) e a (...) - (...) (fls. 37/49).

Foi determinada a emenda da inicial, tendo sido juntados comprovantes de pagamento do plano de saúde, documentos pessoais das autoras e declaração do imposto de renda (fls. 51/55 e).

A tutela antecipada foi deferida, conforme decisão que repousa às fls. 56/58.

A promovida contestou alegando, em apertada síntese, que: a) carência de ação por se tratar de pedido juridicamente impossível, nos termos do artigo 267, VI do CPC; b) inépcia da inicial porque o pedido não decorre da narração dos fatos, não tendo sido, inclusive, alegada abusividade de cláusula contratual, razão pela qual o processo deveria ser extinto na conformidade do artigo 267, I e 295, I do CPC; c) ausência de interesse do Ministério Público; d) a Ré negou o

procedimento com fundamento na cláusula 4.2.3. do contrato firmado entre a (...) e o (...), assim como na cláusula 7.1.; d) o indeferimento da realização da cirurgia baseou-se em dispositivo legal e contratual; e) Inexiste motivo para desconsiderar o contrato, como ato jurídico perfeito que vincula as partes.

Intimadas as partes para se manifestar acerca da possibilidade de conciliação, a parte ré afirmou que não tinha interesse tendo em vista que o contrato da promotente é anterior à Lei nº 9.656/98 e não regulamentado e, que, portanto, não teria a obrigação de arcar com os custos da cirurgia, requerendo, ainda, o julgamento antecipado da lide (fls. 270/273 e 292).

Designada mais uma audiência de conciliação, restou prejudicada em face da ausência da autora, conforme se observa no termo de fl. 296.

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR. DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

Mostra-se desnecessária a realização de instrução, com produção de prova pericial ou oral, tendo em vista que a parte promovida requereu o julgamento antecipado da lide, conforme se observa às fls. 270/273 e 292, enquanto a autora se quedou inerte.

Assim sendo, considerando que a ré deixou de contestar a necessidade da referida cirurgia e diante da declaração do médico de que a autora é portadora de obesidade mórbida, conclui-se que restou provada a necessidade de realização da cirurgia de banda gástrica ajustável (...), consoante documentos de fls. 39/40.

Torna-se imperioso reconhecer a possibilidade de julgamento antecipado da lide por se tratar apenas de questão de direito, tendo em vista que o cerne da discussão diz respeito apenas à obrigatoriedade ou não da promovida custear a despesa da referida cirurgia.

Nesta ordem de idéias, aplicável ao caso o disposto no artigo 330, inciso I do CPC: Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo a sentença: I quando a questão for unicamente de direito, ou, **sendo de direito e de fato, não houver necessidade de prova em audiência**: (sem grifos no original).

DAS PRELIMINARES ARGUIDAS NA CONTESTAÇÃO

Não assiste razão à parte ré em relação às preliminares arguidas na contestação.

Com efeito, o pedido da autora é juridicamente possível tendo em vista que pretendia que a promovida fosse condenada a cumprir obrigação de fazer a cirurgia necessária ao tratamento contra a obesidade, situação recorrente nas varas cíveis e que encontram disciplina no Código de Defesa do Consumidor.

A promovente colaciona vários acórdãos nos quais constam os fundamentos jurídicos do seu pedido, motivo pelo qual não se pode extinguir o processo por carência de ação em virtude da falta de interesse de agir.

No que tange à alegada inépcia, em virtude do pedido não decorrer logicamente dos fatos alegados, deve-se considerar que, apesar de a petição inicial incluir informações excessivas e desnecessárias acerca da situação das pessoas em obesidade, conclui-se, claramente, que pretendia obter provimento jurisdicional para que fosse determinada a realização da cirurgia às expensas da ré, insurgindo-se a autora contra a recusa baseada na cláusula contratual que julga descabida, tanto que assim foi concedida a tutela antecipada.

Desta maneira, rejeito as preliminares arguidas na contestação.

DO MÉRITO

A autora se insurge contra a cláusula contratual excludente da cobertura da cirurgia banda gástrica ajustável (...), tendo em vista que sofreria de obesidade mórbida com risco de vida, apneia do sono, doenças articulares, hipertensão arterial (fl. 40).

Por sua vez, a parte ré sustenta a ausência de previsão contratual tendo em vista que a cláusula 7.1 do contrato de prestação de serviço médico-hospitalar excluiria os procedimentos não citados na THM (Tabela de Honorários Médicos) da AMB (Associação Médica Brasileira), edição 1992, dentre eles a cirurgia pretendida pela autora, além de o contrato celebrado com a promovente haver sido celebrado antes da Lei nº 9.656/98.

De início, cumpre dizer que, atualmente, inexistem dúvidas acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela: Súmula 469 do STJ: *Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.*

A negativa de realização da cirurgia pela operadora do plano de saúde, ora promovida, contraria o Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, os relatórios e as declarações de médicos acostados pela parte autora, conforme se vê às fls. 39/41, trouxeram a certeza de que a obesidade mórbida da promovente requer a realização de cirurgia de cirurgia banda gástrica ajustável (...) para tentar salvar a própria vida da paciente, ora autora, ou seja, não se trata de operação de cunho estético.

Também se deve considerar que o plano de saúde não pode privar o paciente dos avanços da ciência e negar cobertura da cirurgia requerida pelo médico pelo simples fato de que a promovente celebrou o contrato antes da Lei nº 9.656/98, pois nem mesmo a operadora do plano de saúde seria capaz de prever as inovações da medicina.

Assim, caberia à promovida proceder nos termos do artigo 35 da Lei nº 9.656/98, de molde a esclarecê-la acerca da necessidade de adaptar o seu contrato à sistemática da referida lei, ou, pelo menos, de informá-la acerca dos procedimentos que não seriam cobertos, como, no caso em análise, a cirurgia solicitada.

É neste sentido que se deve reconhecer a abusividade da cláusula 7.1, invocada pela promovida para negar a realização da cirurgia gástrica, pois restou clara a violação ao princípio da boa-fé, haja vista que a contratante, ora autora, não teve a informação adequada acerca do serviço que lhe era prestado, até porque, como já dito, diante das inovações da ciência, não teria como saber que depois de anos em que já pagava plano de saúde, surgiria tratamento mais moderno e adequado para o tratamento do seu problema de saúde.

Também não se pode admitir que a exclusão da cirurgia de estômago seria válida, como cláusula limitativa de direito em contrato de adesão, previsto legalmente no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Não se está olvidando que o contrato de prestação de serviço de saúde, como contrato de adesão, encontra previsão legal, mas as cláusulas limitativas do direito dos contratados devem ser sempre redigidas de forma clara e inequívoca para o segurado, consoante prevê o próprio artigo 54, §3º da Lei nº 8.078/90: *Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar a sua compreensão pelo consumidor.*

Nesta ordem de idéias, a paciente jamais teria como saber que apesar de o plano de saúde contratado cobrir genericamente cirurgias e a especialidade de gastroenterologia, conforme se observa na cláusula 4.4, constante à fl. 169, não permitiria também a cirurgia requerida pela autora.

Por oportuno, cumpre dizer que não é razoável exigir do consumidor conhecer quais os procedimentos citados na THM (Tabela de Honorários médicos) da AMB (Associação Médica Brasileira), edição 1992, ou seja, a exclusão de cobertura do procedimento benéfico à promovente foi fundamentado numa cláusula genérica e aberta, sem transparência para um leigo, que sequer tem acesso à referida tabela.

Exatamente neste ponto residuiu toda a abusividade da cláusula limitativa de número 7.1, pois ao paciente cabe o direito à *informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem* (artigo 6º, III da Lei nº 8.078/90).

Também não se mostra razoável, diante do princípio da boa-fé objetiva (artigos 422 do Código Civil e 4º, inciso III e 51, V do Código de Defesa do Consumidor), que impõe o dever de probidade, transparência e lisura no comportamento dos contratantes que a exclusão da cirurgia necessária ao tratamento da autora tenha tido por base Cláusula de difícil compreensão ou conhecimento por parte da usuária do plano de saúde, haja vista, que, como já foi dito, faz remissão à tabela THM (Tabela de Honorários médicos) da AMB (Associação Médica Brasileira), edição 1992, que não se exige ser do conhecimento dos consumidores.

Quanto à invocação do contrato como ato jurídico perfeito, cumpre dizer, por oportuno, que o princípio do *pacta sunt servanda* encontrou o seu apogeu no Estado liberal clássico, emanado da Revolução Francesa, no qual se acreditava que o equilíbrio e a justiça do

contrato decorriam da liberdade de contratar, idéias que deram sustentação à teoria contratual do Século XIX.

Todavia, no Século XX abrandou-se a liberdade de contratar em homenagem ao dirigismo contratual, deixando o Estado de ser mero espectador para controlar e dirigir os contratos, impondo, inclusive, cláusulas de proteção ao mais fraco na relação contratual.

Nesse contexto se deve ver a legislação consumerista, no caso o Código de Defesa do Consumidor, como um abrandamento do *pacta sunt servanda*, na medida em que afasta cláusulas abusivas em homenagem ao princípio da boa-fé, nos termos do artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor.

A paciente-contratante, ora autora, sequer tinha condições de saber, por se tratar de leiga e hipossuficiente na relação com o plano de saúde, que necessitaria de cirurgia diversa do extenso rol elencado no qual consta linguagem técnica e inacessível, devendo-se ressaltar que o seu contrato cobria genericamente cirurgia geral e a especialidade de gastroenterologia, razão pela qual deve ser beneficiada com a interpretação mais benéfica, nos termos do artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, de forma a lhe conceder o tratamento mais adequado. Neste sentido, decidiu o STJ:

Civil. Recurso especial. Ação cominatória cumulada com pedido de compensação por danos morais. **Plano de saúde firmado em 1992. Recusa de cobertura de gastroplastia redutora, conhecida como 'cirurgia de redução de estômago', sob alegação de ausência de cobertura contratual. Operação recomendada como tratamento médico para gravíssimo estado de saúde e não com intuito estético.** Técnica operatória que passou a ser reconhecida nos meios médicos brasileiros em data posterior à realização do contrato. Acórdão que julgou improcedentes os pedidos com base na necessidade de manutenção da equivalência das prestações contratuais. **Extensão da cláusula genérica relativa à cobertura de 'cirurgias gastroenterológicas' para a presente hipótese.**

O CDC é aplicável à controvérsia, ao contrário do quanto afirmado pelo acórdão.

A discussão sobre a equivalência das prestações deveria ter levado em conta que a análise contratual correta, em termos econômicos, depende, necessariamente, do estudo de dois momentos distintos no contrato de seguro-saúde: o primeiro é relativo à definição das doenças cobertas, e o segundo, às eventuais previsões de tratamentos específicos para tais doenças.

Se o contrato previa a cobertura para a doença, qualquer constatação de desequilíbrio financeiro a partir da alteração do tratamento dependeria, naturalmente, de uma comparação analítica entre os custos derivados das duas prescrições aquela prevista no momento da contratação e aquela desenvolvida mais tarde.

Sem tal comparação, a argumentação desenvolvida é meramente hipotética, pois se presume, sem qualquer demonstração, que a nova técnica é necessariamente mais custosa do que a anterior.

Não se desconsidera, de forma apriorística, a importância do princípio da equivalência das prestações nos contratos comutativos;

porém, é de se reconhecer que a aplicação desse cânone depende da verificação de um substrato fático específico que aponte para uma real desproporção entre as prestações, não se admitindo que a tutela constitucional dos direitos do consumidor seja limitada com base em meras suposições.

A ausência de adaptação do contrato às disposições da Lei nº 9.656/98 que prevê expressamente a cobertura para a cirurgia de redução de estômago é ponto irrelevante, pois a controvérsia, conforme visto, se desenvolve unicamente na perspectiva da análise do contrato firmado em data anterior a tal Lei.

A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor.

É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada. Precedentes do STJ. Recurso especial provido.

(REsp 1106789 / RJ, RECURSO ESPECIAL 2008/0285867-3, ReLMinistra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma do STJ, julgado em 15/10/2009, publicado no DJe 18/11/2009, RDTJRJ vol. 83 p. 114) (Sem grifos no original)

ANTE O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial para: a) rejeitar as preliminares arguidas na contestação; b) declarar a nulidade da cláusula 7.1 do contrato com fundamento no artigo 51, inciso IV da Lei nº 8.069/90; c) ratificar a tutela antecipada concedida às As. 56/58, condenando a (...) ao custeio de todas as despesas decorrentes da cirurgia banda gástrica ajustável (...).

Em face da sucumbência, condeno a requerida ao pagamento de custas e de honorários, que fixo em R\$ 1.000,00 (um mil reais) considerando o disposto no artigo 20, §4º do CPC, que sequer foi realizada audiência de instrução e matéria já decidida nos Tribunais Superiores indicando, portanto, que a causa não possui elevada complexidade.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se, e certificado o trânsito em julgado, aguarde-se o lapso de trinta (30) dias a manifestação da parte interessada para efeito de cumprimento da sentença, que deve observar as orientações do art. 475-1 e 461, ambos da Lei Adjetiva Civil, empós, dê-se baixa na distribuição e arquite-se, com inteira observância das formalidades legais.

Apelação - Plano de Saúde - Incidência do CDC

Lisete de Sousa Gadelha

SENTENÇA

Trata-se de ação ordinária formulada por (...) em desfavor da (...) - (...).

Alega o autor que celebrou um contrato de plano de saúde privado com a Cooperativa requerida de nº (...) e que efetuou os pagamentos das mensalidades até abril de 2005, quando deixou de receber a cobrança.

Aduz que, após realizar contato com a Central de Atendimento, foi informado que o contrato foi encerrado por falta de pagamento da mensalidade de janeiro de 2005, embora tenha argumentado que efetuou o pagamento das parcelas subsequentes, de fevereiro a abril de 2005, além de nunca haver recebido qualquer cobrança da parcela de janeiro de 2005.

Acrescenta que promovida apenas lhe ofereceu novo plano, o qual não teria condições de pagar, tendo sido excluído pela requerente porque o seu plano era antigo e defasado, ainda que motivando a denúncia unilateral e arbitrária na alínea “b”, inciso II do artigo 13 da Lei nº 9.656/98.

Assim sendo, requereu tutela antecipada requerendo o restabelecimento do contrato e a emissão do boleto relativo à mensalidade de janeiro de 2005 e, ao final, o julgamento procedente da tutela antecipada.

A inicial veio acompanhada de procuração aã judícia (fl. 14); declaração de pobreza (fl. 15); boletos da (...) com vencimento de outubro a dezembro de 2004 e de fevereiro a abril de 2005 (fls. 16/21); cópia de atestado médico informando que o autor é portador de úlcera duodenal (fl. 22).

A tutela antecipada foi indeferida às fls. 24/26.

A promovida contestou alegando, em apertada síntese, que: a) o autor celebrou p contrato de assistência médico-hospitalar com a (...), sendo beneficiário da modalidade (...) Enfermaria sem Obstetrícia, desde 23/02/2000, e teria sido excluído definitivamente do contrato em 05 de maio de 2005 por inadimplência do mês de JANEIRO/05; b) Foram enviadas faturas mensais para o autor, nas quais constavam documentos intitulados “Extrato & Informações”, nas quais constavam o número de dias cumulativos de atraso da fatura, assim como a inadimplência da parcela relativa a janeiro de 2005; c) O autor possuiria histórico de cancelamento por inadimplência em 04 de fevereiro de 2001, que foi reativado por liberalidade da promovente em 23 de fevereiro

de 2001; d) O promovente atingiu mais de 60 (sessenta) dias de inadimplência, tendo sido enviadas várias notificações de vencimento em cada fatura, até haver sido resolvido, de pleno direito, o contrato; e) O artigo 13 da Lei nº 9.659/98 permite que o contrato seja cancelado desde que ocorra até 60 (sessenta) dias em atraso cumulativos ou não, tendo a resolução unilateral observado o subitem 12.3, alínea “b”, do contrato.

Na réplica à contestação, de fls. 89/91, o autor alegou que não foi constituído em mora e sequer cobrado pela parcela do plano de saúde relativa ao mês de janeiro de 2005 e que a cláusula contratual invocada para rescindir o contrato é abusiva.

Intimadas as partes para informar se tinham provas a produzir, apenas a ré se manifestou pelo julgamento antecipado, enquanto a autora se quedou inerte, conforme se observa às És. 93/94.

Restou infrutífera a tentativa de conciliação, conforme se observa à fl. 97.

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR.

DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

Mostra-se desnecessária a realização de instrução, com produção de prova pericial ou oral, tendo em vista que as partes deixaram de requerer a produção de provas, apenas a ré se manifestou pelo julgamento antecipado, enquanto a autora se quedou inerte, conforme se observa às fls. 93/94.

Ademais, inexistente controvérsia acerca da inadimplência da parcela de janeiro de 2005, que as partes concordam que deixou de ser paga.

Torna-se imperioso reconhecer a possibilidade de julgamento antecipado da lide por se tratar apenas de questão de direito, tendo em vista que o cerne da discussão diz respeito apenas à possibilidade de rescisão contratual em virtude da inadimplência da parcela de janeiro de 2005.

Nesta ordem de idéias, aplicável ao caso o disposto no artigo 330, inciso I do CPC: Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo a sentença: I quando a questão for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de prova em audiência: (sem grifos no original).

DO MÉRITO

O autor alega que teve o seu plano cancelado em virtude de haver deixado de pagar a parcela do mês de janeiro de 2005, embora afirme não haver recebido qualquer cobrança.

Por sua vez, a parte ré alega que cancelou o plano de saúde do promovido com fundamento no artigo 13, parágrafo único, inciso II da Lei nº 9.656/98 e na cláusula 12.3, item “b” do contrato de prestação de serviço médico-hospitalar, tendo em vista que teria ficado inadimplente com a parcela de janeiro de 2005 por mais de 60(sessenta) dias.

Não se pode olvidar que, atualmente, inexistem dúvidas acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela: Súmula 469 do STJ - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Cumpra observar que o contrato de prestação de serviço de saúde se classifica como bilateral, na medida em que prevê obrigação pecuniária do contratante para receber a prestação do serviço da parte adversa.

Neste passo, inexistente dúvida acerca da inadimplência do promovido no mês de janeiro de 2005, fato inclusive confessado pelo autor.

Analisando a documentação apresentada pelo autor, não se observa qualquer advertência acerca de sua inadimplência nas FATURAS (...), na qual foram cobradas as parcelas de fevereiro a abril de 2005, conforme se observa às fls. 19/21 dos autos.

Na verdade, o autor, por displicência ou desídia deixou de pagar a fatura de janeiro de 2005, talvez acreditando que a promovida não suspenderia a prestação do serviço antes de notificá-lo, pois já havia conseguido restabelecer o plano outras vezes depois de cair em inadimplência, conforme cancelamentos acontecidos em 2000 e 2001(extratos de As. 49/50).

No entanto, diante da nova inadimplência, a promovida rescindiu o contrato do promovido sem qualquer notificação, causando-lhe dano ao deixar de prestar o serviço sem, ao menos, lhe dar oportunidade de pagá-lo, tendo em vista a ausência de prova da notificação do promovente nos autos.

Analisando a documentação apresentada pelo autor, contrariamente do que alega a promovida, não se observa qualquer advertência acerca de sua inadimplência nas FATURAS (...), na qual foram cobradas as parcelas de fevereiro a abril de 2005 (fls. 19/21).

É importante observar que a prova de que o autor foi notificado nos termos do artigo 13, parágrafo único, inciso II da Lei nº 9.656/98 cabe à ré, na conformidade do artigo 6º, VIII da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Na realidade, ao deixar de notificar o consumidor, ora autor, nos termos do artigo 13, parágrafo único, inciso II da Lei nº 9.656/98, a promovida incidiu na conduta vedada do *venire contra factum proprium*, conforme nos ensina (...):

O *venire contra Jactam proprium* é uma vedação decorrente do princípio da confiança. Trata-se de um tipo de ato abusivo de direito.
(...)

1 Direito Civil Sistematizado. Forense: Rio de Janeiro, 2012, pp. 294-295.

Segundo a doutrina, para a aplicação do instituto é necessária a presença de quatro requisitos:

- Um comportamento;
- A geração de uma expectativa;
- O investimento na expectativa gerada ou causada;
- O comportamento contraditório ao inicial, que gere um dano, ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.

E nas notas de rodapé o referido autor cita:

“Art 422. A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil” (Enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil).

Um bom exemplo dessa figura é o art, 174 do Código Civil.

Ressalte-se que a alegação da parte promovida de histórico de inadimplência não é motivo para a rescisão unilateral do contrato, pois o inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656/98 prevê a inadimplência apenas nos últimos 12(doze) meses e a do autor já ultrapassava 04(quatro) anos e tinha sido relevada pela ré ao celebrar novo contrato.

Na realidade, a rescisão unilateral foi abusiva, haja vista que não observou a necessidade prévia de notificação do consumidor, conforme determina o inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656/98.

Neste sentido, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará;

EMENTA: APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA DO CDC. INADIMPLÊNCIA PARCELAS PAGAS NO PRAZO LEGAL DE SESSENTA DIAS. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO NA FORMA DA LEI 9.656/98, ART. 13, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II. CANCELAMENTO. ATO UNILATERAL, IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA ABUSIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. SENTENÇA MANTIDA.

A relação existente entre as partes é de consumo, pelo que se subordina às normas do Código de Defesa do Consumidor.

A cláusula contratual que determina a rescisão do contrato a qualquer momento, em face do inadimplemento das mensalidades por período superior a 60(sessenta) dias, sem qualquer previsão de prévia notificação do consumidor, é considerada abusiva, tendo em vista que não atende ao disposto na Lei nº 9.656/98, em seu artigo 13, parágrafo único, inciso II, que determina que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência.

Pelo que dos autos consta, observo que as mensalidades em atraso foram

pagas antes de se completar os 60(sessenta) dias de inadimplência, conforme chancela mecânica constante nos documentos agregados ao feito.

Ademais, não consta nos fólios processuais, nenhum documento comprobatório de efetiva notificação da apelada sobre o atraso no pagamento das mensalidades, realizada no prazo de até cinquenta dias, como preceitua a lei.

Nessa vertente, nos casos como da espécie, o cancelamento do plano de saúde, unilateralmente, sem prévia notificação até o quinquagésimo dia de inadimplência é capaz de gerar o dano moral, tendo em vista que a apelada fora surpreendida com uma conduta abusiva da recorrente, quando esperava a prestação do serviço de modo adequado, baseada na lealdade, confiança e boa-fé objetiva. Precedentes do STJ.

Recurso conhecido e não provido. (Apelação cível nº 52279-40.2008.8.06.0001/1(SPROC 2008.0027.6088-2/1), Rei. Des. Antonio Abelardo Benevides Moraes, julgado pela 3ª Câmara Cível do TJ/CE)

Não se pode olvidar que, atualmente, inexistem dúvidas acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela: Súmula 469 do STJ -Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Nesta ordem de idéias, na conformidade do artigo 51, IV da Lei nº 8.069/90, deve-se considerar abusiva a rescisão unilateral da promovida, sem notificação do consumidor, baseada na cláusula contratual prevista no item 12.3, alínea b do contrato, reconhecendo-se o direito de o autor permanecer como usuário do plano de saúde operado pela promovida.

No entanto, para evitar locupletamento indevido, caberá ao consumidor, ora demandante, pagar a mensalidade do mês de janeiro de 2005, corrigida na forma do contrato de fls. 52/60, apenas até a data da rescisão do contrato, qual seja, 05/05/2005 (fl. 50) e ao réu aceitá-lo como usuário, sem qualquer carência, tão logo efetue o pagamento da parcela de janeiro de 2005 e as novas que se vencerem a partir do seu retorno ao plano de saúde, caso assim seja da sua vontade.

ANTE O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial para: a) declarar nula a cláusula contratual prevista no item 123, alínea “b” do contrato, com fundamento no artigo 51, inciso IV da Lei nº 8.069/0 e inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656/98, por não prever notificação prévia do consumidor acerca da inadimplência; b) determinar a inclusão do autor no plano de saúde da promovida, nos moldes do contrato de fls. 52/60, sem qualquer carência, desde que efetue o pagamento da mensalidade de janeiro de 2005, no valor de R\$ 232,87(duzentos e trinta e dois reais e oitenta e sete centavos), corrigidos na forma do referido contrato, até 05/05/2005, além das parcelas que se vencerem a partir do momento da reinclusão do autor no plano de saúde da promovida.

Em face da sucumbência, condeno a requerida ao pagamento de custas e de honorários, que fixo em R\$ 1.000,00 (um mil reais) considerando o disposto no artigo 20,§4º do CPC, que sequer foi realizada audiência de instrução, portanto, sem complexidade.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se, e certificado o trânsito em julgado, aguarde-se o lapso de trinta (30) dias a manifestação da parte interessada para efeito de cumprimento da sentença, que deve observar as orientações do art. 475-1 e 461, ambos da Lei Adjetiva Civil, após, dê-se baixa na distribuição e arquite-se, com inteira observância das formalidades legais.

Fortaleza (Ce), 7 de fevereiro de 2013.

Ação de Improbidade Administrativa

Proposta Contra Ex-Prefeito

Luciano Nunes Maia Freire

SENTENÇA

EMENTA: AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA CONTRA EX-PREFEITO. IMPUTAÇÃO CONSISTENTE NA UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO MUNICIPAL DESTINADO À COLETA DE LIXO PARA REALIZAÇÃO DE PROPAGANDA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. OCORRÊNCIA.

1. A matéria controvertida consiste apenas em definir se houve improbidade administrativa por parte do promovido em relação ao fato de haver utilizado veículos destinados à coleta de lixo com cartazes de propaganda política a seu favor, por ocasião da campanha eleitoral de reeleição do ano de 2000;
2. In casu, evidencia-se a existência de dolo do promovido, haja vista ser inadmissível cogitar-se que o veículo público destinado à coleta de lixo foi utilizado para a realização de propaganda eleitoral em favor do promovido sem este tivesse conhecimento, já que à época dos fatos encontrava-se no exercício da função de Prefeito;
3. A jurisprudência do colendo STJ pacificou-se no sentido de que, quanto ao art. 11 da Lei 8.429/92, por tratar-se de violação a princípios administrativos, não se exige prova da lesão ao erário público, bastando a simples ilicitude ou imoralidade;
4. Pedido julgado parcialmente procedente

Vistos etc.

O ilustre representante do Ministério Público desta Comarca ajuizou a presente ação de improbidade administrativa em desfavor de (...), ex-prefeito do Município de (...), imputando-lhe a prática de conduta prevista no art. 11, inciso I, e art. 12, inciso III, todos da Lei 8.429/1992.

Segundo a peça inaugural, o promovido foi condenado pela Justiça Eleitoral pela prática de conduta vedada, prevista no art. 73, inciso I, da Lei 9.504/1997, por haver utilizado veículos destinados à coleta de lixo com cartazes de propaganda política a seu favor, por ocasião da campanha eleitoral de reeleição do ano de 2000.

Notificado às fls. 489 dos autos para apresentar manifestação preliminar, o promovido aduziu, em síntese, o seguinte: 1) carência da ação por inadequação da via eleita; 2) ausência de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário.

Decisão de recebimento da inicial às fls. 513/515.

Em sua contestação apresentada às fls. 518/521, o promovido sustentou, preliminarmente, a impossibilidade de cumulação de ações com o mesmo objeto e, no mérito, defendeu a inexistência de dano ao erário e enriquecimento ilícito em razão da conduta imputada pelo *Parquet*.

Réplica às 596/600 aduzindo, em resumo, ser incontestável a existência de ato de improbidade.

Às fls. 601 foi proferida decisão no sentido da desnecessidade de instrução probatória.

Memoriais do Ministério Público às fls. 604/608 postulando a condenação do promovido pela prática de improbidade administrativa.

Memoriais do promovido às fls. 619/641 sustentando, em síntese, o seguinte: preliminarmente, violação à ampla defesa e inadequação da via eleita; meritoriamente, ausência de dano ao erário e, portanto, inexistência de conduta ímproba.

Eis o que interessa relatar.

Passo a fundamentar e decidir.

Ab initio, rejeito a preliminar invocada pelo promovido em sua peça constestatória, pois não há na espécie dos autos cumulação de ações com o mesmo objeto, haja vista que o pedido formulado na ação que tramitou no âmbito da Justiça Eleitoral é absolutamente diverso do pedido formulado na ação de improbidade administrativa.

Destaco, por oportuno, que se revela absolutamente infundada a tese ventilada nos memoriais apresentados às fls. 619/641 de que teria havido, na hipótese, violação à ampla defesa por não ter sido oportunizada a produção de provas ao promovido, porquanto a existência do fato em si, não foi sequer questionada na contestação, de sorte que a matéria ora *sub judice* é apenas e tão-só de direito.

Passo ao mérito.

Segundo a peça inaugural, o promovido foi condenado pela Justiça Eleitoral pela prática de conduta vedada, prevista no art. 73, inciso I, da Lei 9.504/1997, por haver utilizado veículos destinados à coleta de lixo com cartazes de propaganda política a seu

favor, por ocasião da campanha eleitoral de reeleição do ano de 2000.

Na espécie dos autos, verifico que a defesa em nenhum momento insurgiu-se em relação à existência do fato, de sorte que é incontroversa a sua existência, havendo o promovido sustentado tão-somente a inexistência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito em razão da conduta.

Destarte, a matéria controvertida consiste apenas em definir se houve improbidade administrativa por parte do promovido em relação ao fato de haver utilizado veículos destinados à coleta de lixo com cartazes de propaganda política a seu favor, por ocasião da campanha eleitoral de reeleição do ano de 2000.

Não merece acolhida o argumento do promovido de que não houve conduta ímproba em virtude da inexistência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito, pois o fato que lhe fora imputado pelo *Parquet* configura-se, na verdade, como violador aos princípios da Administração Pública, notadamente os da impessoalidade e moralidade.

A jurisprudência do colendo STJ pacificou-se no sentido de que, quanto ao art. 11 da Lei 8.429/92, por tratar-se de violação a princípios administrativos, não se exige prova da lesão ao erário público, bastando a simples ilicitude ou imoralidade.

Nesse sentido colaciono os seguintes arestos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO QUE, NO EXERCÍCIO DO MANDATO, VINCULOU SUA IMAGEM A REPASSE DE VERBA PÚBLICA COMO SE FOSSE DOAÇÃO PESSOAL. ACÓRDÃO QUE RECONHECEU QUE A CONDUTA DO AGENTE SE ENQUADROU NO ART. 11, I, DA LEI 8.429/92, FUNDAMENTANDO-SE EM PRECEITOS CONSTITUCIONAL (ART. 37, § 1º) E INFRACONSTITUCIONAL (ART. 11, I, LEI 8.429/92). AUSÊNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. APLICAÇÃO DA PENA (ART. 12, III, LEI 8.429/92). SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS POR TRÊS ANOS. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO. DESNECESSIDADE DE LESÃO PATRIMONIAL AO ERÁRIO. PRECEDENTES.

1. Tratam os autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face de Jocelito Canto, ex-prefeito do Município de Ponta Grossa/PR, acusado de aproveitar-se de acidente ocorrido na Santa Casa de Misericórdia para divulgar na imprensa que fez uma doação ao nosocômio no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), omitindo-se de dizer que a verba era pública e já se encontrava consignada no orçamento municipal, conforme previsão da Lei 6.102/98 e do Decreto 204/99. A sentença julgou procedente o pedido, condenando o réu à suspensão de seus direitos políticos por três anos e ao pagamento das custas processuais. Em sede de apelação, o TJPR confirmou a decisão singular. Recurso especial do réu fundamentado na alínea „a“ apontando violação dos arts. 11, I, e 12, III, da Lei 8.429/92. Defende que inexistente fato no

processo que demonstre ter agido com a vontade livre e consciente (dolo) de tirar proveito próprio da situação, o que descaracteriza a tipificação do art. 11, I; a fixação de penalização foi muito grave, com ausência de análise dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, eis que não houve prejuízo ao erário. Parecer do MPF pelo não-conhecimento do apelo em razão do teor da Súmula 7/STJ. Ausência de recurso extraordinário.

2. A conclusão adotada pelo aresto de segundo grau de que ficou configurado o ato de improbidade administrativa, enquadrando-se no disposto no art. 11, I, da Lei 8.429/92, decorreu da constatação de que o ex-prefeito objetivou, aproveitando-se do incêndio ocorrido no hospital, vincular a sua imagem ao ato de repasse da verba para obter projeção perante os administrados. O Tribunal exprimiu esse pensamento após detida análise do art. 37, § 1º, da CF/88. O deslinde da questão, portanto, com análise do elemento volitivo (dolo) do agente, não pode ser dissociado do exame do dispositivo posto na Lei Maior, hipótese absolutamente inviável em sede de recurso especial. Como o recorrente não manejou recurso extraordinário, sobejou fundamento de natureza constitucional inatacado suficiente para manter a conclusão adotada. Súmula 126/STJ.

3. Não se vislumbra nenhuma ilegalidade no fato de o recorrente receber sanção de direito de natureza pessoal, como a suspensão dos direitos políticos pelo período de três anos (pena mínima), medida que o artigo 12, III, da Lei 8.429/92, com clareza, autoriza, após o reconhecimento de que a conduta do agente se amoldou à hipótese do art. 11, I, da Lei 8.429/92. A penalidade, portanto, sugerida em primeiro grau no mínimo legal, e ratificada pelo Tribunal a quo, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, não havendo que se falar em desproporcionalidade ou ausência de razoabilidade.

4. Não se visualiza hipótese de rigor extremado e excessivo na eleição da sanção imposta, pelo contrário. Tanto a sentença quanto o aresto recorrido ponderaram o fato de que não foi consumado dano ao erário nem a conduta foi motivada por eventual proveito econômico, sendo adequado e razoável deixar-se de impor as penalidades de proibição de contratar ou receber benefícios ou incentivos fiscais do Poder Público.

5. A jurisprudência desta Corte vem-se alinhando no entendimento de que, quanto ao art. 11 da Lei 8.429/92, por tratar-se de violação a princípios administrativos, a lei não exige prova da lesão ao erário público. Nesse ponto, basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, o inciso III, do art. 12, da mesma lei, autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário. Se não houver dano ou se este não restar demonstrado, o agente poderá ser condenado às demais sanções previstas no dispositivo como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a impossibilidade de contratar com a administração pública por determinado período de tempo, dentre outras (Resp 621.415/MG, voto-vista do Min. Castro Meira, DJ 30/05/06). Precedentes: Resp 650.674/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ 01/08/06; Resp 604.151/RS, Rel. p/ ac. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 08/06/06; Resp 717.375/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ 08/05/06; Resp 711.732/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 10/04/06.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (REsp 884.083/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJe 16/04/2008)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 AOS AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS. USO DA MÁQUINA PÚBLICA. PROPAGANDA ELEITORAL. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. CONFIGURAÇÃO DO DOLO GENÉRICO. PRESCINDIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO-CONFIGURADO. COMINAÇÃO DAS SANÇÕES. ART. 12 DA LIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Aplica-se a Lei 8.429/1992 aos agentes políticos municipais. Precedente do STJ.

3. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico. Precedentes.

4. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência desta Corte.

5. Não ocorre cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide, quando o julgador ordinário considera suficiente a instrução do processo.

6. Modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstado nesta instância especial (Súmula 7/STJ).

7. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento.

Incidência da Súmula 211/STJ.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp 1229495/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 26/06/2013)

In casu, evidencia-se a existência de dolo do promovido, haja vista ser inadmissível cogitar-se que veículo público, destinado à coleta de lixo, foi utilizado para a realização de propaganda eleitoral em favor do promovido sem este tivesse conhecimento, já que à época dos fatos encontrava-se ele no exercício da função de Prefeito. Pensar diferentemente disso, a meu ver, seria abusar da inteligência das pessoas.

Com efeito, entendo que o promovido violou os princípios basilares da Administração Pública, quais sejam, moralidade e impessoalidade, de sorte que a sua condenação nas penas previstas no art. 12, inciso III, da Lei 8.429/1992 é medida imperiosa.

Nessa linha destaque recente julgado do colendo STJ:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. NECESSIDADE DE DOLO GENÉRICO NO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CARACTERIZADO.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, os atos de improbidade administrativa descritos no art. 11 da Lei n. 8.429/92, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.

2. Hipótese em que a conduta do agente se amolda ao disposto no art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da administração pública, em especial o impessoalidade e da moralidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que veda a publicidade governamental para fins de promoção pessoal. Dolo genérico configurado.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1368125/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013)

Em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, passo a dosar a sanção a ser aplicada ao promovido, nos termos da Lei 8.429/1992.

Na espécie, considerando que a conduta do promovido não resultou em dano ao erário, nem enriquecimento ilícito, assim como que o próprio representante ministerial, em sua réplica, consignou que o promovido recebeu prêmios e elogios por ocasião da prestação de suas contas de gestão ao Tribunal de Contas dos Municípios, tendo sido, portanto, um gestor diligente, hei por bem aplicar sanção em seu patamar mínimo.

Nesse passo, como o proveito obtido foi ínfimo, entendo razoável e suficiente aplicar ao promovido a sanção de multa civil no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Posto isso, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido formulado pelo Ministério Público, para condenar o promovido ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e declaro extinto o processo com resolução de mérito (art. 269, I, do CPC).

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

Expedientes necessários.

Após o trânsito em julgado, comunique-se à Justiça Eleitoral.

Viçosa do Ceará, 31 de julho de 2013.

Luciano Nunes Maia Freire
Juiz de Direito

Ação Penal Pública Incondicionada - Crime Previsto no Art. 217-A do Código Penal - Estupro de Vulnerável

Luciano Nunes Maia Freire

SENTENÇA

EMENTA: AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. CRIME PREVISTO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO CONTRA DUAS VÍTIMAS. RECONHECIMENTO DE CONCURSO MATERIAL E CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA EMENDATIO LIBELLI.

A materialidade do crime e a sua respectiva autoria encontram-se plenamente comprovadas através dos depoimentos das testemunhas e das vítimas;

Nos delitos de natureza sexual, a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal e - na maiorias dos casos - a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim, se o relato dos fatos fornecido vítima menor é seguro, coerente e harmônico com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a isolada inadmissão de responsabilidade do acusado;

Conquanto tenha o ilustre representante do Ministério Público, na inicial acusatória, imputado ao acusado somente a prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, a conduta criminosa não se subsumiu apenas a esse tipo penal, razão pela qual, à luz do disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal, deve ser retificada a capitulação legal do fato criminoso para enquadrá-lo no art. 217-A, caput, na forma do art. 71, c/c art. 225, parágrafo único e art. 226, inciso II, por duas vezes, em conformidade com o disposto no art. 69, todos do Código Penal;

Denúncia julgada procedente.

Vistos etc.

RELATÓRIO

O ilustre representante do Ministério Público ofereceu denúncia-crime em desfavor de (...), brasileiro, solteiro, agricultor nascido em 14/01/1958, natural de (...), filho (...), imputando-lhe a prática dos crime previsto no art. 217-A do Código Penal.

Eis, em síntese, os fatos narrados na proemial acusatória (fls. 02/03):

“Segundo o inquérito policial ora incluso, o denunciado teve conjunção carnal com (...), de 13 anos de idade, e com (...), de 11 anos de idade.

Conforme os fólios do procedimento investigativo, o denunciado é companheiro da mãe das vítimas e, desde o início da união estável, abusa sexualmente das vítimas.

Informa o fascículo policial que o denunciado, quando está sozinho com as vítimas, retira a roupa delas, fica nu, masturba-se e esfrega o seu corpo no delas, sem, contudo, haver penetração.

Depreende-se do tomo policial que o denunciado ameaçou uma das vítimas, dizendo que iria matar sua mãe, caso ela contasse o que estava acontecendo.”

Decretei a prisão preventiva do acusado para garantia da ordem pública, notadamente para o fim de se evitar reiteração delitiva (fls. 29/33).

Denúncia recebida em 25/09/2012 (fls. 42/44).

Defesa do acusado acostada às fls. 48/51, na qual foi aduzida negativa de autoria criminosa.

Realizei audiência de instrução (termo acostado às fls. 62/63), onde foram oitivadas as vítimas, as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, assim como houve o interrogatório do acusado, sendo tudo gravado pelo sistema de vídeo em DVD-ROM (anexo aos autos).

Em suas alegações finais, o Ministério Público ratificou a peça inicial acusatória, ao argumento de que restou comprovada a autoria criminosa do acusado, postulando, portanto, a condenação deste nas penas do art. 217-A do Código Penal (fls. 64/66).

A defesa do acusado, por sua vez, sustentou em suas derradeiras manifestações que houve contradições nos depoimentos, sendo necessária a aplicação do “in dubio pro reo” (fls. 71/79).

Eis o relatório. Decido.

FUNDAMENTAÇÃO

No que concerne à autoria e responsabilidade penal do acusado, é necessário o estudo minucioso das provas carreadas aos autos, cotejando-as com os fatos descritos na denúncia.

Inicialmente, devo consignar que o fato de o laudo pericial não haver detectado vestígios de atos libidinosos diversos da conjunção carnal não modifica a certeza da autoria e da materialidade do crime, uma vez que os delitos contra a liberdade sexual nem sempre deixam vestígios, sobretudo os atos libidinosos.

Nesse sentido firmou-se a jurisprudência dos Tribunais, conforme se depreende do seguinte julgado do egrégio Tribunal de Justiça deste Estado:

APelação CRIME. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA. TESTEMUNHA OCULAR. VALOR PROBANTE. LAUDO PERICIAL NEGATIVO. IRRELEVÂNCIA. PEDIDO PARA APELAR EM LIBERDADE. NÃO CONHECIMENTO. PRECLUSÃO LÓGICA. AGRAVANTE AFASTADA POR VEDAÇÃO AO BIS IN IDEM. REGIME INICIALMENTE FECHADO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

I - A absolvição do réu se mostra inviável quando devidamente provada a autoria e a materialidade do crime por ele cometido. II - A palavra da vítima, especialmente nos crimes sexuais, praticados, via de regra, sem a presença de testemunhas, constitui prova de relevante importância, principalmente quando a ofendida foi bastante segura ao descrever o modus operandi do réu, sendo, outrossim, confirmada por outros meios de convencimento insertos nos autos, como o depoimento enfático da avó da vítima, única testemunha ocular do crime. III - O fato de o laudo pericial não ter detectado vestígios de atos libidinosos diversos da conjunção carnal em nada modifica a certeza da autoria e da materialidade do crime, vez que os delitos contra a liberdade sexual nem sempre deixam vestígios, sobretudo o atentado violento ao pudor. IV - O pedido para apelar em liberdade restou prejudicado, face a preclusão lógica, por ter ocorrido o exercício de ato incompatível com aquele que se pretendia praticar, tendo o acusado requerido o direito de apelar em liberdade nas próprias razões de apelação, momento inoportuno para tanto. V - Deve-se afastar a agravante do crime perpetrado contra criança, eis que ela já se insere como circunstância elementar do tipo, por se tratar de violência presumida. VI - Com o advento da Lei nº 11.464/07, passou-se a admitir o regime inicialmente fechado, mesmo aos crimes cometidos antes da sua vigência, mercê do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. VII - Sentença parcialmente reformada (Apelação 9937-32.2002.8.06.01171, Rel. Des. HAROLDO RODRIGUES DE ALBUQUERQUE, DJE 21/09/2009).

No caso dos autos, a materialidade do crime e a sua respectiva autoria encontram-se plenamente comprovadas através dos depoimentos das testemunhas e das vítimas. Vejamo-los.

A testemunha (...), Conselheira Tutelar de (...), informou, em resumo, que: *recebeu denúncia anônima de estaria havendo agressões a crianças na residência do acusado; dirigiu-se ao local e ao chegar à residência verificou que uma das vítimas chorava muito; na ocasião, o acusado foi muito agressivo e se mostrou muito incomodado com a presença da Conselheira Tutelar; dois dias após esse fato, a genitora das adolescentes compareceu ao Conselho Tutelar e informou suspeitar da prática de abusos sexuais do acusado em relação às filhas dela; diante da suspeita dos abusos sexuais, os integrantes do Conselho Tutelar foram até à residência do acusado e trouxeram as vítimas para o abrigo; as vítimas afirmaram à testemunha que tinham nojo do acusado; a vítima mais velha afirmou que o acusado lhe tirava a roupa e fazia carícias em suas partes íntimas.*

A testemunha (...), Conselheira Tutelar, afirmou que: *compareceu à residência do acusado e este se mostrou muito insatisfeito com a presença do Conselho Tutelar; as adolescentes foram até a sede do Conselho e narrou os abusos sexuais praticados pelo acusado; as adolescentes disseram que o acusado tirava as roupas delas e abusava-lhes sexualmente; ouviu das vítimas que o acusado nunca realizou penetração sexual nelas, pois, segundo ele, ainda não estavam “no ponto”.*

A genitora das vítimas disse que: *percebeu grande temor da filha mais velha em ficar sozinha em casa com o acusado; quando precisava sair de casa, as filhas ficavam inquietas e pediam à mãe para não deixá-las sozinhas em casa com o acusado; uma das filhas disse ter sido abusada pelo acusado; a filha mais velha chegou a relatar que o acusado lhe obrigou a fazer sexo oral; a filha mais velha é revoltada com os abusos sofridos.*

A vítima (...) sustentou que: *sempre que sua mãe saía de casa, o acusado abusava-lhe sexualmente; os abusos ocorreram em diversas oportunidades; desde quando tinha 06 (seis) anos, o acusado abusava sexualmente dela, ameaçando-lhe de morte caso contasse para alguém; o acusado já se masturbou em sua presença até “sair um líquido branco de seu pênis”.*

A vítima (...) sustentou que: *o acusado tocou-lhe os seios e retirou-lhe a roupa “à força”, mandando pegar em seu órgão genital; os abusos ocorreram em diversas oportunidades; o acusado abusava sexualmente dela, ameaçando-lhe de morte caso contasse para alguém.*

As testemunhas arroladas pela defesa não infirmaram os fatos narrados na denúncia, pois se limitaram a dizer, em síntese, que nunca presenciaram o acusado abusar sexualmente de suas enteadas.

O acusado, ao ser interrogado por este Juiz, negou todas as acusações, afirmando, em resumo, que tudo era mentira arquitetada por sua ex-esposa e que sempre tratou as adolescentes como se fossem suas filhas.

Como se pode constatar, os depoimentos das testemunhas arroladas pelo Ministério Público são harmônicos com os das vítimas, de sorte que a autoria criminosa do acusado restou evidenciada pela prova oral colhida. Com efeito, as negativas lançadas

pelo acusado em seu interrogatório restaram isoladas, a considerar pelo relato condizente das vítimas, da sua genitora e das testemunhas. Além disso, não se comprovou nos autos qualquer fato no sentido de que a versão apresentada na denúncia pudesse ser fantasiosa.

Nos delitos de natureza sexual, a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal e - na maiorias dos casos - a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim, se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a isolada inadmissão de responsabilidade do acusado.

Assim sendo, a condenação do acusado é medida que se impõe, devendo ser o mesmo responsabilizado criminalmente, já que ausentes circunstâncias que excluam o crime ou o isentem de pena.

Destaco que o acusado, por ser padraсто das vítimas, deve incidir em seu desfavor a aplicação do art. 226, inciso II, do Código Penal.

Por outro lado, também deve haver a configuração da continuidade delitiva, haja vista a manifesta reiteração dos atos criminosos pelo acusado, que, mediante mais de uma ação, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução praticou o delito em tela.

Eis o escólio do STJ acerca do assunto:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. LEI 12.015/2009. NOVA TIPIFICAÇÃO. ART. 213. CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 71, CAPUT, DO CP. PREENCHIMENTO. AUMENTO DA REPRIMENDA. NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS. CRITÉRIO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A Lei n.º 12.015/2009 promoveu sensível modificação nos dispositivos que disciplinam os crimes contra os costumes no Código Penal, ao reunir em um só tipo penal as condutas antes descritas nos arts. 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), ambos do CP.

2. Com as inovações trazidas pela Lei n.º 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são, agora, do mesmo gênero - crimes contra a liberdade sexual - e também da mesma espécie - estupro -, razão pela qual, preenchidos os requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos), não haveria qualquer óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva, prevista no art. 71, caput, do CP.

3. Referido dispositivo legal, por externar um panorama mais benéfico ao sentenciado, pode, em princípio, incidir imediata e retroativamente aos crimes praticados antes de sua entrada em vigor, independentemente da fase em que se encontrem, posto que são normas de caráter preponderantemente penal.

4. Verificado que os delitos foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, de rigor o reconhecimento da continuidade delitiva.

5. Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o critério de aumento da pena pela continuidade delitiva se faz em razão do número de infrações praticadas.

Tendo o paciente praticado 2 (dois) delitos contra a dignidade sexual, devida a escolha da fração mínima de aumento de pena prevista no art. 71, caput, do CP. Precedentes.

7. Habeas corpus concedido para reconhecer, em favor do paciente, o instituto da continuidade delitiva, tornando a sua reprimenda definitiva em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão objurgados (HC 139.956/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 09/05/2011)

No que tange ao patamar a ser aplicado em decorrência da continuidade delitiva, tenho que as circunstâncias em que o crime ocorreu, praticado contra duas vítimas menores de idade, são normais à espécie criminosa, de sorte que o aumento de pena deve se operar em seu mínimo legal de 1/6, nos termos do art. 71 do Código Penal, máxime pelo fato de as vítimas não terem informado o número exato dos abusos sexuais sofridos.

Nessa linha é o pensamento jurisprudencial do colendo STJ:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (PREVISTO NA ANTIGA REDAÇÃO DO CÓDIGO PENAL). TESE DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA PELA CORTE DE ORIGEM. DOSIMETRIA DA PENA. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. AUMENTO A SER EMPREGADO COM FULCRO NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E NA QUANTIDADE DE CRIMES. EMPREGO DE ARMA POR GUARDA CIVIL PARA O COMETIMENTO DE DELITOS. RESPONSABILIZAÇÃO PELO PORTE ILEGAL DA ARMA DE FOGO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DOS DELITOS SEXUAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O exame da tese de falta de provas para sustentar a condenação quanto aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria. Precedentes.

2. Para majoração da pena, na continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, deve haver fundamentação com base no número de infrações cometidas e também nas circunstâncias

judiciais do art. 59 do Código Penal, o que não ocorreu na hipótese. Precedentes desta Corte.

3. Guarda civil, fora de suas funções, que se utilizou da arma para cometer crimes sexuais, responde pelo crime de porte ilegal de arma de fogo. Precedentes.

4. Ainda que não tivesse sido evidenciado nos autos o emprego de violência real, o que não é o caso, esta Corte Superior já firmou entendimento no sentido de que o delito de estupro, ainda que cometido mediante violência presumida, é considerado hediondo, tornando despicienda a discussão. Precedentes.

Habeas corpus parcialmente concedido para fixar o aumento da continuidade delitiva específica para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, previstos nos arts. 213 e 214, do Código Penal (em sua antiga redação), em 1/6 (um sexto), nos termos delineados no voto. (HC 135.235/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011)

Ademais disso, reconheço a presença do concurso material de crimes, pois o acusado, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes idênticos, contra duas vítimas.

Nesse passo, embora o ilustre representante do Ministério Público, na inicial acusatória, quando da classificação do delito, tenha imputado ao acusado somente a prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, verifico que a conduta criminosa não se subsumiu apenas a esse tipo penal, razão pela qual, à luz do disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal, altero a capitulação legal do fato criminoso para enquadrá-lo no art. 217-A, *caput*, na forma do art. 71, c/c art. 225, parágrafo único e art. 226, inciso II, por duas vezes, em conformidade com o disposto no art. 69, todos do Código Penal.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **julgo procedente** a ação penal para condenar (...), qualificado nos autos, como incurso no art. 217-A, *caput*, na forma do art. 71, c/c art. 225, parágrafo único e art. 226, inciso II, por duas vezes, em conformidade com o disposto no art. 69, todos do Código Penal.

Passo à dosimetria da pena.

Considerando-se que o réu cometeu dois crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), em continuidade delitiva, contra duas vítimas diferentes, as penas se equivalem e, portanto, passo a dosá-las de forma igualitária para ao final somá-las.

Atento ao disposto no artigo 59 do Código Penal, verifico que as circunstâncias judiciais não lhe são desfavoráveis, razão pela qual fixo a pena-base no mínimo legal de 08 anos de reclusão. Ausentes causas agravantes ou atenuantes aplicáveis

à espécie. Constatado a incidência da causa de aumento prevista no inciso II, do artigo 226, do Código Penal, pois o acusado é padrastrô das vítimas, razão pela qual aumento a pena pela $\frac{1}{2}$ (metade), perfazendo-se, assim, 12 (doze) anos.

Ademais, há de ser reconhecida a continuidade delitiva, prevista no artigo 71 do Código Penal, para assim proceder à majoração pela fração de $\frac{1}{6}$ (um sexto), alcançando a pena definitiva de 14 (catorze) anos de reclusão.

Em razão do concurso material de crimes, com fundamento no artigo 69 do Código Penal, as penas devem ser somadas, eis que os crimes foram perpetrados contra duas vítimas, perfazendo a pena total, portanto, 28 (vinte e oito) anos de reclusão.

Fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, em observância ao disposto no artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90.

Incabível é a substituição do artigo 44 do Código Penal, tendo em vista a quantidade da pena aplicada (art. 44, I, CP), bem como pelo disposto no art. 44, incisos II e III, do CP. Pelos mesmos motivos, inaplicável é a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).

A jurisprudência dos Tribunais sufragou o entendimento de que não há lógica jurídica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se mantidos os motivos da segregação cautelar.

De fato, a meu ver, é uma verdadeira incongruência possibilitar ao acusado recorrer em liberdade após a prolação de decreto penal condenatório, notadamente quando lhe foi fixado o regime inicial prisional fechado para cumprimento da pena, situação específica dos autos.

Destarte, na hipótese dos autos, a segregação cautelar é necessária para a garantia da ordem pública, notadamente para se evitar a possibilidade de reiteração delitiva do acusado em relação às vítimas, adolescentes em plena fase de desenvolvimento da personalidade.

Nesse contexto, nego ao acusado o direito de recorrer em liberdade, por entender que subsistem os motivos autorizadores para a manutenção da segregação provisória cautelar, especialmente a garantia da ordem pública, que, será resguardada pela impossibilidade de reiteração delitiva. Nesse sentido: *HC 244.054/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 18/06/2013; RHC 34.226/RJ, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 05/06/2013; e HC 241.190/BA, Relator Ministro Jorge Mussi, DJ 11/06/2013.*

Diante da inexistência de elementos que permitam estimar os danos causados pela infração, deixo de fixar valor mínimo para a reparação dos danos causados, a que alude o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal.

Recomende-se o acusado na prisão onde se encontra e expeça-se Guia de Execução Provisória.

Determino a intimação pessoal do acusado e do representante do Ministério Público, intimando-se também o(s) advogado(s) constituído(s).

Oportunamente, após o trânsito em julgado de decisão condenatória, tomem-se as seguintes providências: 1. Lance o nome do acusado no rol dos culpados; 2. Expeça-se a competente carta de guia para execução definitiva da pena; 3. Oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral deste Estado, para os fins do disposto no artigo 15, inciso III, da Constituição da República.

Cumpridas todas as diligências, dê-se baixa e arquite-se.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Tauá (CE), 11 de julho de 2013.

Luciano Nunes Maia Freire
Juiz de Direito

Ação Civil Pública

Luis Eduardo Grião Mota

SENTENÇA

O Promovente pretende que o Promovido pague a remuneração devida pelos trabalhos prestados pelos funcionários públicos municipais no mês de dezembro/2012. Pretende liminarmente o bloqueio de dinheiro das contas correntes bancárias do Promovido para o adimplemento da dívida. Alega que os funcionários públicos municipais não receberam a referida remuneração.

Nas fls.93/96, o Promovido informa que o valor total dessa pretensão monta a R\$1.998.889,68 (fls.94 e 97). Trata-se, portanto de confissão do fato alegado pelo Promovido de que a referida remuneração ainda não foi paga, nos termos dos arts.348 e 350-CPC.

Nas informações de fls.93/96, levanta suspeitas de uso do dinheiro do exercício financeiro do ano 2012 para pagamentos desviados do interesse público (fl.96), inclusive dentre os destinados ao funcionalismo, dos quais levanta suspeitas sobre fraudes e irregularidades.

O despacho de fl.75v ordenou a citação do Promovido. A Procuradoria-Geral do Município foi notificada desta ação em 21/01/2013 (fls.78/78v), dela tomando conhecimento. O Promovido compareceu ao processo em 24/01/2013, quando participou de audiência de conciliação (fl.81/81v). Com isso, a ausência de sua citação formal é suprida nos termos do art.214-§1º-CPC. Desse modo, não prospera a alegação do promovido de fl.371 de que “não houve a sua citação válida para se defender”. Por isso, a peça de fls.370/378, interposta em 28/01/2013, funciona como verdadeira contestação, segundo o Princípio da Instrumentalidade das Formas, expresso sobretudo pela regra do art.244-CPC.

Na referida contestação de fls.370/378, o Promovido não resiste à satisfação da pretensão do Promovente de forma definitiva: resiste apenas quanto à sua pretensão liminar. Em outros termos, o Promovido admite seu débito e entende que o mesmo deve ser pago. Nas fls.371/372 confessa mais uma vez a dívida, dessa vez no montante de R\$1.978680,79, como o total do que está empenhado, liquidado e inscrito nos restos a pagar processados. Propõe que pagará a dívida por meio de abertura de crédito especial no orçamento do exercício financeiro do ano 2013 (fl.372) em “uma grande mesa de

negociações ... após a entrega do relatório da auditoria que está sendo realizada no município” (fl.376). Enfim, o Promovido reconheceu a procedência do pedido do autor, nos termos do art.269-II-CPC.

Nas informações de fls.93/96, o Promovido informara que o Município realiza atualmente uma auditoria interna com previsão de duração de mais 60 dias (fl.96). Considerando que essa informação foi prestada em 24/01/2013 (fl.97), deduz-se que a previsão para o fim dessa auditoria seria aproximadamente 23/03/2013. Portanto, o Promovido propõe-se a pagar sua dívida confessada após 23/03/2013.

Ressalte-se porém o que dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho sobre o vencimento dos salários dos trabalhadores:

Art. 459 - O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.

§1º - Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.

Assim, o salário dos trabalhos prestados pelos funcionários públicos municipais em dezembro/2012 deveria ter sido pago até 08/01/2013. Portanto, a proposta do Promovido viola essa norma legal. A proposta de data de pagamento do Promovido importa em um atraso de mais de dois meses, o que não pode ser admitido pois o salário dos trabalhadores é um direito fundamental reconhecido pela Constituição Federal no art.7º-X, uma vez que se destina à subsistência material das pessoas que o realizaram.

O Promovido invoca o interesse público para resistir à pretensão de bloqueio liminar de suas contas correntes bancárias. Para tanto afirma que esse ato impediria a continuação dos serviços públicos essenciais, pois o saldo total atual do Município seria de R\$2.261.615,02, mas, que, desses, apenas R\$145.024,11 estariam disponíveis para a satisfação da pretensão do Promovente, pois o restante seria vinculados a “convênios e programas” os quais entende como intocáveis/impenhoráveis/indisponíveis).

Afirma que “... seria absurdo vedar a continuidade de programa ou ação governamental em execução, sob pena de inviabilizar o atendimento de serviços públicos essenciais à comunidade...” (fl.374). Contudo, quando as pessoas que desempenham os serviços/programas públicos e ações governamentais não são compensadas pelo tempo e pela energia que neles dispenderam, a continuidade desses serviços/programas/ações governamentais já está vulnerada, pois o trabalho futuro não pode ser realizado sem trabalhadores e os trabalhadores não podem subsistir se não forem remunerados, pois não se pode presumir que todos os trabalhadores municipais podem subsistir da caridade privada -- já que a caridade pública também não mais funcionaria. A inadimplência para com os funcionários públicos municipais põe as funções públicas sob risco atual

de funcionar deficientemente ou de não mais funcionarem. Por isso, não se trata de contrapor os interesses dos funcionários aos dos beneficiários das funções públicas, como apontado na fl.376: os interesses dos funcionários municipais *é o mesmo* interesse das funções públicas e, por conseguinte, *é o mesmo* o interesse dos beneficiários das funções públicas.

Mesmo que fossem interesses distintos, há de se usar os critérios de solução de antagonismos entre princípios constitucionais (de um lado o Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos, expresso no art.37-§3º-I da Constituição Federal, de outro lado o Princípio Fundamental da Proteção ao Salário, expresso no art.7º-X da mesma CF) que decorrem do Princípio da Proporcionalidade (Princípio da Proibição de Excesso): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo critério da Adequação há de se questionar se o meio pretendido é útil para satisfazer a pretensão material. Em outros termos, pela Adequação, pergunta-se: o bloqueio das contas bancárias municipais é capaz de atender às necessidades alimentícias dos funcionários? A resposta é sim, pois, isso compele o Promovido a aplicar os recursos financeiros do Município que lhe restam para ordenar/pagar os salários municipais. Logo o bloqueio das contas municipais é adequado.

Pelo critério da Necessidade (Intervenção Mínima) há de se perguntar se há outro meio disponível que atinja o mesmo fim desejado, mas que seja menos invasivo. Em outros termos, pela Necessidade pergunta-se: há outro meio de pagar aos funcionários municipais se o Promovido não o fizer espontaneamente ou se o juízo não bloquear suas contas para que a prestação jurisdicional realize o efeito prático equivalente? A resposta é não, pois não há como pagar os funcionários *in natura* com o patrimônio público municipal, pois são bens inalienáveis ou que dependem de demorado e custoso processo de licitação para serem alienados. Além disso, sua liquidez em dinheiro é pequena, sendo dificilmente revertido em dinheiro que atenda às necessidades de alimentação, habitação, água, saúde, educação dos funcionários municipais e de seus dependentes. Logo o bloqueio das contas municipais é necessário.

Pelo critério da Proporcionalidade em Sentido Estrito pergunta-se: o bloqueio das contas municipais trará mais ou menos prejuízo aos usuários dos serviços públicos do que o não-bloqueio? Essa pergunta já foi respondida quatro parágrafos acima.

O Promovido invoca os arts.36 e 37 da Lei nº4.320/1964, entendendo que os vencimentos dos funcionários municipais referentes a dezembro/2012 consistem em “restos a pagar” ou em despesa de exercício encerrado não processadas na época correta e que, portanto, só poderiam ser pagos mediante dotação específica do orçamento 2013.

Ocorre que essa regra legal data de 1964 e há de ser interpretada segundo os valores consolidados pela Constituição Federal de 1988, a qual elevou o direito do trabalhador à remuneração ao *status* de direito fundamental:

art.7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à sua melhoria de sua condição social:
X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

Portanto, o direito ao salário consiste em princípio constitucional, contra o qual não pode prevalecer a regra legal do art.37 da Lei nº4.320/1964.

O Promovido invoca ainda o art.2º da mesma lei, o qual menciona o Princípio da Anualidade das Finanças Públicas. Pelo Princípio da Anualidade, as leis orçamentárias têm a vigência de um ano. Isto é, a lei orçamentária municipal do exercício 2012, enseja a aquisição de direitos durante o ano 2012. Ora, o trabalho no mês dezembro/2012 consiste no fato gerador dos direitos subjetivos dos funcionários municipais ao salário, portanto, a lei orçamentária do ano 2012 concedeu aos mesmos o direito adquirido ao salário, nos termos do art.6º §2º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois o dia do vencimento do pagamento dos salários (art.459-§1º-CLT) é um termo pré-fixo, a partir do qual o direito ao recebimento pode ser exercido. Destarte, o invocado Princípio da Anualidade não impede que as despesas empenhadas em 2012 sejam cumpridas em 2013.

Já o art.42 da Lei Complementar nº101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), invocado pelo Promovido consiste em uma proibição ao Chefe do Poder Executivo de contrair despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro do período do seu mandato ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito. Porém, há de se lembrar que os salários referentes a dezembro/2012 consistem em despesas já empenhadas (nos termos do art.58 da Lei nº4.320/1964), isto é, que já estão afetadas a uma reserva orçamentária; já liquidadas (nos termos do art.63 da mesma lei), isto é, que já foi quantificada e que já foi verificada como certa e exigível pelos seus credores (os funcionários); e que simplesmente não foram ainda e apenas ordenadas (nos termos do art.64 da mesma lei). Ou seja, se o salário dos funcionários não foi ordenado -- ou se foi ordenado e não pago -- só não terminou seu processamento por uma omissão do ordenador de despesa que é considerada retenção indevida pela Constituição Federal e que é por ela qualificada como crime, quando dolosa. Por isso, não é razoável que, por causa da ausência das duas últimas fases do processamento da despesa pública, não possam mais ser processadas e incidir na hipótese de cabimento da regra do art.37 da Lei nº4.320/1964 que proibiria a sua execução senão por meio de uma nova dotação específica. Tenha-se em conta ainda

que o pagamento do salário controvertido poderia, sim, ter sido cumprido integralmente dentro do período do mandado que terminou em 2012. E tenha-se em conta também que havia suficiente disponibilidade de caixa para este efeito (confissão de fl.94), embora tivessem eventualmente de serem pagas no exercício seguinte (2013), de forma que, em verdade, o caso concreto sub judice não configura a hipótese de incidência do art.42-LRF. Em verdade, o próprio parágrafo único do art.42-LRF determina que as despesas compromissadas a pagar até o final do exercício (caso dos salários de dezembro/2012) será considerada como disponibilidade de caixa:

Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenham parcelas a serem pagas no exercício seguinte, sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para esse efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício

Ademais, a regra do art.42-LRF contém uma conduta proibida ao ordenador dos pagamentos de salários e não uma proibição aos recebedores desse pagamento, o que já é reconhecida pela Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDORES PUBLICOS MUNICIPAIS. REMUNERAÇÃO. PAGAMENTO. ATO VINCULADO. DIREITO SOCIAL GARANTIDO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RETENÇÃO DOLOSA. CRIME. NÃO FERE A SEPARAÇÃO DOS PODERES DETERMINAR QUE A ADMINISTRAÇÃO DÊ CUMPRIMENTO A DEVERES VINCULADOS. ATREINTES. APLICAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. APELO E REEXAME CONHECIDOS E DESPROVIDOS. 1. Preliminar de ilegitimidade ativa: o Ministério Público está constitucionalmente legitimado a utilizar os instrumentos necessários ao cumprimento do seu dever de promover a defesa dos interesses sociais, dentre estes, o direito ao salário. preliminar afastada. 2. Inicialmente cumpre destacar que o direito aqui reclamado (remuneração de servidor público) não integra o campo de incidência da reserva do possível. Não havendo como se distanciar da certeza de que o percebimento de salários e de remunerações é direito social do qual o gestor público tem o dever de honrar mês a mês, constituindo crime a sua retenção dolosa. 3. Retribuir pecuniariamente a força do trabalho contratado ou honrar com o pagamento das remunerações de servidores públicos não está dentre os atos discricionários da Administração Pública, não havendo que se falar em conveniência, oportunidade ou mérito administrativo, sequer representa ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes o fato de o Poder Judiciário determinar que o Executivo dê cumprimento integral e tempestivo aos deveres vinculados. 4. Mesmo que subsistam obrigações contraídas pelo

Município quando da Administração anterior, a obrigação concernente ao pagamento de servidores deve ser honrada, inclusive, sem prejuízo da responsabilização daqueles que porventura tenha infringido normas contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal, não sendo cabível penalizar os servidores municipais por resultados da má Administração Pública Municipal. 5. É possível a fixação, de ofício, de multa diária cominatória, astreintes, ainda que seja contra a Fazenda Pública. Precedentes.

(TJCE, Apelação / Reexame Necessário 34468200980601481, Relator(a): CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES, 5ª Câmara Cível, 17/04/2012)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE COBRANÇA. TESE DE LITISPENDÊNCIA (CPC, ART. 301, V). NÃO-COMPROVAÇÃO. ÔNUS DE PROVA DO PROMOVIDO (CPC, ARTS. 267, V, E SEU § 3º, E 301, V, E SEUS §§ 1º A 4º). INADIMPLENTO DO PAGAMENTO DE SALÁRIOS VENCIDOS DE SERVIDOR PÚBLICO. FATO QUE SE TORNOU INCONTROVERSO DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. VALOR SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO (CF, ART. 1º, IV). DEVER DE PAGAMENTO, SOB PENA DE CONFIGURAR ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO. PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CF, ART. 37, CAPUT). AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS VALORES REQUERIDOS NA INICIAL (CPC, ARTS. 302, CAPUT, E 334, III). SENTENÇA CONFIRMADA. 1. A alegação de litispendência deve ser comprovada pela parte promovida. Inteligência dos arts. 267, V, e seu § 3º, e 301, V, e seus §§ 1º a 4º. 2. Na hipótese, deve-se rejeitar a preliminar de litispendência, porquanto a parte se restringiu a suscitar a ocorrência de litispendência, sem, contudo, indicar elementos capazes de demonstrar a existência de ação em trâmite anteriormente ajuizada com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. 3. O trabalho consubstancia valor social constitucionalmente reconhecido (CF, arts. 1º, IV), que sobreleva o direito dos trabalhadores de perceberem remuneração pelos serviços prestados. 4. Não comprovado o pagamento de salários devidos a servidores públicos, deve-se assegurar a percepção do salário indevidamente retido, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração, bem como de violação aos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput). 5. Não havendo impugnação específica dos valores que estão sendo exigidos, em juízo, pelo servidor, deve-se presumir corretos aqueles indicados na peça exordial (fls. 02/08), nos termos dos arts. 302, caput, e 334, III, ambos do Código de Processo Civil. 6. Remessa Oficial e Apelação Cível conhecidas e improvidas.

(TJCE, Apelação / Reexame Necessário 154683200080600551, Relator(a): RAULARAÚJO FILHO, 1ª Câmara Cível, julgamento: 28/10/2009)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. INADIMPLENTO POR PARTE DO ENTE MUNICIPAL. SALÁRIO DE SERVIDOR PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DA

FAZENDA PÚBLICA E NÃO DO ANTIGO GESTOR MUNICIPAL. SENTENÇA NÃO SUJEITA AO REEXAME OBRIGATÓRIO. QUANTIA INFERIOR A SESENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS SEGUINDO OS PARÂMETROS ESTIPULADOS NO ART. 20 DO CPC. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Não merece prosperar o entendimento que a sentença deveria submeter-se ao reexame obrigatório, vez que, no presente caso, a condenação foi inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. Inteligência do Art. 475, §2º do Código de Processo Civil. 2. A responsabilidade pela remuneração dos seus servidores é, indubitavelmente, da Fazenda Pública, ainda que sejam vencimentos em atraso ou provenientes de débitos de administrações anteriores. (Apelação (...) - (...)) 3. O direito dos servidores de perceber remuneração pelo mês efetivamente trabalhado, bem como a integralidade do décimo terceiro, é incontestável. Aceitar a imputação de responsabilidade ao antigo gestor municipal, configurar-se-ia enriquecimento ilícito do ente municipal e violaria às disposições constitucionais, sobretudo aquelas previstas no Art. 7º, que versam sobre os direitos sociais dos trabalhadores. 4. No que concerne aos honorários advocatícios, verifica-se que o valor arbitrado atendeu ao princípio da razoabilidade, demonstrando ser suficiente e justo para remunerar o serviço prestado pelo advogado. Apelação conhecida e não provida. Sentença mantida.

(TJCE, Apelação 126475200580600531, Relator(a): MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ, 6ª Câmara Cível, 29/06/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL/ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. DISPENSA. ART. 475, § 2º, CPC. REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. RESPONSABILIDADE DO ENTE MUNICIPAL E NÃO DE SEU GESTOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Tratam os autos de Apelação Cível, em Ação de Cobrança, em que servidoras públicas municipais pleiteiam o pagamento de suas remunerações e parte do 13º salário, referentes ao mês de dezembro/2004. 2. No caso, conforme dicção do § 2º do Art. 475 do CPC, não há que se falar em remessa obrigatória dos autos ao segundo grau de jurisdição. 3. A alegação do insurgente de que a obrigação de pagar as servidoras seria do ex-gestor não merece prosperar, sendo certa a responsabilidade do ente público pela remuneração daqueles que lhe prestam serviço, mesmo que o débito seja da gestão anterior. 4. Honorários advocatícios fixados em percentual que não exorbita o limite legal estabelecido pelo Art. 20, § 3º do CPC. - Precedentes desta Corte. - Apelação não provida. - Sentença mantida. - Unânime (TJCE, Apelação cível 141456200580600531, Relator(a): MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE, 4ª Câmara Cível, 22/09/2010)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR MUNICIPAL. VERBA SALARIAL RETIDA. CRÉDITO DO SERVIDOR. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. VEDAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA

MANTIDA. I - Constitui direito do servidor a percepção de remuneração pelo tempo efetivamente trabalhado. II - Ausência de prova do pagamento das verbas salariais reivindicadas. III - Dívida existente devendo ser solvida, sob pena de enriquecimento ilícito do Poder Público Municipal mediante prejuízo do particular. IV - É do município e não da gestão anterior a responsabilidade pelo pagamento dos salários por serviços àqueles prestados. V - Recurso Apelarório conhecido e IMPROVIDO para manter a sentença monocrática em todos os seus termos

(TJCE, Apelação cível 254782200080600621, Relator(a): CELSO ALBUQUERQUE MACEDO, 3ª Câmara Cível, 28/10/2009)

PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. DEFERIMENTO PARCIAL. AGRAVO REGIMENTAL. INSUBSISTÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. IMPROVIMENTO. 1. Não ofende a ordem pública decisão que determina o bloqueio de verbas municipais para o pagamento do funcionalismo público, mormente quando não há justificativa para o atraso reiterado dos pagamentos. 2. Ante a ordem de bloqueio, recaindo a indisponibilidade das receitas nas rubricas destinadas às despesas com pessoal, não há redução no orçamento previsto para a consecução de serviços públicos, razão de inexistir lesão à ordem administrativa. 3. Agravo conhecido e desprovido.

(TJCE, Agravo Regimental 858388200780600001, Relator(a): PRESIDENTE TJCE, Órgão julgador: Presidência, julgamento: 05/02/2009)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSCITAÇÃO DE NÃO CONHECIMENTO. ART. 526, § ÚNICO, DO CPC. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. DIREITO DIFUSO E COLETIVO. SALÁRIOS ATRASADOS. SERVIDORES PÚBLICO MUNICIPAIS. BLOQUEIO DO CAIXA PÚBLICO. POSSIBILIDADE. PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS PRESENTES. LIMINAR MANTIDA. 1. Preliminar de não conhecimento por não cumprimento do disposto no art. 526 do Código de Processo Civil, que determina ser ônus do agravante a juntada nos autos do processo de origem da cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e a relação dos documentos que o formam. 2. Arguição feita pelo recorrido em contrarrazões, mas sem qualquer demonstração de sua ocorrência, não gera o óbice do art. 526, § único, do CPC, devendo o recurso ser conhecido. Preliminar rejeitada. 3. Ação Civil Pública movida pelo Parquet local de Antonina do Norte em prol dos servidores municipais que estavam com salários atrasados no último quadrimestre de 2004, além de 13º salário e férias; 4. Liminar concedida para o bloqueio das contas da edilidade junto ao Fundo de Participação dos Municípios, verba esta gerida pelo Banco do Brasil S/A, para quitação dos salários em atraso; 5. Presença dos requisitos autorizadores da medida liminar. Situação de extrema gravidade e comoção social instaurada na localidade. 6. Agravo conhecido e improvido.

(TJCE, Agravo de Instrumento 1888028200580600000, Relator(a): PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE, 1ª Câmara Cível, 06/03/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR DETERMINANDO O BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 1. É possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, nas hipóteses não vedadas pelo art. 1º-B da Lei 9.494/97 e 1º, § 4º, da Lei 5.021/66, como na hipótese dos autos, em que a liminar concedida pelo Juízo a quo foi no sentido de determinar o bloqueio de verbas públicas para garantir a destinação prevista nas regras financeiras e orçamentária. Precedentes. 2. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(TJCE, Agravo de Instrumento 2822780200880600000, Relator(a): LINCOLN TAVARES DANTAS, 4ª Câmara Cível, julgamento: 17/06/2009)

É essa a análise das provas pré-constituídas existentes até o presente momento, o que configura aparência de bom direito e perigo na demora, requisito para a concessão de medida liminar em ação civil pública (art.12 da Lei nº7.347/1985 - Lei da Ação Civil Pública - LACP).

Diante do exposto, **defiro o pedido de medida cautelar para que sejam bloqueados os recursos financeiros do Promovido até o valor de R\$1.998.889,68 (um milhão, novecentos e noventa e oito mil, oitocentos e oitenta e nove reais e sessenta e oito centavos), nos termos do art.4º da Lei nº7.347/1985 .**

Intime-se o Promovido desta decisão, na pessoa do Prefeito Municipal de (...)-(...), a quem ordeno que pague os salários dos funcionários públicos municipais referentes ao mês de dezembro/2012 até o dia 10/02/2013, sob o risco de pagar, ele mesmo, multa pessoal (não imposta ao Município), no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por cada dia de descumprimento, nos termos do art.11 da Lei nº7.347/1985 e do art.14-Único do Código de Processo Civil, a fim de que o Município não seja duas vezes penalizado.

Cientifique-se a Procuradoria do Município de (...), enviando-lhe cópia da petição inicial.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Eduardo Mota
Juiz de Direito

Ação Civil Pública - Apelação e Reexame Necessário

Luis Eduardo Grião Mota

SENTENÇA

O Promovente pretende que o Promovido pague o 13º salário devido pelos trabalhos prestados pelos funcionários públicos municipais no ano 2012. Pretende liminarmente o bloqueio de dinheiro das contas correntes bancárias do Promovido para o adimplemento da dívida. Alega que os funcionários públicos municipais não receberam a referida remuneração.

Nas fls.95/98, o Promovido informa que o valor total dessa pretensão monta a R\$356.243,35 (fls.95 e 97). Trata-se, portanto de confissão do fato alegado pelo Promovido de que a referida remuneração ainda não foi paga, nos termos dos arts.348 e 350-CPC.

Nas informações de fls.95/98, levanta suspeitas de uso do dinheiro do exercício financeiro do ano 2012 para pagamentos desviados do interesse público (fl.97), inclusive dentre os destinados ao funcionalismo, dos quais levanta suspeitas sobre fraudes e irregularidades.

O despacho de fl.85v ordenou a citação do Promovido. A Procuradoria-Geral do Município foi notificada desta ação em 21/01/2013 (fls.85/85v), dela tomando conhecimento. O Promovido compareceu ao processo em 24/01/2013, quando participou de audiência de conciliação (fl.89/89v). Com isso, a ausência de sua citação formal é suprida nos termos do art.214-§1º-CPC. Desse modo, não prospera a alegação do promovido de fl.372 de que “não houve a sua citação válida para se defender”. Por isso, a peça de fls.371/379, interposta em 28/01/2013, funciona como verdadeira contestação, segundo o Princípio da Instrumentalidade das Formas, expresso sobretudo pela regra do art.244-CPC.

Na referida contestação de fls.371/379, o Promovido não resiste à satisfação da pretensão do Promovente de forma definitiva: resiste apenas quanto à sua pretensão liminar. Em outros termos, o Promovido admite seu débito e entende que o mesmo deve ser pago. Na fl.372 confessa mais uma vez a dívida, dessa vez no montante de R\$356.143,35, como o total do que está empenhado, liquidado e inscrito nos restos a pagar processados. Propõe que pagará a dívida por meio de abertura de crédito especial no orçamento do exercício financeiro do ano 2013 (fl.374) em “uma grande mesa de

negociações ... após a entrega do relatório da auditoria que está sendo realizada no município” (fl.377). Enfim, o Promovido reconheceu a procedência do pedido do autor, nos termos do art.269-II-CPC.

Nas informações de fls.94/98, o Promovido informara que o Município realiza atualmente uma auditoria interna com previsão de duração de mais 60 dias (fl.96). Considerando que essa informação foi prestada em 24/01/2013 (fl.98), deduz-se que a previsão para o fim dessa auditoria seria aproximadamente 23/03/2013. Portanto, o Promovido propõe-se a pagar sua dívida confessada após 23/03/2013.

Ressalte-se porém o que dispõem as leis sobre o vencimento do 13º salário dos trabalhadores:

Lei nº4.090/1962

Art. 1º - No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.

Lei nº4.749/1965

Art. 1º - A gratificação salarial instituída pela Lei número 4.090, de 13 de julho de 1962, será paga pelo empregador até o dia 20 de dezembro de cada ano, compensada a importância que, a título de adiantamento, o empregado houver recebido na forma do artigo seguinte.

Art. 2º - Entre os meses de fevereiro e novembro de cada ano, o empregador pagará, como adiantamento da gratificação referida no artigo precedente, de uma só vez, metade do salário recebido pelo respectivo empregado no mês anterior

Assim, o 13º salário dos trabalhos prestados pelos funcionários públicos municipais em 2012 deveria ter sido pago até 20/12/2012. Portanto, a proposta do Promovido viola essa norma legal. A proposta de data de pagamento do Promovido importa em um atraso de mais de dois meses, o que não pode ser admitido pois o salário dos trabalhadores é um direito fundamental reconhecido pela Constituição Federal no art.7º-VIII e X, uma vez que se destina à subsistência material das pessoas que o realizaram.

O Promovido invoca o interesse público para resistir à pretensão de bloqueio liminar de suas contas correntes bancárias. Para tanto afirma que esse ato impediria a continuação dos serviços públicos essenciais, pois o saldo total atual do Município seria de R\$2.261.615,02, mas, que, desses, apenas R\$145.024,11 estariam disponíveis para a satisfação da pretensão do Promovente, pois o restante seria vinculados a “convênios e programas” os quais entende como intocáveis/impenhoráveis/indisponíveis.

Afirma que “... seria absurdo vedar a continuidade de programa ou ação governamental em execução, sob pena de inviabilizar o atendimento de serviços públicos

essenciais à comunidade...” (fl.375). Contudo, quando as pessoas que desempenharam os serviços/programas públicos e ações governamentais não são compensadas pelo tempo e pela energia que neles despenderam, a continuidade desses serviços/programas/ações governamentais já está vulnerada, pois o trabalho futuro não pode ser realizado sem trabalhadores e os trabalhadores não podem subsistir se não forem remunerados, pois não se pode presumir que todos os trabalhadores municipais podem subsistir da caridade privada -- já que a caridade pública também não mais funcionaria. A inadimplência para com os funcionários públicos municipais põe as funções públicas sob risco atual de funcionar deficientemente ou de não mais funcionarem. Por isso, não se trata de contrapor os interesses dos funcionários aos dos beneficiários das funções públicas, como apontado na fl.376: os interesses dos funcionários municipais *é o mesmo* interesse das funções públicas e, por conseguinte, *é o mesmo* o interesse dos beneficiários das funções públicas.

Mesmo que fossem interesses distintos, há de se usar os critérios de solução de antagonismos entre princípios constitucionais (de um lado o Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos, expresso no art.37-§3º-I da Constituição Federal, de outro lado o Princípio Fundamental da Proteção ao Salário, expresso no art.7º-X da mesma CF) que decorrem do Princípio da Proporcionalidade (Princípio da Proibição de Excesso): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo critério da Adequação há de se questionar se o meio pretendido é útil para satisfazer a pretensão material. Em outros termos, pela Adequação, pergunta-se: o bloqueio das contas bancárias municipais é capaz de atender às necessidades alimentícias dos funcionários? A resposta é sim, pois, isso compele o Promovido a aplicar os recursos financeiros do Município que lhe restam para ordenar/pagar os salários municipais. Logo o bloqueio das contas municipais é adequado.

Pelo critério da Necessidade (Intervenção Mínima) há de se perguntar se há outro meio disponível que atinja o mesmo fim desejado, mas que seja menos invasivo. Em outros termos, pela Necessidade pergunta-se: há outro meio de pagar aos funcionários municipais se o Promovido não o fizer espontaneamente ou se o juízo não bloquear suas contas para que a prestação jurisdicional realize o efeito prático equivalente? A resposta é não, pois não há como pagar os funcionários *in natura* com o patrimônio público municipal, pois são bens inalienáveis ou que dependem de demorado e custoso processo de licitação para serem alienados. Além disso, sua liquidez em dinheiro é pequena, sendo dificilmente revertido em dinheiro que atenda às necessidades de alimentação, habitação, água, saúde, educação dos funcionários municipais e de seus dependentes. Logo o bloqueio das contas municipais é necessário.

Pelo critério da Proporcionalidade em Sentido Estrito pergunta-se: o bloqueio das contas municipais trará mais ou menos prejuízo aos usuários dos serviços

públicos do que o não-bloqueio? Essa pergunta já foi respondida quatro parágrafos acima.

O Promovido invoca os arts.36 e 37 da Lei nº4.320/1964, entendendo que os vencimentos dos funcionários municipais referentes a dezembro/2012 consistem em “restos a pagar” ou em despesa de exercício encerrado não processadas na época correta e que, portanto, só poderiam ser pagos mediante dotação específica do orçamento 2013.

Ocorre que essa regra legal data de 1964 e há de ser interpretada segundo os valores consolidados pela Constituição Federal de 1988, a qual elevou o direito do trabalhador à remuneração ao *status* de direito fundamental:

art.7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à sua melhoria de sua condição social:
VIII – décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria.
X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

Portanto, o direito ao salário consiste em princípio constitucional, contra o qual não pode prevalecer a regra legal do art.37 da Lei nº4.320/1964.

O Promovido invoca ainda o art.2º da mesma lei, o qual menciona o Princípio da Anualidade das Finanças Públicas. Pelo Princípio da Anualidade, as leis orçamentárias têm a vigência de um ano. Isto é, a lei orçamentária municipal do exercício 2012, enseja a aquisição de direitos durante o ano 2012. Ora, o trabalho no ano 2012 consiste no fato gerador dos direitos subjetivos dos funcionários municipais ao 13º salário, portanto, a lei orçamentária do ano 2012 concedeu aos mesmos o direito adquirido ao 13º salário, nos termos do art.6º-§2º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois o dia do vencimento do pagamento do 13º salário (art.1º da Lei nº4.749/1965) é um termo pré-fixo, a partir do qual o direito ao recebimento pode ser exercido. Destarte, o invocado Princípio da Anualidade não impede que as despesas empenhadas em 2012 sejam cumpridas em 2013.

Já o art.42 da Lei Complementar nº101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), invocado pelo Promovido consiste em uma proibição ao Chefe do Poder Executivo de contrair despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro do período do seu mandato ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito. Porém, há de se lembrar que os 13º salários referentes a 2012 consistem em despesas já empenhadas (nos termos do art.58 da Lei nº4.320/1964), isto é, que já estão afetadas a uma reserva orçamentária; já liquidadas (nos termos do art.63 da mesma lei), isto é, que já foi quantificada e que já foi verificada como certa e exigível pelos seus credores (os funcionários); e que simplesmente não foram ainda e apenas ordenadas (nos termos do art.64 da mesma lei).

Ou seja, se o salário dos funcionários não foi ordenado -- ou se foi ordenado e não pago -- só não terminou seu processamento por uma omissão do ordenador de despesa que é considerada retenção indevida pela Constituição Federal e que é por ela qualificada como crime, quando dolosa. Por isso, não é razoável que, por causa da ausência das duas últimas fases do processamento da despesa pública, não possam mais ser processadas e incidir na hipótese de cabimento da regra do art.37 da Lei nº4.320/1964 que proibiria a sua execução senão por meio de uma nova dotação específica. Tenha-se em conta ainda que o pagamento do salário controvertido poderia, sim, ter sido cumprido integralmente dentro do período do mandado que terminou em 2012. E tenha-se em conta também que havia suficiente disponibilidade de caixa para este efeito (confissão de fl.95), de forma que, em verdade, o caso concreto sub judice não configura a hipótese de incidência do art.42-LRF. Em verdade, o próprio parágrafo único do art.42-LRF determina que as despesas compromissadas a pagar até o final do exercício (caso dos 13º salários de 2012) será considerada como disponibilidade de caixa:

Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenham parcelas a serem pagas no exercício seguinte, sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para esse efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício

Ademais, a regra do art.42-LRF contém uma conduta proibida ao ordenador dos pagamentos de salários e não uma proibição aos recebedores desse pagamento, o que já é reconhecida pela Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDORES PUBLICOS MUNICIPAIS. REMUNERAÇÃO. PAGAMENTO. ATO VINCULADO. DIREITO SOCIAL GARANTIDO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RETENÇÃO DOLOSA. CRIME. NÃO FERE A SEPARAÇÃO DOS PODERES DETERMINAR QUE A ADMINISTRAÇÃO DÊ CUMPRIMENTO A DEVERES VINCULADOS. ATREINTES. APLICAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. APELO E REEXAME CONHECIDOS E DESPROVIDOS. 1. Preliminar de ilegitimidade ativa: o Ministério Público está constitucionalmente legitimado a utilizar os instrumentos necessários ao cumprimento do seu dever de promover a defesa dos interesses sociais, dentre estes, o direito ao salário. preliminar afastada. 2. Inicialmente cumpre destacar que o direito aqui reclamado (remuneração de servidor público) não integra o campo de incidência da reserva do possível. Não havendo como se distanciar da certeza de que o percebimento de salários e de remunerações é direito social do qual o gestor público tem

o dever de honrar mês a mês, constituindo crime a sua retenção dolosa. 3. Retribuir pecuniariamente a força do trabalho contratado ou honrar com o pagamento das remunerações de servidores públicos não está dentre os atos discricionários da Administração Pública, não havendo que se falar em conveniência, oportunidade ou mérito administrativo, sequer representa ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes o fato de o Poder Judiciário determinar que o Executivo dê cumprimento integral e tempestivo aos deveres vinculados. 4. Mesmo que subsistam obrigações contraídas pelo Município quando da Administração anterior, a obrigação concernente ao pagamento de servidores deve ser honrada, inclusive, sem prejuízo da responsabilização daqueles que porventura tenha infringido normas contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal, não sendo cabível penalizar os servidores municipais por resultados da má Administração Pública Municipal. 5. É possível a fixação, de ofício, de multa diária cominatória, astreintes, ainda que seja contra a Fazenda Pública. Precedentes.

(TJCE, Apelação / Reexame Necessário 34468200980601481, Relator(a): CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES, 5ª Câmara Cível, 17/04/2012)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE COBRANÇA. TESE DE LITISPENDÊNCIA (CPC, ART. 301, V). NÃO-COMPROVAÇÃO. ÔNUS DE PROVA DO PROMOVIDO (CPC, ARTS. 267, V, E SEU § 3º, E 301, V, E SEUS §§ 1º A 4º). INADIMPLEMENTO DO PAGAMENTO DE SALÁRIOS VENCIDOS DE SERVIDOR PÚBLICO. FATO QUE SE TORNOU INCONTROVERSO DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. VALOR SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO (CF, ART. 1º, IV). DEVER DE PAGAMENTO, SOB PENA DE CONFIGURAR ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO. PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CF, ART. 37, CAPUT). AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS VALORES REQUERIDOS NA INICIAL (CPC, ARTS. 302, CAPUT, E 334, III). SENTENÇA CONFIRMADA. 1.A alegação de litispendência deve ser comprovada pela parte promovida. Inteligência dos arts. 267, V, e seu § 3º, e 301, V, e seus §§ 1º a 4º. 2.Na hipótese, deve-se rejeitar a preliminar de litispendência, porquanto a parte se restringiu a suscitar a ocorrência de litispendência, sem, contudo, indicar elementos capazes de demonstrar a existência de ação em trâmite anteriormente ajuizada com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. 3.O trabalho consubstancia valor social constitucionalmente reconhecido (CF, arts. 1º, IV), que sobreleva o direito dos trabalhadores de perceberem remuneração pelos serviços prestados. 4.Não comprovado o pagamento de salários devidos a servidores públicos, deve-se assegurar a percepção do salário indevidamente retido, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração, bem como de violação aos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput). 5.Não havendo impugnação específica dos valores que estão sendo exigidos, em juízo, pelo servidor, deve-se presumir corretos aqueles indicados na peça exordial (fls. 02/08), nos termos dos arts. 302, caput, e 334, III, ambos do Código de Processo Civil.

6. Remessa Oficial e Apelação Cível conhecidas e improvidas. (TJCE, Apelação / Reexame Necessário 154683200080600551, Relator(a): RAULARAÚJOFILHO, 1ª Câmara Cível, julgamento: 28/10/2009)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. INADIMPLEMENTO POR PARTE DO ENTE MUNICIPAL. SALÁRIO DE SERVIDOR PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DA FAZENDA PÚBLICA E NÃO DO ANTIGO GESTOR MUNICIPAL. SENTENÇA NÃO SUJEITA AO REEXAME OBRIGATÓRIO. QUANTIA INFERIOR A SESENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS SEGUINDO OS PARÂMETROS ESTIPULADOS NO ART. 20 DO CPC. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Não merece prosperar o entendimento que a sentença deveria submeter-se ao reexame obrigatório, vez que, no presente caso, a condenação foi inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. Inteligência do Art. 475, §2º do Código de Processo Civil. 2. A responsabilidade pela remuneração dos seus servidores é, indubitavelmente, da Fazenda Pública, ainda que sejam vencimentos em atraso ou provenientes de débitos de administrações anteriores. (Apelação 19134200680600531 - TJ/CE) 3. O direito dos servidores de perceber remuneração pelo mês efetivamente trabalhado, bem como a integralidade do décimo terceiro, é incontestável. Aceitar a imputação de responsabilidade ao antigo gestor municipal, configurar-se-ia enriquecimento ilícito do ente municipal e violaria às disposições constitucionais, sobretudo aquelas previstas no Art. 7º, que versam sobre os direitos sociais dos trabalhadores. 4. No que concerne aos honorários advocatícios, verifica-se que o valor arbitrado atendeu ao princípio da razoabilidade, demonstrando ser suficiente e justo para remunerar o serviço prestado pelo advogado Apelação conhecida e não provida. Sentença mantida.

(TJCE, Apelação 126475200580600531, Relator(a): MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ, 6ª Câmara Cível, 29/06/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL/ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. DISPENSA. ART. 475, § 2º, CPC. REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. RESPONSABILIDADE DO ENTE MUNICIPAL E NÃO DE SEU GESTOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Tratam os autos de Apelação Cível, em Ação de Cobrança, em que servidoras públicas municipais pleiteiam o pagamento de suas remunerações e parte do 13º salário, referentes ao mês de dezembro/2004. 2. No caso, conforme dicção do § 2º do Art. 475 do CPC, não há que se falar em remessa obrigatória dos autos ao segundo grau de jurisdição. 3. A alegação do insurgente de que a obrigação de pagar as servidoras seria do ex-gestor não merece prosperar, sendo certa a responsabilidade do ente público pela remuneração daqueles que lhe prestam serviço, mesmo que o débito seja da gestão anterior. 4. Honorários advocatícios fixados em percentual que não exorbita o limite legal estabelecido pelo Art. 20, § 3º do CPC. - Precedentes desta Corte. - Apelação não provida. - Sentença mantida. - Unânime

(TJCE, Apelação cível 141456200580600531, Relator(a): MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE, 4ª Câmara Cível, 22/09/2010)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR MUNICIPAL. VERBA SALARIAL RETIDA. CRÉDITO DO SERVIDOR. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. VEDAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. I - Constitui direito do servidor a percepção de remuneração pelo tempo efetivamente trabalhado. II - Ausência de prova do pagamento das verbas salariais reivindicadas. III - Dívida existente devendo ser solvida, sob pena de enriquecimento ilícito do Poder Público Municipal mediante prejuízo do particular. IV - É do município e não da gestão anterior a responsabilidade pelo pagamento dos salários por serviços àqueles prestados. V - Recurso Apelatório conhecido e IMPROVIDO para manter a sentença monocrática em todos os seus termos

(TJCE, Apelação cível 254782200080600621, Relator(a): CELSO ALBUQUERQUE MACEDO, 3ª Câmara Cível, 28/10/2009)

PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. DEFERIMENTO PARCIAL. AGRAVO REGIMENTAL. INSUBSISTÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. IMPROVIMENTO. 1. Não ofende a ordem pública decisão que determina o bloqueio de verbas municipais para o pagamento do funcionalismo público, mormente quando não há justificativa para o atraso reiterado dos pagamentos. 2. Ante a ordem de bloqueio, recaindo a indisponibilidade das receitas nas rubricas destinadas às despesas com pessoal, não há redução no orçamento previsto para a consecução de serviços públicos, razão de inexistir lesão à ordem administrativa. 3. Agravo conhecido e desprovido.

(TJCE, Agravo Regimental 858388200780600001, Relator(a): PRESIDENTE TJCE, Órgão julgador: Presidência, julgamento: 05/02/2009)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSCITAÇÃO DE NÃO CONHECIMENTO. ART. 526, § ÚNICO, DO CPC. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. DIREITO DIFUSO E COLETIVO. SALÁRIOS ATRASADOS. SERVIDORES PÚBLICO MUNICIPAIS. BLOQUEIO DO CAIXA PÚBLICO. POSSIBILIDADE. PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS PRESENTES. LIMINAR MANTIDA. 1. Preliminar de não conhecimento por não cumprimento do disposto no art. 526 do Código de Processo Civil, que determina ser ônus do agravante a juntada nos autos do processo de origem da cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e a relação dos documentos que o formam. 2. Arguição feita pelo recorrido em contrarrazões, mas sem qualquer demonstração de sua ocorrência, não gera o óbice do art. 526, § único, do CPC, devendo o recurso ser conhecido. Preliminar rejeitada. 3. Ação Civil Pública movida pelo Parquet local de Antonina do Norte em prol dos servidores municipais que estavam com salários atrasados no último quadrimestre de 2004, além de 13º salário e férias; 4. Liminar concedida para o bloqueio das contas da edilidade junto ao Fundo de Participação

dos Municípios, verba esta gerida pelo Banco do Brasil S/A, para quitação dos salários em atraso; 5. Presença dos requisitos autorizadores da medida liminar. Situação de extrema gravidade e comoção social instaurada na localidade. 6. Agravo conhecido e improvido.

(TJCE, Agravo de Instrumento 1888028200580600000, Relator(a): PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE, 1ª Câmara Cível, 06/03/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR DETERMINANDO O BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 1. É possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, nas hipóteses não vedadas pelo art. 1º-B da Lei 9.494/97 e 1º, § 4º, da Lei 5.021/66, como na hipótese dos autos, em que a liminar concedida pelo Juízo a quo foi no sentido de determinar o bloqueio de verbas públicas para garantir a destinação prevista nas regras financeiras e orçamentária. Precedentes. 2. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(TJCE, Agravo de Instrumento 2822780200880600000, Relator(a): LINCOLN TAVARES DANTAS, 4ª Câmara Cível, julgamento: 17/06/2009)

É essa a análise das provas pré-constituídas existentes até o presente momento, o que configura aparência de bom direito e perigo na demora, requisito para a concessão de medida liminar em ação civil pública (art.12 da Lei nº7.347/1985 - Lei da Ação Civil Pública - LACP).

Diante do exposto, defiro o pedido de medida cautelar para que sejam bloqueados os recursos financeiros do Promovido até o valor de R\$356.243,35 (trezentos e cinquenta mil, duzentos e quarenta e três reais e trinta e cinco centavos), nos termos do art.4º da Lei nº7.347/1985 .

Intime-se o Promovido desta decisão, na pessoa do Prefeito Municipal de (...)-(...), a quem ordeno que pague os 13º salários dos funcionários públicos municipais referentes ao ano 2012 até o dia 10/02/2013, sob o risco de pagar, ele mesmo, multa pessoal (não imposta ao Município), no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por cada dia de descumprimento, nos termos do art.11 da Lei nº7.347/1985 e do art.14-Único do Código de Processo Civil, a fim de que o Município não seja duas vezes penalizado.

Cientifique-se a Procuradoria do Município de (...), enviando-lhe cópia da petição inicial.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Eduardo Mota
Juiz de Direito

Ação Penal Pública - Art. 33 da Lei nº 11.343/06

Magno Gomes de Oliveira

SENTENÇA

TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. Inobstante a negativa de autoria ofertada pelo réu, tanto a autoria quanto a materialidade delitiva se mostraram presentes durante a instrução criminal. Ademais, havendo pelo menos 45 (quarenta e cinco) pedras de crack no local da prisão, as quais se encontravam ocultadas em cima de uma geladeira instalada num imóvel de apenas dois cômodos, não é razoável admitir que o réu ali estivesse em situação de inocência, sobretudo porque havia intenso tráfego de viciados no local, os quais empreenderam fuga imediata diante da aproximação da guarnição policial. Destarte, nesse contexto resta forçoso proferir sentença penal condenatória, mesmo porque para a configuração do delito de tráfico, não é necessário que o agente seja surpreendido vendendo tóxico, porque outras provas podem conduzir à certeza de que seria comercializado clandestinamente. Ademais, não é só vender, mas ter consigo, guardar, expor à venda, oferecer ou fornecer, ainda que gratuitamente, configura o crime de tráfico de drogas. Inteligência do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Vistos, etc.

O MINISTÉRIO PÚBLICO ajuizou a presente ação penal pública em 09.08.2011, oferecendo denúncia contra (...), sob a acusação de haver ele praticado o crime de tráfico de drogas.

Aduziu o órgão ministerial em sua peça delatória, em síntese, que:

a) No dia 17.06.2011, por volta das **12:30hs**, uma guarnição da Polícia Militar realizava patrulhamento ostensivo na área do (...), em (...), quando recebeu informes de que havia uma boca de fumo funcionando na Rua (...), nº (...), no dito Bairro (...);

b) Mediante a aproximação da composição militar, alguns indivíduos correram em fuga, o que aumentou as suspeitas da composição de que realmente estava sendo desenvolvida uma atividade ilícita naquele endereço;

c) A composição militar conseguiu evitar a fuga de um indivíduo, o qual foi identificado como sendo o menor (...), e o mesmo tinha em seu poder uma pequena quantidade de droga, a qual havia sido comprada poucos instantes antes da pessoa do acusado;

d) O réu estava dentro do imóvel antes aludido, e após uma revista policial foi encontrada maior quantidade de drogas, mais precisamente 45 (quarenta e cinco) pedras de crack acondicionadas em uma embalagem plástica, além de dois papéletes contendo crack ocultados dentro de uma lata de **lei** em pó;

e) Diante daquela situação de flagrância delitiva, tanto o réu quanto ao adolescente (...) foram custodiados e conduzidos até o 18º Distrito Policial, onde o primeiro foi autuado em flagrante delito por infração ao art. 33 da Lei nº 11.343/2006, e o menor teve contra si lavrado um boletim de ocorrência infracional por ilícito idêntico.

Em cumprimento ao disposto no art. 55 da Lei nº 11.343/2006, este juízo ordenou a notificação prévia do réu (fls. 54), o qual ofereceu defesa preliminar escrita sem rol de testemunhas (fls. 62/63).

Recebida a peça acusatória (fls. 64/65), foi o réu citado pessoalmente e interrogado em juízo, após o que foram ouvidas três testemunhas, todas arroladas na denúncia ministerial (fls. 83/85v). E inexistindo diligências a realizar, passou-se às alegações finais orais, em sede das quais o Ministério Público ratificou integralmente a denúncia e postulou a condenação do réu (fls. 92/93).

Ato contínuo, a defesa suplicou pela absolvição invocando a tese da insuficiência de provas, mas alternativamente pleiteou a minorante do tráfico privilegiado, em caso de rejeição da tese principal (fls. 97/102).

É o relatório. Passo a decidir.

Inobstante a negativa de autoria sustentada pelo réu quando de seu interrogatório na esfera judicial, tal versão não tem o condão de gerar absolvição automática, sobretudo porque a jurisprudência pátria tem admitido que os acusados em geral mintam impunemente. Com efeito, a palavra do réu somente merece credibilidade se amparada em outros elementos de prova produzidos durante a instrução criminal.

No caso em exame a versão do réu se encontra inteiramente dissociada da prova colhida, isto pelas razões seguintes:

- a) Ao ser interrogado pela autoridade policial o réu alegou que era viciado e que a droga pertencia ao adolescente (...), conhecido por (...), mas ao ser inquirido em juízo mudou sua versão inexplicavelmente e já disse que não era sequer viciado, mas estava apenas dormindo naquele imóvel no qual foi preso, embora não tenha sabido esclarecer sequer quem seria o proprietário ou responsável pela dita casa;
- b) Embora tenha admitido ser sua a assinatura aposta no termo de qualificação e interrogatório de fls. 14/15, o réu não foi capaz de apresentar um único motivo para justificar sua súbita mudança de versão;
- c) As testemunhas (...) e (...) noticiaram que o primeiro a ser detido foi o adolescente (...), em poder de quem foi encontrada uma pedra de crack, e indagado sobre a origem daquela droga o referido adolescente tratou de informar que tinha acabado de comprar a pedra de crack junto ao réu;
- d) Logo após obter a liberdade, inclusive por se tratar de indivíduo menor de idade, o tal (...) foragiu do distrito da culpa e até a data da instrução criminal permanecia em local incerto e não sabido, de modo que não confirmou a nova versão apresentada pelo acusado, e nem seria razoável que o fizesse, pois atrairia para si a responsabilidade pela traficância de drogas de acentuado poder destrutivo.

Na verdade, pouco importa quem era o proprietário legal da casa em que se deu a prisão do réu, pois há um fato inquestionável, qual seja, ele lá se encontrava devidamente instalado, era o único maior de idade, e dentro do imóvel havia pelo menos 45 (quarenta e cinco) pedras de crack ocultas.

Destaque-se ainda que todas as testemunhas noticiaram de forma uníssona que o imóvel era reconhecido como ponto de distribuição de drogas, pois num curto intervalo de tempo a mesma composição militar chegou a realizar pelo menos três diligências em data diversas e nas três ocasiões detectou movimentação suspeita de usuários e viciados, além de ter realizado outras prisões no local.

Se o réu estava num local notoriamente conhecido como sendo uma “boca de fumo”, e lá foram encontradas drogas de alto poder destrutivo, além de intenso movimento de viciados, passa a ser dele o ônus de demonstrar que não tinha qualquer relação com as drogas apreendidas dentro do imóvel.

De fato, seria extrema ingenuidade do magistrado subscritor acolher os argumentos do réu de que ele desconhecia a atividade de traficância que se desenvolvia no local, e que era um mero hóspede provisório do adolescente (...), o qual em momento algum foi localizado para confirmar a inusitada versão do acusado.

Pondere-se ainda que em seu interrogatório na fase judicial o réu praticamente não falava, mas na maioria das vezes balbuciava argumentos pouco compreensíveis, numa atitude quase instintiva de não entrar em maiores contradições, além daquelas mais ostensivas que foram confrontadas perante ele pelo magistrado que presidiu o ato probatório.

Em tais circunstâncias seria uma temeridade acolher o argumento de que a prova é frágil. De fato, prova mais robusta da traficância somente existiria se toda a diligência policial houvesse sido gravada em vídeo, pois se uma guarnição policial é informada sobre a existência de um ponto de distribuição de drogas, comparece ao local, se depara com viciados fugindo do local como se fossem ratos, chega a prender um deles e obtém a delação de que tinha comprado drogas junto ao réu, e finalmente, chega a apreender nada menos que 45 (quarenta e cinco) pedras de crack dentro do mesmo imóvel em que estava o réu, não há como isentar tal indivíduo de culpa, especialmente quando ele próprio noticiou que o imóvel sé tinha dois cômodos e ele era o único maior de idade ali instalado.

Em nome do princípio da ampla defesa é garantido ao réu o direito de apresentar qualquer versão, mas se a versão dele se mostra dissociada da realidade, do senso comum e dos depoimentos testemunhais colhidos, é óbvio que não pode aspirar que suas alegativas sejam acolhidas como se fossem a mais lídima expressão da verdade, sobretudo porque a jurisprudência pátria tem conferido credibilidade aos depoimentos dos agentes públicos que tomam parte na diligência que resulta na apreensão de drogas, senão vejamos:

CRIMINAL. HC. TORTURA. ART. 233 DO ECA. INDÍCIOS DE CRIME EVIDENCIADOS DURANTE VISITA DE INSPEÇÃO REALIZADA POR PROMOTORES DA CURADORIA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE EM ENTIDADE DE INTERNAÇÃO DE MENORES. DENÚNCIA POR ÓRGÃO DIVERSO DO PARQUET. **PROVA TESTEMUNHAL. VALIDADE. SERVIDOR PÚBLICO.** ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. RITO DO ART. 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que os Curadores da Infância e da Juventude tiveram notícia, por meio de ofício encaminhado por Juiz de Direito, da prática de crimes contra menores internados em entidade pública, motivo pelo qual realizaram visita de inspeção na entidade e, posteriormente, constatando a ocorrência de crimes, encaminharam ao Órgão do Ministério Público com atribuição para propor a denúncia os documentos que evidenciavam a ocorrência dos delitos.

II. Conforme a inteligência do art. 201, § 5º, do ECA, em sua atuação pelo efetivo respeito aos direitos e garantias assegurados às crianças e adolescentes, prevista nos artigos 129, II, da Constituição Federal, e 201, VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministério Público pode instaurar o procedimento adequado para apuração das denúncias, seja o inquérito civil, seja uma sindicância, seja um procedimento inominado, além de presidir o procedimento investigatório, nele efetuando requisições, diligências, perícias, exames, visitas ou vistorias.

III. A denúncia foi firmada por outro Promotor que não atuou na visita de inspeção - Promotor de Justiça com atuação perante as Varas Criminais -, o

qual analisou os elementos de convicção coletados, formando a sua própria opinião delictis, para depois dar início à persecução penal em juízo.

IV. A prova testemunhal obtida pelo depoimento dos Curadores da Infância e da Juventude não se desqualifica tão-só porque os mesmos atuaram na inspeção, do mesmo modo que são válidos, em princípio, os testemunhos dos agentes policiais.

V. São de competência da justiça comum os delitos praticados por servidor público cujo exercício da função ocorre em entidade que integra a Administração Pública Estadual.

VI. O paciente exercia o cargo de Assistente da Diretoria da Escola João Luiz Alves, estabelecimento que não se insere no âmbito da Administração Pública Federal, mas sim no âmbito da Administração do Estado do Rio de Janeiro, integrando o Departamento Geral de Ação Sócio-Educativa – DEGASE, vinculado à Secretaria de Estado da Justiça daquela Unidade da Federação.

VII. O procedimento especial previsto nos art. 514 e seguintes do Código de Processo Penal aplica-se a todos os crimes funcionais afiançáveis, ficando excluídos os inafiançáveis.

VIII. O crime previsto no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (atualmente art. 1o, inciso II, da Lei n.º 9.455/97) não é afiançável, não havendo nulidade pela falta de intimação do réu para apresentação de defesa preliminar.

IX. Ordem denegada.

(HC 38.489/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2005, DJ 09/05/2005, p. 439)

HC LIBERATÓRIO. NARCOTRAFICÂNCIA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CERCEAMENTO DE DEFESA PELO INDEFERIMENTO DE VISTA DOS AUTOS. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE INEXISTENTE. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS MILICIANOS. FLAGRANTE PREPARADO NÃO CONFIGURADO. INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA NÃO CARACTERIZADA. DESNECESSIDADE DE AMPLA FUNDAMENTAÇÃO DO DESPACHO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRECEDENTES DO STJ. EXCESSO DE PRAZO (1 ANO E 4 MESES) JUSTIFICADO EM RAZÃO DA COMPLEXIDADE DO FEITO, DO ELEVADO NÚMERO DE RÉUS (35 NO TOTAL), DA NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS PARA A OITIVA DE TESTEMUNHAS E DO REQUERIMENTO, PELA DEFESA, DE REALIZAÇÃO DO EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO EM 19.11.08. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. NORMA ESPECIAL. LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA (34 PORÇÕES DE COCAÍNA EM FORMA DE CRACK, TOTALIZANDO 10 GRAMAS). MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO E DECISÃO DE AUTORIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADOS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO

WRIT. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DENEGADA A ORDEM.

1. Em relação ao alegado cerceamento da defesa do paciente por ter sido indeferido seu pedido de vista dos autos, cumpre reconhecer que a matéria sequer foi submetida à análise do Tribunal de origem, o que impede seu exame por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

2. Não é nulo o auto de prisão em flagrante ainda que fundamentado nos testemunhos apenas dos policiais encarregados da captura e condução do paciente à Delegacia, os quais são idôneos e estarão sujeitos a confirmação no curso da instrução processual. Precedentes.

3. Ademais, a atuação da polícia não colocou o paciente no estado de flagrância em que foi surpreendido, de modo que os fatos não se encaixam na situação contida no enunciado 145 da Súmula de Jurisprudência do STF, bem como as circunstâncias em que a droga foi apreendida revelam seu destino comercial (34 porções de cocaína em forma de crack, totalizando 10 gramas), além do que a quantidade de entorpecente, em si mesma, não constitui elemento dos tipos penais pelos quais o paciente se encontra denunciado.

4. Da narrativa contida na denúncia pode-se obter a descrição sobre como teriam ocorrido e em que circunstâncias se deram os fatos em apuração, o que possibilita a ampla defesa e o contraditório.

5. Esta Corte entende que o despacho de recebimento da denúncia, por sua natureza interlocutória simples, prescinde de ampla fundamentação, até porque o Juiz, ao deflagrar a Ação Penal, não deve incidir em pré-julgamento da matéria criminal objeto da inicial acusatória (HC 119.226/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 08.09.2009 e HC 138.089/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 22.02.2010).

6. No caso em exame, eventual delonga para o término da instrução probatória como um todo (1 ano e 4 meses) pode ser atribuída à complexidade do feito, em razão do elevado número de réus (35 no total), à necessidade de expedição de cartas precatórias para a oitiva de testemunhas e ao requerimento, pela defesa, de realização do exame de dependência toxicológica.

7. A vedação de concessão de liberdade provisória aos acusados de tráfico de drogas é razão idônea e suficiente para o indeferimento da benesse, de sorte que prescinde de maiores digressões a decisão que indefere o pedido de liberdade provisória, nesses casos;

además, no caso concreto, havendo fortes indícios de autoria e materialidade do delito, a manutenção da prisão cautelar encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública, tendo em vista a extensão e articulação da quadrilha supostamente integrada pelo paciente, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido (34 porções de cocaína em forma de crack, totalizando 10 gramas), a indicar a periculosidade do acusado.

8. Encontram-se devidamente fundamentadas as decisões que autorizaram a busca e apreensão domiciliar e a interceptação telefônica, bem como suas sucessivas prorrogações, porquanto ancoradas em elementos concretos que apontam para a imprescindibilidade das medidas como forma de

identificação de todos os envolvidos na prática delituosa em diversas cidades do Estado de Goiás, tudo devidamente registrado pelo Magistrado supervisor das medidas, não se vislumbrando qualquer irregularidade apta a fulminar de nulidade a prova colhida durante o Inquérito Policial.

9. A ausência da assinatura do Magistrado em uma das folhas de uma das decisões que prorrogou a interceptação telefônica constitui mera irregularidade, já devidamente sanada pelas decisões que a sucederam e mantiveram a prorrogação da escuta, não sendo razoável a pretensão do impetrante em ver declarada a nulidade de toda a investigação realizada.

10. Habeas Corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem, em conformidade com o parecer ministerial.

(HC 144.303/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 07/06/2010).

Ora, se o conjunto das circunstâncias apuradas nestes autos não for suficiente para caracterização do tráfico de drogas, melhor será abolir o tipo penal esculpido no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Demais disso, a jurisprudência pátria tem admitido a configuração de tráfico ainda que não seja flagrado o ato de comercialização, senão vejamos:

“Para a configuração do delito de tráfico, não é necessário que o agente seja surpreendido vendendo tóxico, porque outras provas podem conduzir à certeza de que seria comercializado clandestinamente, notadamente a posse do mesmo em quantidade inusitada, ainda mais se o agente não era usuário nem dependente do consumo entorpecente (TJSP, RT 747/647);

“A quantidade do produto, a forma de embalagem e o dinheiro apreendido com o acusado. Circunstâncias que induzem à certeza de sua destinação ao comércio”. (TJSP, JTJ 208/272);

“O crime de tráfico é de perigo *abstrato*, punindo-se a conduta pelo risco que ela representa para a saúde pública, de modo que não há necessidade de efetiva prática do ato de comércio, bastando que o agente seja apanhado trazendo consigo, guardando ou mantendo em depósito entorpecente com finalidade de venda”. (TJSP, RT 793/576)

Demais disso, ainda no tocante à quantidade da droga apreendida, não se pode deixar de considerar que a jurisprudência pátria já se consolidou no sentido de que **“o art. 12 da Lei nº 6.368/76 não distingue, da configuração do delito, o tráfico de quantidade maior ou menor de maconha. A repressão ao uso e tráfico de substâncias entorpecentes capazes de causar dependência física ou psíquica, que a lei tutela, não visa ao dano estritamente individual, mas ao coletivo, pela traficância que possa despertar ou ocasionar. Sua punição leva em conta o perigo que as substâncias entorpecentes representam para a saúde pública, e não à lesividade comprovada em caso concreto”** (STF - RE n. 109.435-4, Rel. Min. Célio Borja, RT 618/407).

Por outro lado, a configuração do crime de tráfico não exige flagrância da comercialização da substância entorpecente, inclusive porque a jurisprudência pátria

também já se pacificou no sentido de que mesmo em hipótese de fornecimento gratuito da droga, tal circunstância não se presta a afastar a incidência do delito de tráfico, senão vejamos:

“Não é só vender, mas ter consigo, guardar, expor à venda, oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, isso são algumas das múltiplas hipóteses legais, cada uma apta, por si, a implicar o dever-ser da pena do art. 12 da Lei de Tóxicos. Se é para o uso próprio, privilegia. Se também faz uso próprio da droga, como na espécie, este delito fica subsumido. Se a prova não tranquilizou sobre a venda indubitosa foi a evidência do fornecimento” (TJRS - Acórdão n. 687040931, Rel. Des. Milton dos Santos Martins, RJTJRS 129/121);

“Também quem fornece, ainda que gratuitamente, droga proibida, é traficante; e sua periculosidade é ainda maior pelo aliciamento que faz de novas vítimas do seu vício” (TACrim/SP - Acórdão n. 200271, Rel. Juiz Remo Pasqualini, Jutacrim 57/307).

Por todos esses fatores, sinto-me compelido a rechaçar tanto a tese principal, quanto a tese subsidiária apresentadas pela defesa do réu, pois embora se trate de indivíduo primário, e presumivelmente detentor de bons antecedentes, não pode ele se beneficiar do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 quando voluntariamente se instala em imóvel conhecido nos meios policiais como “boca de fumo”, posto que tal circunstância revela fortes indicativos de adesão do réu a uma atividade criminosa de caráter habitual.

Quanto à materialidade, restou igualmente incontroversa a partir do auto de apresentação e apreensão de fls. 17, em conjunto com o laudo preliminar de constatação de fls. 20, e finalmente, mediante o laudo pericial definitivo que repousa às fls. 70 desta ação penal pública.

Isto posto, considerando as evidências de autoria e materialidade, julgo parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, e condeno o réu (...) como incurso nas sanções do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Passo a examinar, as circunstâncias especificadas no art. 59 do CPB a fim de ter lugar a dosimetria da pena:

- a) CULPABILIDADE - Ressoa grave, pois na delegacia de polícia o réu declarou ser usuário de drogas, além do que estava instalado num imóvel já reconhecido pela polícia como ponto de distribuição de drogas, de modo que não convence sua propalada ingenuidade, especialmente quando não esclareceu as circunstâncias ou motivos pelos quais se instalou naquele imóvel sem que tenha se dado ao trabalho de apontar quem seria o dono ou locador da casa;
- b) ANTECEDENTES – Nada existe nos autos em desfavor do réu;

- c) CONDUTA SOCIAL – Inexistem elementos hábeis à sua aferição segura, contudo, a prova testemunhal foi segura ao informar que o adolescente Sérgio Henrique confirmou que tinha acabado de comprar uma pedra de crack do réu, e por isso mesmo não se pode ter como favorável a conduta social de alguém que se dedica à traficância e procura ganhar a vida distribuindo a morte a seus semelhantes;
- d) PERSONALIDADE DO AGENTE - Revela desvios morais, porquanto o réu buscou induzir o julgador a erro, modificando a versão inicial que apresentou diante dos policiais que o prenderam, além do que não demonstrou mínimo arrependimento ou receio sincero, a despeito da gravidade da acusação que lhe foi imputada;
- e) MOTIVAÇÃO DO CRIME – Evidente desejo de obter lucro explorando o vício alheio;
- f) CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - Entendo-as graves, porque a prática delituosa em tela se constitui como uma das mais graves chagas sociais hodiernas, tanto assim que o delito de tráfico foi inserido na Lei dos Crimes Hediondos, e porque o réu tem demonstrado que volta a delinquir sempre que reconquista a liberdade, seja pelas vias processuais previstas em lei, seja se valendo de fuga de presídios ou cadeias públicas.

Tendo por base as considerações acima expendidas, que são relativamente predominantemente desfavoráveis ao acusado, e com amparo no art. 68 do CPB, fixo-lhe a pena-base de 07 (sete) anos de reclusão, além de 700 (setecentos) dias-multa.

Examinando os arts. 65 e 61 do mesmo diploma legal, não vislumbro quaisquer circunstâncias atenuantes ou agravantes, tampouco verifico a presença de minorantes ou majorantes, razão por que converto em concreto e definitivo a pena de 07 (sete) anos de reclusão e 700(setecentos) dias-multa.

Saliento que cada dia multa fica arbitrado no mínimo legal, perfazendo a cifra de R\$15.820,00 (quinze mil, oitocentos e vinte reais), a qual deverá ser recolhida pelo réu em favor do fundo penitenciário nacional no prazo de 10 (dez) dias, a contar do trânsito em julgado desta sentença.

Denego ao réu a conversão de pena de que trata o art. 44 do CPB, bem como o favor legal contido no art. 77 do mesmo diploma porquanto a pena a ele aplicada supera 04 (quatro) anos de privação de liberdade, e principalmente porque o delito que ensejou a condenação foi o gravoso tráfico de drogas.

Ante o advento da Lei nº 11.464/2007, a qual implementou alterações na Lei dos Crimes Hediondos, estabeleço que a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida **em regime inicialmente fechado**. Nesse tocante, destaco que na fixação do regime prisional deve o julgador levar em conta não apenas o quantitativo de pena aplicada, mas também e especialmente a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB frente ao caso concreto, tudo em cumprimento ao disposto no art. 33, §3º do CPB.

Denego ao réu o direito de apelar em liberdade pelas razões adiante explicitadas:

- a) A partir da prolação de sentença penal condenatória prevalece o princípio *in dubio pro societate*, não se havendo mais que falar em ampla presunção de inocência, exatamente porque houve uma cognição judicial ampla, após ser facultado aos réus o direito ao contraditório e à ampla defesa;
- b) A Lei nº 11.343/2006 não admite a concessão de liberdade provisória àqueles que são acusados do crime de tráfico, o qual é inserido na lei dos crimes hediondos;
- c) Restituir o réu à liberdade antes do cumprimento de sua pena implicará em verdadeiro estímulo ao prosseguimento de sua traficância, gerando natural ineficácia da lei penal, e violação às disposições do art. 312 do CPP;
- d) Há de ser decretada a custódia preventiva do acusado sempre que for necessário ou conveniente à instrução criminal, sempre que houver risco de ineficácia da lei penal, **e especialmente como meio de salvaguardar a ordem pública**, a qual vem sendo fustigada pelo intenso tráfico de drogas no Bairro (...) que tem fomentado o acentuado aumento da criminalidade, sobretudo através de assaltos à mão armada;
- e) A sentença penal condenatória não constitui mero “rito de passagem” rumo à instâncias superiores, e por isso mesmo não deve ter seus efeitos amesquinçados pelo próprio magistrado prolator, sob pena de emprestar coros aos reclames sociais que acusam o Poder Judiciário de ser o grande fomentador da maior chaga nacional, qual seja a IMPUNIDADE.

Destarte, invoco o art. 312 do CPP decreto a prisão preventiva do acusado, ora condenado, e determino a imediata remessa dos respectivos mandados prisionais à DECAP, sem prejuízo de seu cadastramento no BNMP.

Oficie-se à DENARC, para que lá seja incinerada a droga vinculada a estes autos, no prazo máximo de 10 (dez) dias, lavrando-se o competente auto que deverá ser encaminhado a este juízo.

Após o trânsito em julgado da sentença, inscreva-se o nome do réu no rol dos culpados, oficie-se informando aos órgãos de identificação do Estado, e expeça-se a competente carta de guia ao juízo das execuções criminais desta comarca, tudo nos moldes do art. 106 da LEP.

Custas pelos apenados, *pro rata*.

P. R. I. Cumpra-se.

Caucaia, 21 de junho de 2013.

Magno Gomes de Oliveira
Juiz de Direito

Ação Penal Pública - Arts. 129, §9º do CPB

Magno Gomes de Oliveira

SENTENÇA

LESÃO LEVE CONTRA IRMÃ. Autoria e materialidade evidenciadas durante a instrução criminal. Incidência de lesão corporal praticada pelo réu contra a vítima em ambiente doméstico. Configurada a ofensa à integridade física da vítima e ausente qualquer das excludentes de ilicitude, há de ser condenado o réu como incurso nas sanções dos arts. 129, §9º do CPB, com a redação que lhe foi dada pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006).

Vistos, etc.

O MINISTÉRIO PÚBLICO ajuizou a presente ação penal pública em 18.08.2011, oferecendo denúncia contra (...), sob a acusação de haver ele produzido lesões corporais leves contra sua irmã (...).

Noticiou a denúncia, em síntese, que:

- a) No dia 15.07.2010, por volta das **11:00hs**, o réu invadiu a casa de sua irmã quebrando portas, e em seguida passou a espancá-la com **cutes** por todo o corpo, sendo que as agressões somente cessaram graças à intervenção dos vizinhos;
- b) O motivo do delito foi uma desavença que teria ocorrido naquela manhã entre a vítima e a mulher do acusado, por motivos não esclarecidos;
- c) O réu não chegou a ser preso em flagrante delito, mas uma vez instaurado o respectivo inquérito policial na Delegacia de Defesa da Mulher de (...), foi ele indiciado como incurso nas sanções do art. 129, §9º do CPB.

Recebida a exordial acusatória (fls. 44), foi o réu citado pessoalmente, após o que ofertou defesa preliminar escrita (fls. 47/48).

Adiante, foi ratificado o juízo de admissibilidade da denúncia e designada data para ter lugar a colheita da prova oral (fls. 53/53v).

Deflagrada a instrução criminal, nela foram ouvidas a vítima, uma testemunha arrolada na denúncia, uma outra testemunha indicada pela defesa, e ao final foi o réu formalmente interrogado na forma da lei (fls. 77/79 e 85/87).

Finalmente, após renúncia mútua a qualquer diligência, o Ministério Público pugnou pela condenação do réu (fls. 88/90), ao passo que a defesa suplicou pela desclassificação do delito tipificado no art. 129, §9º do CPB, para o crime de lesão corporal simples (CPB, art. 129, *caput*), com a consequente remessa dos autos ao JECC de (...) (fls. 91/94).

É o relatório. Passo a decidir.

Preliminarmente, quanto à competência deste juízo para dirimir o delito noticiado na denúncia, devo rejeitar a tese suscitada pela defesa, posto que a incidência da Lei Maria da Penha não exige coabitação entre réu e vítima, sendo suficiente a ocorrência de violência de gênero. Aliás, nesse tocante o próprio STJ já emitiu precedente que bem se aplica ao caso, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. **CRIME DE AMEAÇA PRATICADO CONTRA IRMÃ DO RÉU**. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. ART. 5.º, INCISO II, DA LEI N.º 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE BRASÍLIA/DF. RECURSO PROVIDO.

1. A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, tem o intuito de proteger a mulher da violência doméstica e familiar que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, sendo que o crime deve ser cometido no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

2. **Na espécie, apurou-se que o Réu foi à casa da vítima para ameaçá-la**, ocasião em que provocou danos em seu carro ao atirar pedras. Após, foi constatado o envio rotineiro de mensagens pelo telefone celular com o claro intuito de intimidá-la e forçá-la a abrir mão “do controle financeiro da pensão recebida pela mãe” de ambos.

3. Nesse contexto, inarredável concluir pela incidência da Lei n.º **11.343/06**, tendo em vista o sofrimento psicológico em tese sofrido por mulher em âmbito familiar, nos termos expressos do art. 5.º, inciso II, da mencionada legislação.

4. **“Para a configuração de violência doméstica, basta que estejam presentes as hipóteses previstas no artigo 5º da Lei 11.343/2006 (Lei Maria da Penha), dentre as quais não se encontra a necessidade de coabitação entre autor e vítima.”** (HC 115.857/MG, 6.ª Turma, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 02/02/2009.) 5. Recurso provido para determinar que Juiz de Direito da 3.ª Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Brasília/DF prossiga no julgamento da causa.

(REsp 1239850/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012)

Superada a preliminar, passemos ao exame de mérito, e também quanto a este a causa se mostra de fácil deslinde, conforme demonstrar-se-á.

Embora tivesse negado as agressões contra sua irmã ao ser interrogado pela autoridade policial, em juízo o réu resolveu colaborar com a instrução criminal e confessar seu crime. Noticiou, contudo, que ainda naquele mesmo dia do delito houve uma briga entre sua esposa e a vítima, aparentemente porque esta última teria brigado com um filho menor do réu.

Prosseguiu o acusado alegando que por força do entrevero ele foi chamado do trabalho e travou uma discussão com a irmã (...), ocasião em que a mesma alegou que chamaria a polícia contra ele. A altercação se encerrou e o réu teria voltado ao trabalho, mas minutos depois foi novamente chamado ao local, aparentemente pela mulher dele, e desta segunda vez, já com a cabeça quente, travou discussão mais áspera com a irmã e findou por agredir a mesma fisicamente.

A vítima, em seu depoimento, confirmou que tinha apanhado do réu em razão da briga pretérita que teve com a mulher dele, mas apesar dos esforços do Ministério Público e da defesa, a mesma omitiu as razões do entrevero com a cunhada, limitando-se a admitir que a discórdia tinha sido gerada por motivação banal.

A prova testemunhal foi escassa, mas ainda assim se mostrou suficiente para robustecer a base fática dos autos. Com efeito, a testemunha (...) confirmou as agressões do réu contra a vítima, mas salientou que esta última era uma pessoa de temperamento muito difícil, detentora de língua afiada, e que era intrigada com toda a família. Já a testemunha (...), aparentemente teve um súbito ataque de memória e alegou que nada sabia sobre os fatos, embora tenha relatado com muito detalhamento todo o episódio quando foi ouvida pela autoridade policial (fls. 26). Por isso mesmo deverá ser chamada a responder pelo crime de falso testemunho (CPB, art. 342).

Conclusivamente se pode observar que não há dúvidas, seja quanto a autoria do delito, seja quanto à materialidade, pois o auto de exame de corpo de delito de fls. 07, segundo o qual a vítima apresentava edema e equimose na mama esquerda, bem como na coxa direita distal e medial.

Isto posto, considerando as evidências de autoria e materialidade julgo parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, e condeno o réu (...), como incurso nas sanções dos arts. 129, §9º do CPB.

Passo a examinar as circunstâncias especificadas no art. 59 do CPB a fim de ter lugar a dosimetria da pena:

- a) CULPABILIDADE - Ressoa moderada, pois embora tenha agredido sua irmã, o episódio de violência doméstica foi precedido de uma altercação verbal onde a vítima também teria cometido aparentes excessos, pois procurou ocultar os motivos de sua briga com a cunhada;
- b) ANTECEDENTES - Imaculados, segundo a certidão e documentos de fls. 95/99;
- c) CONDUTA SOCIAL - Positiva, segundo relato testemunhal colhido durante a instrução criminal, a qual indicou o réu como sendo pessoa trabalhadora e ordeira;

- d) PERSONALIDADE DO AGENTE – Sensível às reprimendas sociais, eis que confessou seu delito, colaborou com a apuração da verdade demonstrou aparente arrependimento;
- e) MOTIVAÇÃO DO CRIME – Desequilíbrio emocional gerado pela prévia discussão entre a vítima e a mulher do acusado;
- f) CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – Reduzidas, eis que aparentemente a vítima se recuperou ao cabo de poucos dias.

Tendo por base as considerações acima expendidas, que são relativamente favoráveis ao acusado, e com amparo no art. 68 do CPB, fixo-lhe a pena-base de 04 (quatro) meses de detenção.

Examinando os arts. 65 e 61 do mesmo diploma legal, vislumbro uma circunstância atenuante (confissão espontânea), mas identifico também uma circunstância agravante (prática de violência contra mulher), que se anulam entre si, mantendo inalterada a pena-base. Adiante, verificando a inocorrência de causas extraordinárias de diminuição ou aumento de pena, converto-a em concreto e definitivo **no patamar de 04 (quatro) meses de detenção.**

Denego ao réu o benefício de que trata o art. 44 do CPB, eis que seu delito foi praticado com violência contra a pessoa, todavia, observo a incidência do art. 77 do CPB, razão por que concedo ao apenado o benefício da suspensão condicional da pena, devendo as condições reguladoras do benefício serem especificadas pelo Juízo da Execução Penal, em sede de audiência admonitória.

Estabeleço desde já que em caso de descumprimento das condições do *sursis* deverá a pena originária ser cumprida **em regime inicialmente aberto**, nos termos do art. 33, §2º, alínea “c” do CPB, e em estabelecimento prisional desta comarca.

Concedo ao réu o direito de apelar em liberdade porque o mesmo é primário, ostenta bons antecedentes, colaborou com a instrução criminal e confessou seu delito. Além do que, mesmo que confirmada sua pena, a ele foi concedido o instituto do *sursis*, o qual não implica em restrição à liberdade do condenado.

Após o trânsito em julgado da sentença, inscreva-se o nome do réu no rol dos culpados, oficie-se informando aos órgãos de identificação do Estado, inclusive à Justiça Eleitoral, para fins de suspensão dos direitos políticos do apenado.

Custas pelo apenado.

P. R. I. Cumpra-se.

Caucaia, 25 de junho de 2013.

Magno Gomes de Oliveira
Juiz de Direito

Ação Rescisória em Ação de Reconhecimento de União Estável

Manoel Cefas Fonteles Tomaz

AÇÃO RESCISÓRIA EM AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES GERAIS E ESPECÍFICAS PARA A ADMISSIBILIDADE DA PRESENTE ACTIO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERTÇÃO. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO REJEITADA. CITAÇÃO SIMULADA. FRAUDE NA CONVERSÃO DO PLEITO EM CONSENSUAL CARACTERIZADA. VÍCIO NA PROCURAÇÃO PROVADA DURANTE A INSTRUÇÃO. EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL PARA INVALIDAR SUPOSTA CONCORDÂNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO ÀS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 485, III, VI e VIII DO CPC. NULIDADES PREEXISTENTES À SENTENÇA RESCINDENDA. EXCEÇÃO À REGRA DO IUDICIUM RESCISSORIUM. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO PARA, EM IUDICIUM RESCIDENS, RESCINDIR A SENTENÇA ADVERSADA.

De acordo com a teoria da asserção, conforme jurisprudência desta Corte, as condições da ação, dentre as quais se inserem a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, devem ser verificadas pelo juiz à luz, essencialmente, das alegações feitas pelo autor na inicial. (REsp 1275859/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012)

Dessa forma, à luz das alegações feitas pelo autor, a falsidade de procuração; a ausência de citação do promovido na Ação de Reconhecimento de União Estável; bem como a existência de fraude na conversão do pedido em consensual são hipóteses que autorizam o processamento da Ação Rescisória, porquanto se enquadram nos incisos III, VI e VIII do artigo 485 do Código de Processo Civil.

No caso concreto, a sentença de procedência não é meramente homologatória, mas apenas tomou por base uma petição em que o promovido supostamente concordara com o pedido pórtico. Assim, infere-se que a ação cabível é a rescisória prevista no art. 485 do Código de Processo Civil e não a anulatória.

São três as condições específicas da presente actio, nos dizeres de José Frederico Marques em sua obra Manual de Direito Processual Civil: “a) a existência de sentença de mérito passada em julgado; b) a invocação razoável de um das causas de anulação do julgamento previstas no art. 485 do Código de Processo Civil; c) não ter havido a decadência do prazo bienal previsto no art. 485 do Código de Processo Civil”.

A primeira das condições elencadas pelo doutrinador restou preenchida no caso concreto, considerando que a sentença rescindenda transitou em julgado em 18 de maio de 2010, na própria audiência em que fora proferida, diante da dispensa do prazo recursal pela advogada que supostamente representava os interesses de ambas as partes.

Em relação à segunda das condições, torna-se importante salientar que a Rescisória permite não só a revisão da coisa julgada por questões de justiça, quando flagrantemente contrárias às disposições legais, mas também a revisão da coisa julgada por questões formais, como a do caso sob análise, que maculam o processo desde a sua origem.

Por fim, no que tange ao prazo decadencial de dois anos previstos no art. 495 do CPC, estipulado pela doutrina como terceira condição específica, constata-se que o mesmo também foi respeitado, haja vista que, como já asseverado, a sentença transitou em julgado em 18 de maio de 2010 e a Ação Rescisória foi protocolizada em 23 de novembro de 2010, ou seja, dentro do prazo decadencial. **Preliminares rejeitadas.**

O dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida a fim de fraudar a lei foi comprovado no momento em que a mesma, agindo em nome próprio, simulou a citação e a concordância do réu com o pleito pórtico, sem possuir procuração válida específica para praticar referidos atos processuais. Ademais, a procedência da Ação de Reconhecimento de União Estável, fundou-se em procuração cuja falsidade restou provada nesta Ação Rescisória, no momento em que o autor demonstrou que

o de cujus, naquele momento, estava internado e já bastante debilitado, com sua capacidade cognitiva reduzida, conforme atestado anexado. Diante dessas conclusões, há fundamento legal para invalidar a suposta concordância do pedido autoral em que se baseou a sentença de procedência.

Ademais, considerando que as nulidades apontadas são preexistentes à sentença rescindenda, nesta situação concreta este Tribunal deve limitar-se a invalidar a decisão vergastada, devendo a causa retornar à primeira instância para ser novamente processada e julgada, respeitando-se todos os princípios constitucionais, dentre eles o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Trata-se de uma exceção ao *iudicium rescissorium*.

Ação Rescisória procedente para o fim específico de rescindir a sentença adversada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Ação Rescisória, ACORDAM os Desembargadores membros das Câmaras Cíveis Reunidas do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por Unanimidade, em julgar procedente a ação para o fim específico de rescindir a sentença vergastada, nos termos do voto do e. Des. Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Ação Rescisória ajuizada por (...) contra (...) e (...), com o fito de desconstituir sentença prolatada em Ação Ordinária de Reconhecimento de União Estável (Processo nº (...)) originária da (...) Comarca de Fortaleza.

Sustenta o autor da presente demanda que o processo judicial acima citado encontra-se eivado de irregularidades/nulidades, “tais como a ausência de citação, de defesa e de recurso do réu/falecido; o reconhecimento do pedido efetivado por meio de procurações fraudulentas que outorgavam poderes à irmã da própria promovente/interessada; a existência de duas sentenças (uma prolatada nos autos e outra fora deles), ambas contendo a mesma data e assinadas pela mesma juíza, reconhecendo a existência da união estável do promovido com duas pessoas diferentes”; bem como a dispensa do prazo recursal por parte de advogada que não detinha poderes para representar o promovido e a ausência de publicação de sentença.

Assim, pugnou que fosse concedida a antecipação de tutela para o fim de sustar os efeitos jurídicos da sentença rescindenda, até o julgamento da presente ação. No mérito, requereu a rescisão da sentença vergastada em todos os seus termos, com a devolução do depósito previsto no art. 488, II do CPC, bem como a condenação das promovidas ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Feita a distribuição regular, os autos foram encaminhados, por sorteio, ao eminente Des. Jucid Peixoto do Amaral. Às fls. 133/135, o nobre par reservou-se para apreciar o pedido antecipatório para empós a formação do contraditório, ocasião em que determinou a citação das promovidas.

Contestação apresentada às fls. 140/152 pela Sra. (...). Inicialmente, suscitou preliminar de carência de ação, considerando que a pretensão seria juridicamente impossível por faltar-lhe o binômio essencial a sua subsistência. No mérito, defende que os argumentos levantados na exordial não expressam a veracidade dos fatos, pois restou comprovado que a Contestante conviveu em união estável com (...). Já no que se refere às procurações supostamente fraudulentas, a contestante assevera que as mesmas são instrumentos públicos e, portanto, lavradas dentro dos ditames legais, até porque teria o Cartório designado um funcionário para ir ao Hospital. Em relação às duas sentenças prolatadas, a contestante aduz que foi procedida a correção pela magistrada de origem, prevalecendo a sentença de fl. 52, em que figura o nome da Contestante.

Ademais, sustenta que “inexiste nos autos da declaratória de união estável cerceamento de defesa anunciada pelo Promovente, posto que o Promovido naquele feito tinha conferido poderes à Dra. (...) para representá-lo em juízo”. Por fim, requereu a total improcedência do pedido contido na inicial, condenando-se o autor ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios.

Às fls. 235/242, a segunda promovida, Sra. (...), atravessa contestação reproduzindo, *ipsis litteris*, os argumentos suscitados pela primeira promovida.

Entendendo ausentes os requisitos elencados no art. 273 do Código de Processo Civil, o então Relator, Des. Jucid Peixoto do Amaral, indeferiu, às fls. 247/250, o pedido de antecipação de tutela, mantendo os efeitos jurídicos da sentença objeto da presente Ação Rescisória.

Devidamente intimado da decisão, o promovente ingressou com pedido de reconsideração, sustentando, preliminarmente, a nulidade da decisão vergastada por ausência de fundamentação legal. No mérito, defendeu que existe uma série de vícios na sentença objurgada, que tornam a ação de reconhecimento de união estável inteiramente nula, dentre eles, elenca-se:

- a) ausência de citação do promovido, (...);
- b) todas as manifestações feitas no processo em nome do réu foram realizadas pela advogada da autora, sem que existisse nenhuma procuração conferindo poderes para ela representá-lo em juízo;

c) as procurações que conferiram poderes para que a sra. (...) reconhecesse, em nome do promovente, a união estável do mesmo com a Sra. (...) foram elaboradas à revelia do outorgante, o qual, segundo atestado médico emitido pelo geriatra que o atendia há mais de dois anos já apresentava “deficiência cognitiva ao ponto de ter dificuldade de discernir(sic) adequadamente as situações ao seu redor e tornando-se incapaz de resolvê-las sem auxílio de tutor”;

d) a procuração apresentada foi lavrada pelo 10º Tabelionato de Notas no dia 11 de maio de 2010, quando, na verdade, o Sr. (...) encontrava-se internado no Hospital (...) no período compreendido entre os dias 24 de abril de 2010 e 21 de maio de 2010, conforme documentação anexada.

Diante dos vícios apontados, o promovente requereu a reconsideração da decisão interlocutória, para o fim específico de sustar imediatamente os efeitos jurídicos da sentença rescindenda prolatada às fls. 52 da Ação de Reconhecimento de União Estável (nº (...)), até o final do julgamento da presente ação.

Conclusos os autos para o relator, o e. Des. Jucid Peixoto do Amaral declinou sua competência para apreciar o feito, por motivo de foro íntimo, ocasião em que foram redistribuídos à minha relatoria.

Em decisão monocrática, às fls. 280/284, ao apreciar o pleito de reconsideração, conforme faculdade conferida pela norma regimental, entendendo relevante a fundamentação expendida, concedi a tutela antecipada pleiteada, com esteio no art. 273, caput e inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de sustar imediatamente os efeitos jurídicos da sentença rescindenda, prolatada às fls. 52 da Ação de Reconhecimento de união Estável (nº (...)), até ulterior deliberação.

Irresignada com essa decisão, a promovida, às fls. 289/297, ingressou com Agravo Interno, defendendo, em preliminar, que fosse riscado dos autos, conforme dispõe o Art. 15 do Código de Processo Civil, suposta expressão injuriosa utilizada pelo agravado às fls. 237. No mérito, sustentou, em síntese, que “dentro da ótica jurisdicional, o Direito não pode compactuar com tal situação anômala consistente em permitir a subsistência da decisão vergastada, por uma razão muito simples, a Agravante está amparada pelo parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 9.278/96, além do que com a morte do convivente, terá direito à meação em relação aos mencionados bens comunicáveis, já que houve a dissolução da sociedade afetiva. Isso porque essa parte do patrimônio já lhe pertencia desde a constituição da união estável, em decorrência das regras do Direito de Família, motivos e razões suficientes para a revogação da tutela antecipada deferida”.

Na sessão ocorrida no dia 24 de abril de 2012, os membros integrantes das Câmaras Cíveis Reunidas deste Egrégio Tribunal de Justiça acordaram, por unanimidade, em conhecer do Agravo Interno interposto para dar-lhe parcial provimento, apenas para determinar que se riscasse a expressão injuriosa presente à fls. 237, mantendo inalterada a decisão monocrática proferida, nos termos do voto do Relator.

Às fls. 327/335, (...) interpôs Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados na sessão ocorrida no dia 30 de outubro de 2012.

Encerrada a instrução processual, autor e réu apresentaram alegações finais, respectivamente, às fls. 358/365 e 367/378, reeditando os argumentos já amplamente relatados.

A douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer final de mérito às fls. 383/391, no sentido de que seja indeferida a inicial desta Ação Rescisória intentada pelo (...), em virtude da inexistência da configuração do dolo processual necessário para o prosseguimento do feito.

Eis o relatório.

VOTO

Primeiramente, concedo os benefícios da justiça gratuita pleiteados pela parte ré, nos moldes como requerido em peça contestatória.

Antes de se adentrar às questões suscitadas pelas partes, inclusive sobre a preliminar aventada na peça contestatória, torna-se necessário tecer alguns comentários acerca do parecer lavrado pela douta Procuradoria Geral de Justiça em que pugna pelo indeferimento da inicial e, conseqüentemente, pela extinção do feito sem julgamento do mérito.

Sustenta o órgão ministerial, inicialmente, que, no caso sob exame, não vislumbrou “a configuração do arguido dolo processual porque: primeiro, a questão posta na rescisória foi convenientemente examinada pela sentença rescindenda, pelo que inadmissível rediscutir nesse âmbito a mesma matéria fática que foi objeto de pronunciamento jurisdicional, já que a rescisória não se mostra via apta para análise do eventual desacerto da decisão mediante o revolvimento do acervo probatório e, segundo, durante a tramitação da Ação de Reconhecimento de União Estável, as provas que nortearam a aplicação da norma jurídica à lide foram devidamente analisadas pelo reitor do feito, desde a prova documental à prova testemunhal que evidenciaram a convivência pública, contínua e duradoura entre a ora requerida e o *de cujus*, não se revelando fraudulenta a conversão do pedido em consensual, nem é destituída da validade a outorga da procuração por (...) a (...), pois passada através do Cartório (...), pelo que sem fundamento a alegação de comportamento malicioso por parte da requerida, motivo porque não é possível a desconstituição da sentença rescindenda calcada no inciso III do art. 485 do CPC, a saber, dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida.”

Ab initio, cumpre-se aduzir que, diferentemente do esposado pelo Ministério Público, as questões trazidas à análise através da corrente Ação Rescisória, em nenhum momento, foram examinadas na sentença prolatada em primeira instância.

Ao contrário, a tese autoral é fulcrada, em síntese, exatamente no fato de que o *de cuius* e seus representantes não tiveram oportunidade de se manifestar na ação de reconhecimento de união estável originária em virtude de uma série de atos fraudulentos efetuados pela ré desta Ação Rescisória.

Logo, as questões concernentes à nulidade de citação do Sr. (...) diante da inexistência de qualquer documento que confira poderes a suposta procuradora receber citação, bem como sobre a nulidade das procurações outorgadas e suas consequências jurídicas não foram objetos de pronunciamento jurídico, demonstrando que a via rescisória é a adequada para a resolução do presente conflito.

Ademais, é de se ressaltar que a existência ou não de fraude na conversão do pedido autoral em consensual e a suposta nulidade na procuração lavrada pelo *de cuius* são matérias que se confundem com o próprio mérito da Ação Rescisória, não devendo ser analisadas como matéria preliminar. Salvo melhor juízo, em análise de admissibilidade, o julgador deve enfrentar apenas em tese as questões relacionadas às condições da ação e aos pressupostos processuais, sob pena de confundir carência de ação com improcedência do pedido. Sobre o assunto, trazem-se à colação os ensinamentos de Fredie Didier Jr., em sua obra Curso de Direito Processual Civil¹:

Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (*in statu assertionis*). “Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação”. “O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito.

Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito, ressalvados fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação. A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chama-se de *teoria da asserção* ou da *prospettazione*.

A jurisprudência remansosa do colendo Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da asserção, nos moldes da doutrina acima citada, senão veja-se:

1 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 12^a. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, pág. 199/200.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO. TELEFONIA.

RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO ANTECIPATÓRIA DOS EFEITOS DA TUTELA. CONEXÃO ENTRE RECURSOS ESPECIAIS ADVINDOS DA MESMA DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO DA 1ª INSTÂNCIA. REDES DE INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M).

AMBIENTE DE RELATIVA LIBERDADE DE INICIATIVA EMBORA SUBMETIDO À REGULAÇÃO DA ANATEL. TENDÊNCIA MUNDIAL NA DIMINUIÇÃO DOS PREÇOS DESTAS TARIFAS EM BENEFÍCIO DOS CONSUMIDORES E DA COMPETIÇÃO NO MERCADO RELEVANTE. FALTA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO/OPACIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO FUNDAMENTADA. PROCESSO DE ARBITRAGEM EM TRÂMITE NA ANATEL. DECISÃO QUE SE CONSUBSTANCIA ATO ADMINISTRATIVO PASSÍVEL DE REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. INTERESSE PROCESSUAL PRESENTE. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA ASERÇÃO. PRECEDENTES DO STJ.

JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE SE CIRCUNSCREVEU AOS LIMITES DO PEDIDO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

(...)

21. Há interesse processual no ingresso da presente demanda, a qual se mostra necessária, adequada e conveniente para a tutela dos interesses expostos tanto na petição inicial, quanto nas demais manifestações elaboradas pela GVT. É óbvio, contudo, que sendo o direito de ação instrumental e abstrato, o direito discutido ainda não foi reconhecido na esfera judicial, visto que estamos tratando - tão somente - de decisão que antecipou os efeitos da tutela, dotada, por isso mesmo, dos atributos da transitoriedade e precariedade.

22. Ainda que assim não fosse, **de acordo com a teoria da asserção, conforme jurisprudência desta Corte, as condições da ação, dentre as quais se inserem a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, devem ser verificadas pelo juiz à luz, essencialmente, das alegações feitas pelo autor na inicial. Precedentes: REsp 1052680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 06/10/2011; AgRg no REsp 668.552/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 10/08/2012; e, AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012.**

23. Na estreita via do recurso especial, cabe ressaltar que tendo a parte ora recorrida - a GVT - expressamente requerido na peça inicial a antecipação dos efeitos da tutela consistente na modificação dos valores que lhe são cobrados a título de VU-M, não há que se falar em julgamento extra petita por ter sido tal pedido deferido em via de liminar. Assim, não há julgamento extra petita quando a decisão se restringe aos limites definidos pelo pedido

da petição inicial, razão pela qual não há que se falar na nulidade pretendida.
24. Recurso especial a que se nega provimento.
(REsp 1275859/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012)

Dessa forma, à luz das alegações feitas pelo autor, a falsidade de procuração, a ausência de citação do promovido na Ação de Reconhecimento de União Estável, bem como a existência de fraude na conversão do pedido em consensual são hipóteses que autorizam o processamento da Ação Rescisória, porquanto se enquadram nas hipóteses previstas nos incisos III, VI e VIII do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Outro argumento trazido pela douda Procuradoria com o fito de justificar um possível indeferimento da inicial é o de que “as sentenças judiciais que enfeixam natureza meramente homologatória, como o reconhecimento de união estável, são anuláveis e não rescindíveis”.

De fato, a jurisprudência, em que pese a discussão doutrinária, caminha no sentido de reconhecer que a ação apropriada para invalidar sentenças meramente homologatórias é a anulatória e não a ação rescisória.

Contudo, o caso sob análise não se adequa a essa hipótese. Isso porque a sentença de procedência da Ação de Reconhecimento de União Estável, que tomou como base uma suposta composição entre as partes, não se restringiu a simples homologação. Para sedimentar esse entendimento, colaciona-se trecho do termo de audiência (fls. 106) em que fora proferida a sentença citada:

Iniciados os trabalhos, a MM. Juíza ouviu em depoimento a autora, tendo esta ratificado os termos da Procuração de fls. 49/49v e afirmado que vive em união estável com o Sr. (...). Após, foi tomado o depoimento de duas testemunhas, conforme termos nos autos. A seguir, pela MM. Juíza foi dada por encerrada a prova. Dada a palavra a Advogada dos autores, esta pugnou pela procedência da ação. Participou do feito a representante do Ministério Público, emitindo o seguinte parecer: a prova testemunhal coligida demonstra a veracidade dos fatos alegados na exordial. Assim, somos pela procedência da ação reconhecendo-se a existência da união estável entre os autores a partir do ano de 1979. Em seguida, pela MM. Juíza foi dito: Vistos, etc. (...) e (...) ingressaram com ação de Reconhecimento de União Estável, ambos qualificados às fls., conforme exordial, procuração de fls. 49/49v e documentos anexos. Neste ato, a autora foi ouvida, conforme depoimento acima. A seguir, foram ouvidas duas testemunhas, conforme termos nos autos. Participaram a Advogada e o Ministério Público os quais se manifestaram nos termos acima. Diante do exposto, considerando a legislação atinente ao presente caso, o parecer ministerial e o mais que dos autos constam, reconheço a união estável existente entre (...) e (...), a partir do ano de 1979, a fim de que surta seus jurídicos e legais efeitos, o que faço com fulcro nos Art. 1.723 e segs. do CC, bem como nos demais dispositivos legais pertinentes. Sem custas. Publico esta na presente sessão. Intimados os

presentes. Registre-se. Pela Advogada dos autores foi pedido a dispensa do prazo recursal, no que concordou o Ministério Público, tendo o pedido sido deferido pela MM. Juíza e a sentença transitado em julgado neste ato. Após as formalidades de estilo, arquivem-se os autos.

Da leitura do termo acima, verifica-se, indubitavelmente, que a sentença não fora meramente homologatória. A magistrada reconheceu a procedência do pedido nos termos do parecer lavrado pelo próprio Ministério Público, desta feita atuante em primeira instância. Ou seja, além de ter levado em consideração a petição de fls. 84 em que supostamente o Sr. (...) teria concordado com o pleito autoral, a magistrada fundamentou seu entendimento na oitiva das testemunhas e depoimento pessoal, bem como nos documentos anexados à exordial. Ou seja, a sentença é de procedência do pedido com base em suposta concordância pelo promovido e não de simples homologação de acordo. Nessa situação, veja-se o que diz a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²:

Por outro lado, e tomando-se em consideração o art. 486, que alude a “sentença homologatória”, certamente surge o problema de se saber qual a via processual que deve ser utilizada nos casos de renúncia, reconhecimento do pedido e transação, os quais são objetos de sentenças homologatórias. A ação rescisória, fundada no art. 485, VIII, ou a ação anulatória, baseada no art. 486, que viabiliza a anulação das sentenças homologatórias? Para solucionar esse impasse, é necessário distinguir sentença homologatória de renúncia, de reconhecimento do pedido ou de transação e sentença fundada em renúncia, ou em reconhecimento do pedido ou em transação. A hipótese versada no art. 485, VIII, representa caso em que se tem uma sentença que aprecia o mérito, acolhendo ou rejeitando o pedido, e encontra fundamento em renúncia, ou em reconhecimento do pedido ou em transação (casos certamente raros, mas não impossíveis). Já o art. 486 diz respeito a sentenças efetivamente homologatórias, de renúncia, de reconhecimento do pedido ou de transação.”

No mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ANULATÓRIA (ART. 486 DO CPC) - ACÓRDÃO DA CORTE LOCAL QUE, EM SEDE DE APELAÇÃO CÍVEL, EXTINGUIU O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.
INSURGÊNCIA DA AUTORA - 1. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA - ACÓRDÃO HOSTILIZADO QUE ENFRENTOU, DE MODO FUNDAMENTADO, TODOS OS ASPECTOS ESSENCIAIS À RESOLUÇÃO DA LIDE - 2.
MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. - 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. Pág. 653.

- INCIDÊNCIA DESCABIDA - MANIFESTO INTUITO DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 98/STJ - 3. MÉRITO - INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA - DEMANDA ANULATÓRIA (ART. 486 DO CPC) PROPOSTA COM O OBJETIVO DE DESCONSTITUIR PERÍCIA REALIZADA NO CURSO DE DEMANDA INDENIZATÓRIA E, POR CONSEQUÊNCIA, TORNAR INSUBSISTENTE A SENTENÇA, TRANSITADA EM JULGADO, QUE ACOLHEU O PEDIDO VALENDO-SE DA PROVA TÉCNICA - PRETENSÃO A SER EXERCITADA MEDIANTE AÇÃO RESCISÓRIA (ART. 485 DO CPC), POR SE CONSTITUIR NO MEIO IDÔNEO À IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL ACOBERTADA PELO MANTO DA COISA JULGADA MATERIAL - 4. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A ação anulatória, prevista no art. 486 do Código de Processo Civil, tem cabimento para a desconstituição de atos jurídicos em geral levados a efeito em juízo e alvo de mera homologação judicial.

Assim, para que seja utilizada no ataque a sentença transitada em julgado, imperioso é que a atividade exercida pela autoridade judiciária tenha se revestido de caráter meramente secundário, visando apenas conferir oficialidade à vontade manifestada pelos litigantes (acordos, transações etc) ou a emprestar eficácia ao negócio jurídico realizado em procedimento judicial (arrematação, adjudicação etc).

Quando, ao contrário, a sentença acobertada pela eficácia da coisa julgada material, não é meramente homologatória, e deriva do exercício do poder jurisdicional atribuído ao órgão judiciário competente, resolvendo o mérito da lide (art. 269 do CPC), somente poderá ser impugnada por meio do ajuizamento de ação rescisória (art. 485 do CPC), restando imprestável a esse fim a demanda disciplinada no art. 486 do CPC.

A perícia, realizada no curso de procedimento ordinário, é meio de prova que apenas visa a auxiliar o juízo, não vinculando a formação do convencimento do julgador, que pode até mesmo enjeita-la ou julgar a lide de modo contrário às conclusões apontadas na prova técnica.

Logo, mesmo em hipótese na qual a perícia indiscutivelmente influenciou no sentido da solução jurídica adotada pela sentença proferida para deslinde da lide, mantém ela caráter totalmente secundário em relação ao ato judicial, razão por que se revela inócua e equivocada a deflagração de ação anulatória para questionar a validade da prova.

(REsp 1286501/GO, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 02/03/2012)

Logo, em consonância com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, no caso concreto, considerando que a sentença de procedência não é meramente homologatória, mas apenas tomou por base uma petição em que o promovido supostamente concordara com o pedido pórtrico, constata-se que a ação cabível é a ação rescisória prevista no art. 485 do Código de Processo Civil e não a anulatória defendida pelo Ministério Público.

Superados estes aspectos iniciais defendidos no parecer lavrado pela Procuradoria Geral de Justiça, passa-se a enfrentar as questões levantadas pelas partes, iniciando-se pela preliminar de carência de ação sustentada pela ré, (...).

Como já amplamente relatado, a ré defende que a pretensão autoral seria juridicamente impossível por faltar-lhe o binômio essencial à sua subsistência. Assevera que “no tocante à inépcia, evidencia a Contestante, que não há suporte lógico formulado pelo Promovente, vez que o objeto não decorre da relação jurídica, cujos efeitos ela deseja pleitear em Juízo, sendo o pedido materialmente impossível, visto que a sentença que reconheceu a união estável foi prolatada em seu favor, em razão da prova coletada ter comprovado sobejamente a sua convivência pública, contínua e duradoura com (...), constituindo uma família”.

Em que pese a ponderação efetivada pela ré, verifica-se, salvo melhor juízo, que a mesma não merece prosperar. Isso porque, como se demonstrará a seguir, a Ação Rescisória proposta preencheu todas as condições previstas na legislação processual para o seu regular processamento.

É cediço que a Rescisória é a ação autônoma de impugnação que tem por objetivo rescindir decisão judicial transitada em julgado e, eventualmente e se for o caso, dar ensejo a novo julgamento da causa. Assim, pode-se concluir que são três as condições específicas da presente *actio*, nos dizeres de José Frederico Marques em sua obra Manual de Direito Processual Civil³: “a) a existência de sentença de mérito passada em julgado; b) a invocação razoável de um das causas de anulação do julgamento previstas no art. 485 do Código de Processo Civil; c) não ter havido a decadência do prazo bienal previsto no art. 485 do Código de Processo Civil”.

A primeira das condições elencadas pelo doutrinador restou preenchida no caso concreto, considerando que a sentença rescindenda transitou em julgado em 18 de maio de 2010, na própria audiência em que fora proferida, diante da dispensa do prazo recursal pela advogada que supostamente representava os interesses de ambas as partes.

Em relação à segunda das condições, com o fito de evitar desnecessária tautologia jurídica, hei por bem adotar a mesma fundamentação dispendida ao analisar o parecer lavrado pela douta Procuradoria de Justiça, em que chegou-se a conclusão de que “em tese, a falsidade de procuração, a ausência de citação do promovido na Ação de Reconhecimento de União Estável, bem como a existência de fraude na conversão do pedido em consensual, são hipóteses que autorizam o processamento da Ação Rescisória, porquanto se enquadram nas hipóteses previstas nos incisos III, VI e VIII do artigo

3 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. III. 1ª. ed. São Paulo: Ed. Bookseller, 1997. Pág. 329.

485 do Código de Processo Civil”. Nesse tópico, torna-se importante acrescentar que a Rescisória permite não só a revisão da coisa julgada por questões de justiça, quando flagrantemente contrárias as disposições legais, mas também a revisão da coisa julgada por questões formais, como a do caso sob análise, que maculam o processo desde a sua origem.

Por fim, no que tange ao prazo decadencial de dois anos previstos no art. 495 do CPC, estipulado pela doutrina como terceira condição específica, constata-se que o mesmo também foi respeitado, haja vista que, como já asseverado, a sentença transitou em julgado em 18 de maio de 2010 e a Ação Rescisória foi protocolizada em 23 de novembro de 2010, ou seja, dentro do prazo decadencial.

Por toda essa análise dispendida das condições específicas do ajuizamento da presente Rescisória, infere-se que o pedido é juridicamente possível e adequado à pretensão autoral. Ademais, o interesse processual está consubstanciado, exatamente, no binômio necessidade e adequação. A necessidade resta cristalina diante da existência de supostas irregularidades formais durante a tramitação da Ação de Reconhecimento de União Estável, sendo despidendo tecer mais comentários acerca da adequação da via eleita, considerando ser matéria já bastante discutida no presente voto. Por fim, a legitimidade de parte é condição incontestada, uma vez que a ação foi proposta pelos sucessores do Sr. (...), parte promovida na ação de origem, enquadrando-se, portanto, no que prevê o inciso I do Art. 487 do CPC.

Firme nesses argumentos, considerando presentes todas as condições gerais e específicas para a propositura da presente rescisória, rejeita-se a preliminar de carência de ação, ocasião em que, nos termos do Art. 78 do Regimento Interno deste Tribunal, submete-se a questão para pronunciamento dos eminentes pares.

Afastada a preliminar suscitada, passa-se à análise do mérito propriamente dito da Ação proposta.

A primeira nulidade arguida pela parte autora, (...), para justificar a procedência da Rescisória diz respeito à ausência de citação do *de cujus* na Ação de Reconhecimento de União Estável proposta pela ora ré, (...).

Cotejando detidamente os fôlios processuais, verifica-se que, de fato, em nenhum momento foi expedida carta de citação ao Sr. (...), tampouco fora apresentada procuração válida concedendo poderes específicos para receber citação inicial. As procurações apresentadas pela ora ré na instrução da Ação Declaratória em que supostamente o Sr. (...) teria outorgado poderes à irmã da Sra. (...) (e nesse ponto é importante salientar que ainda não se está discutindo a validade das mesmas) não trazem, especificamente, o poder de receber citação.

O art. 38 do Código de Processo Civil é claro ao tratar da procuração geral para o foro, ressalvando, dentre outras hipótese, o poder de receber citação inicial, nestes termos:

Art. 38. A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

É de se ressaltar, inclusive, que a primeira audiência designada pela magistrada *a quo*, cujo termo está anexado às fls. 81, deixou de ser realizada exatamente porque a Secretaria de Vara não providenciou os expedientes necessários para que fosse procedida a citação. Naquela ocasião, a autora, ora ré, pugnou a suspensão do processo para que apresentasse uma composição entre as partes.

Alguns meses depois, a Sra. (...) atravessou petição às fls. 84 em nome próprio, subscrita por sua advogada, que não detinha poderes para representar o *de cujus*, já que a procuração outorgava poderes, na verdade, à irmã da Sra. (...), informando que o Sr. (...) havia concordado na conversão da demanda em consensual. Na ocasião juntou, apenas, a procuração lavrada em que ele supostamente outorgava poderes à Sra. (...).

É importante ressaltar que, independentemente da validade ou não das procurações apresentadas, em nenhum momento, há manifestação da outorgada, Sra. (...), tampouco do Sr. (...), considerando que todas as petições foram apresentadas pela própria Sra. (...), subscrita por sua procuradora.

Logo, resta demonstrada a primeira nulidade processual, a qual evidencia o dolo da parte vencedora em detrimento da vencida a macular a Ação de Reconhecimento de União Estável desde a sua origem.

Não bastasse referido fato, a advogada da Autora, agindo indevidamente em nome do Sr. (...), após a prolação da sentença em audiência, dispensou o prazo recursal, o que, erroneamente, foi acatado pela magistrada de origem.

Todas as conclusões foram obtidas até agora mesmo que se considerasse válida a procuração outorgada pelo Sr. (...) à Sra. (...), irmã da ora ré.

Acontece que, pelas provas coligidas na instrução desta Rescisória, restou sobejamente demonstrado que as procurações foram lavradas a revelia do outorgante, o qual, segundo atestado emitido pelo médico que o assistia há mais de dois anos, já apresentava “deficiência cognitiva ao ponto de ter dificuldade de dissernir(sic) adequadamente as situações ao seu redor e tornando-se incapaz de resolvê-las sem auxílio de tutor”. Como prova da veracidade das afirmações do médico, pode-se levar em consideração que referidos documentos, em que pese o outorgante ser pessoa letrada, foram assinados a rogo.

Outro fato importante a ser levado em consideração é o fato de que a segunda procuração apresentada foi lavrada no 10º Tabelionato de Notas em 11 de maio de 2010, quando o Sr. (...), conforme declaração médica e do Hospital (...) às fls. 94, já se encontrava internado em estado bastante debilitado. É de se ressaltar que, em referida procuração, há a informação de que o Sr. (...) teria comparecido pessoalmente naquele tabelionato.

As situações aqui narradas já são suficientes para justificar a procedência desta Rescisória porquanto há o enquadramento direto e real às hipóteses elencadas no Art. 485, III, VI e VII do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 485. A sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida quando:

(...)

III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

(...)

VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na *própria* ação rescisória;

(...)

VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

No caso concreto, o dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida a fim de fraudar a lei foi comprovado no momento em que a mesma, agindo em nome próprio, simulou a citação e a concordância do Sr. (...) com o pleito pórtico, sem possuir procuração válida específica para praticar referidos atos processuais. Ademais, a procedência da Ação de Reconhecimento de União Estável se fundou em procuração cuja falsidade restou provada nesta Ação Rescisória, no momento em que o autor demonstrou que o *de cuius*, naquele momento, estava internado e já bastante debilitado, com sua capacidade cognitiva reduzida. Diante dessas conclusões, há fundamento legal para invalidar a suposta concordância do pedido autoral em que se baseou a sentença de procedência.

Neste momento, torna-se importante ser asseverado que, como já explanado em decisões anteriores desta Relatoria, a discussão travada nesta ação paira acerca dos vícios formais apontados na Ação de Reconhecimento de União Estável, principalmente no que diz respeito à suposta nulidade de citação, à afronta ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, o que acarretaria a nulidade da sentença adversada. Ou seja, não se está discutindo o mérito da sentença de Ação de Reconhecimento de União Estável, até porque não há elementos nos autos suficientes para tanto, considerando que seria indispensável a devida instrução processual em primeira instância, respeitando-se o devido processo legal.

Nesses casos, em que a nulidade constatada é preexistente a sentença rescindenda, há o entendimento de que se trata de uma das exceções ao *iudicium rescissorium*. Veja-se o que diz a doutrina de Luiz Rodrigues Wambier⁴:

Tanto o pedido do autor (art. 488, I) quanto o acórdão (art. 494), em regra, deverão abranger dois aspectos: desconstituição da sentença rescindenda (*iudicium rescidens*) e, se positivo o *iudicium rescidens*, novo julgamento da causa (*iudicium rescissorium*).

Põem-se, entretanto, as seguintes exceções: i) caso se reconheça que havia coisa julgada anterior (art. 485, IV), ter-se-á apenas a desconstituição da sentença, (ii) reconhecendo-se corrupção, prevaricação ou concussão (art. 485, I), impedimento ou incompetência absoluta (art. 485, II), ou ainda algum motivo de nulidade preexistente à sentença ou acórdão rescindendo, a sentença será invalidada, com a causa retornando para o primeiro grau para ser novamente processada e julgada.

Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa⁵ não discrepam do entendimento acima perfilhado:

“Se a Rescisória for julgada procedente, poderá acarretar: a)(...) b) A necessidade de novo julgamento da causa principal. É competente para proferir o novo julgamento a mesma turma julgadora do “judicium rescidens” (v. Art. 494, Nota 5), quer anule sentença, quer desconstitua acórdão de câmara isolada. Excetua-se, unicamente, a hipótese de não ser (ao tempo da ação principal) ou já não ser (por motivo posterior) competente, em grau de recurso ou originariamente, para apreciar o ‘judicium rescissorium’, em caso em que se limitará a rescindir o acórdão ou a sentença e remeter os autos ao tribunal competente para o novo julgamento. **Às vezes, a rescisão ocorre por motivo de nulidade preexistente à sentença ou ao acórdão. Nesta hipótese, reinicia-se o processo principal e, sanada a nulidade, prossegue (rt 810/316, jta 44/201) (...).**”

Logo, considerando que as nulidades apontadas são preexistentes à sentença rescindenda, nesta situação concreta este Tribunal deve limitar-se a invalidar a decisão vergastada, devendo a causa retornar à primeira instância para ser novamente processada e julgada, respeitando-se todos os princípios constitucionais, dentre eles o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

4 (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento/ Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini; coordenação Luiz Rodrigues Wambier. – 7.ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

5 NEGRÃO, Theotônio. Código de processo civil e legislação processual civil em vigor. 40ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 634-635

Pelo exposto, em consonância com os entendimentos citados acima, rejeitando-se a preliminar aventada, voto no sentido de que seja reconhecida a procedência desta Ação Rescisória, para o fim de rescindir a sentença adversada em todos os seus termos, com a devolução do depósito previsto no art. 488, II do Código de Processo Civil. Ademais, condena-se a promovida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do Art. 20, §4º do CPC. Contudo, considerando que a parte vencida é beneficiária dos benefícios da justiça gratuita, referido pagamento fica suspenso pelo prazo de cinco anos, nos termos do preconizado no art. 12 da Lei 1.060/50.

É como voto.

Fortaleza,

Manoel Cefas Fonteles Tomaz
Desembargador Relator

Apelação Cível - Reclamação Trabalhista

Manoel Cefas Fonteles Tomaz

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO. LEI QUE INSTITUIU O REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS PUBLICADA NO PRÉDIO DE REPARTIÇÕES PÚBLICAS. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ÓRGÃO OFICIAL. VALIDADE E EFICÁCIA DA NORMA. PRETENSÃO PARA O RECOLHIMENTO DE FGTS. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA.

1 - O cerne da presente demanda cinge-se a analisar a validade da Lei Municipal de nº 251/2001, que instituiu o Regime Jurídico Único dos servidores públicos do município de (...), a qual somente foi publicada no prédio de repartições públicas.

2 - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta C. Corte de Justiça posiciona-se no sentido de que a fixação do texto da lei no átrio do prédio das repartições públicas satisfaz a exigência de publicação quando, no Município, inexistir órgão de imprensa oficial para a publicação de seus atos.

3 - Verifica-se que, no presente caso, o ato normativo municipal em discussão não foi publicado através do Diário Oficial, diante de sua inexistência, mas o seu teor, consoante declaração de fls. 22, foi devidamente fixado na sede da Câmara dos Vereadores, satisfazendo, portanto, a finalidade de divulgação da norma jurídica.

4 - Apelação Cível conhecida e desprovida. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, acordam os Desembargadores da 6ª Câmara Cível, por unanimidade, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, mantendo incólume a r. sentença vergastada.

Fortaleza, ____ de _____ de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por (...) em desfavor de (...) contra R. Sentença de fls. 103/109, proferida pelo douto Juízo da Vara Única Vinculada de (...), em Reclamação Trabalhista.

Em Peça Inaugural, às fls. 01/06, afirma a reclamante que o reclamado instituíra regime jurídico único através de Lei Municipal, mas não publicou no Diário Oficial do Estado do Ceará. Alegou a requerente ser celetista, bem como que o requerido não depositou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, desde a sua admissão até a data do ajuizamento da reclamação trabalhista. Requereu a condenação do reclamado ao pagamento das parcelas vencidas e vincendas de FGTS, com sua implantação em folha de pagamento da reclamante.

Contestação, às fls. 13/21, na qual o requerido alegou, em sede de preliminar, incompetência material da Justiça do Trabalho, por ser estatutária a relação entre as partes. Requereu a remessa dos autos para a Justiça Comum da Comarca de (...). Defendeu a prescrição bienal do pleito autoral. No mérito, afirmou a plena vigência do Regime Jurídico Único instituído pela municipalidade requerida, para considerar indevido o depósito fundiário. Requereu o julgamento pela improcedência do pleito autoral.

Réplica à contestação, às fls. 23/26, na qual a reclamante defendeu que permanece regida pela CLT. Alegou os mesmos termos presentes em exordial.

Sentença (fls. 32/33), na qual o douto juízo da Vara Única do Trabalho da Comarca de Baturité julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o requerido a proceder a implantação e ao recolhimento do FGTS devido à requerente.

Recurso Ordinário interposto pelo requerido (fls. 34/45), na qual alegou os mesmos termos presentes em peça contestatória.

Parecer do Ministério Público do Trabalho (fls. 58/64), pronunciando-se pelo provimento do recurso ordinário, para anular a decisão do juízo *a quo*, remetendo-se os autos à Justiça Comum.

Acórdão do douto Juiz do TRT (fls. 74/79), pronunciando-se pelo provimento do recurso ordinário, a fim de declarar a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar a demanda, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Comum Estadual.

Embargos de Declaração (fls. 82/83), na qual a reclamante alegou contradição no acórdão, que reconheceu a publicação da lei municipal, sem que o reclamado provasse tal publicação.

Parecer do Ministério Público Estadual (fls. 100/101), eximindo-se de intervir no feito, diante da inexistência de interesse de incapazes.

O douto juiz a quo (fls. 103/109) julgou improcedente *in totum* os pedidos autorais, diante da inadequação de recolhimento de FGTS para servidores públicos municipais estatutários.

Inconformada, recorre a reclamante (fls. 112/116), alegando a descaracterização de relação jurídico administrativa, bem como a falta de comprovação da publicação da Lei Municipal instituidora do regime estatutário. Afirmou o direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Requereu o recebimento do recurso, com a consequente reforma da sentença.

Parecer do Ministério Público (fls. 133/139), eximindo-se de intervir no feito, por ausência de interesse público, verificando tão somente a observância dos requisitos procedimentais, que não precisaram de reparos.

Ausentes Contrarrazões.

Revisão procedida pela e. Des^a. Maria Vilauba Fausto Lopes.

Passo a decidir.

VOTO

Diante da presença dos pressupostos de admissibilidade, conheço da presente Apelação Cível.

O cerne da presente demanda cinge-se a analisar a validade da Lei Municipal de nº 251/2001, que instituiu o Regime Jurídico Único dos servidores públicos do município de (...), a qual somente foi publicada no prédio de repartições públicas.

Apesar da Lei de Introdução ao Código Civil dispor que a lei somente entra em vigor após oficialmente publicada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça posiciona-se no sentido de que a afixação do texto da lei no átrio do prédio das repartições públicas satisfaz a exigência de publicação quando, no Município, inexistir órgão de imprensa oficial para a publicação de seus atos, sem que isso implique em nulidade ou inexistência do ato, considerando-o, para todos os efeitos, devidamente publicado. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO PELA ALÍNEA C. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA.

1. A falta de similitude fática entre os acórdãos confrontados impede o conhecimento de recurso especial interposto com base em divergência jurisprudencial.

2. Na espécie, o acórdão recorrido manteve a decisão de primeiro grau por entender que o texto integral da Lei Municipal 5.446/2009, que alterou a Lei Municipal de 1.073/77, relativa ao IPTU e a TCL foi afixado no átrio do prédio da Secretaria Municipal da Fazenda, procedimento que satisfaz à exigência de publicação, considerando-se a ausência de

órgão de imprensa oficial no Município. Já o julgado apresentado como divergente anotou que a mera afixação no átrio da Prefeitura não serve para fins de publicidade da lei que altera a base de cálculo da cobrança do IPTU. Todavia, não externou o paradigma fundamento a respeito da existência ou não de órgão oficial municipal de imprensa, base fática esta levada em consideração pelo acórdão recorrido para negar provimento à pretensão autoral.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1276291/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 29/04/2013)

Esta C. Corte de Justiça também manifesta-se no sentido de que, ausente órgão oficial de imprensa, os atos normativos do Município ganham eficácia com a mera afixação na repartição pública, consoante excertos jurisprudenciais abaixo transcritos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA . PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO AO SERVIÇO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA AFASTADA. **1. A Lei Municipal instituidora do Regime Jurídico Único do Município de São Luis do Curu não precisa ser publicada no Diário Oficial para entrar em vigor, haja vista não possuir o referido município imprensa oficial.** 2. Considerando que entre os autores e réu da ação existe uma relação estatutária, uma vez vigente o Regime Jurídico Único do Município, não há que se falar em competência da Justiça do Trabalho, pois cabe à justiça comum a apreciação e o julgamento de demandas estatutárias. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ/CE, Agravo de Instrumento de nº 9326-40.2003.8.06.0000/0, Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, 2ª Câmara Cível, Data de Registro: 15/10/2009)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES: INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. ESTATUTO DO SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. PUBLICAÇÃO INTEGRAL NO DIÁRIO. JUSTIÇA DO TRABALHO. SERVIDORES CELETISTAS, IMPROCEDÊNCIA. MÉRITO. MUNICIPAL. ATO NORMATIVO. PUBLICAÇÃO. IMPRENSA OFICIAL. AUSÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO. EXONERAÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. (1) **Para que entrem em vigor as leis municipais somente precisam ser publicadas em Diários Oficiais quando estes existem no município. É de todo admissível, naqueles municípios desprovidos de imprensa oficial, que a lei seja publicada no átrio da Prefeitura ou da Câmara Municipal, com o que está assegurada a publicação necessária.** “A publicação em geral, se faz pela inserção do texto da lei no órgão oficial do município, mas, inexistindo jornal local, far-se-á pela afixação da lei na portaria da Prefeitura, em forma de edital” (HELY LOPES MEIRELES, “Direito Municipal Brasileiro”, 10. ed. Malheiros, 1998, p. 556). (2) Município que garantiu a publicação de seu regime jurídico único por extrato no Diário Oficial, possibilidade ofertada pela Lei nº 9.457/71. Preliminares rejeitadas. (3) A súmula 473 do STF autoriza

a Administração a anular seus atos eivados de ilegalidade. Entretanto, tal anulação jamais dispensará a ampla defesa e o contraditório, mormente quando os servidores já estão em pleno desenvolvimento de suas atividades, como in casu. (4) Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos. (TJ/CE, Apelação Cível nº 654-38.2000.8.06.0165/1, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. José Arísio Lopes da Costa, Data de Registro: 09/05/2008)

Com efeito, verifica-se que, no presente caso, o ato normativo municipal em discussão não foi publicado através do Diário Oficial, diante de sua inexistência, mas o seu teor, consoante declaração de fls. 22, foi devidamente fixado na sede da Câmara dos Vereadores, satisfazendo, portanto, a finalidade de divulgação da norma jurídica.

Ademais, não merecem prosperar os argumentos de que a supramencionada declaração não é prova suficiente da publicação da Lei Municipal de nº 251/2001, pois, apesar de o art. 331, I, do CPC aduzir que compete ao autor provar fato constitutivo do seu direito, a Recorrente não traz aos autos nenhum documento capaz de provar a inexistência da publicação da lei municipal no átrio das repartições públicas.

Logo, se houve a afixação da lei que instituiu o regime jurídico único para os servidores municipais de (...) na sede da Câmara de Vereadores, possibilitando o amplo conhecimento de todos, entende-se por devidamente publicado o ato, não havendo o que se questionar sua validade e eficácia.

Desta feita, sendo a recorrente servidora pública subordinada aos preceitos contidos no regime jurídico único municipal, implantado em 12 de setembro de 2001, não há que se falar em recolhimento de FGTS, uma vez que essa verba é devida somente aos empregados submetidos às regras da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Isto posto, diante dos argumentos acima expendidos, conheço da presente Apelação Cível, mas para negar-lhe provimento, mantendo incólume a r. sentença vergastada.

É como voto.

Fortaleza, ____ de _____ de 2013.

Manoel Cefas Fonteles Tomaz
Relator

Agravo de Instrumento Interposto Contra Decisão que Defere Parcialmente Medida Liminar em Sede de Mandado de Segurança

Maria Nailde Pinheiro Nogueira

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE DEFERE PARCIALMENTE MEDIDA LIMINAR EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. POSTULAÇÃO DE SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DE TRIBUTO LANÇADO COM FUNDAMENTO NO PROTOCOLO Nº 21/2011 DO CONFAZ. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE REVESTE DE PLAUSIBILIDADE. DECISÃO REFORMADA PARA DEFERIR A MEDIDA NA EXTENSÃO REQUESTADA, IMPOSSIBILITANDO-SE A APREENSÃO DE NOVAS MERCADORIAS COM SEMELHANTE FUNDAMENTO. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO, SEGUINDO-SE O PARECER DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA.

Na espécie, discute-se a incidência normativa do regime especial de tributação instituído pelo Protocolo nº 21/2011 do CONFAZ, ratificado pelo Estado do Ceará e regulamentado pelo Decreto Estadual nº 30.542/2011, política esta que teve por objetivo redimensionar a forma de cobrança, arrecadação, incidência e distribuição de receitas relacionadas ao ICMS quando o fato gerador tivesse relação com circulações de mercadorias adquiridas por comércio não presencial (por internet, telemarketing e showroom). Nestes casos, o Protocolo instituiu um novo regime de tributação, consistente no recolhimento da alíquota interestadual do ICMS no estado de origem, e uma alíquota interna ao estado de destino, de 7% ou de 12%, a depender da região do país a que pertença o Estado de destino das mercadorias.

Sucedee que, a princípio, analisando o referido regime de tributação em sede de uma análise perfunctória, há

plausibilidade no argumento alusivo à inconstitucionalidade de sua regência normativa, em decorrência do aparente desprestígio ao modelo constitucional de tributação interestadual instituído pelo art. 155, §2º, VII, “b”, da Constituição da República, que estabelece que “VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto; b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;”.

Há, ainda, outro argumento que vem sendo ventilado na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, consubstanciado na ofensa ao pacto federativo, em virtude da não assinatura do Protocolo por todos os Estados da Federação, a despeito de sua aplicação nacional.

De mais a mais, revela-se possível o deferimento de medida liminar de natureza preventiva em sede de Mandado de Segurança, haja vista que o referido instrumento também se vocaciona à tutela de *ameaças de lesão* a direito líquido e certo não amparadas por *habeas corpus* e *habeas data*. (art. 5º, LXIX, CF88).

Aliadas a estas razões, a medida liminar, ao possibilitar a manutenção da conduta do Fisco de apreender mercadorias com base no multicitado Protocolo nº 21/2011, acabou por malferir as súmulas 70, 343 e 547 do STF, que impossibilitam, em linhas gerais, a apreensão de mercadorias como forma de cobrança para o pagamento de tributos.

Por fim, é de boa ordem reconhecer que a medida liminar deferida na origem não se reveste da prefalada irreversibilidade, haja vista que, ao final da ação, o Fisco, caso venha a lograr êxito na demanda (com a denegação da segurança), poderá cobrar os tributos eventualmente lançados sem caracterização da prescrição (haja vista que a suspensão da exigibilidade também suspende a prescrição).

Agravo conhecido e provido, deferindo-se a medida liminar para suspender a exigibilidade dos tributos lançados com base no Protocolo nº 21/2011 do CONFAZ e determinar que o Estado se abstenha de apreender mercadorias com fundamento no mesmo ato normativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, ACORDAM os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Cível em conhecer e dar provimento ao Agravo de Instrumento nº (...), nos termos do voto da Des. Relatora. Fortaleza, 29 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Cogita-se de Agravo de Instrumento interposto por (...) em face do (...) impugnando decisão da lavra do juízo da (...) da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza-CE, prolatada nos autos do Mandado de Segurança nº (...), que deferiu apenas parcialmente medida liminar em favor da ora recorrente nos seguintes termos dispositivos:

*“Isto posto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a liminar pretendida, para o fim específico de determinar que o COORDENADOR DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ, suspenda, em operações futuras, a exigibilidade do crédito tributário eventualmente lançado, nos termos do Protocolo 21/2011 e Decreto Estadual nº 30.542/2011” (fl. 50)*

Contra a decisão que deferiu apenas parcialmente a liminar, a agravante sustenta: I) haver inconstitucionalidade no Protocolo nº 21/2011 do CONFAZ, que legitimou a exação; II) contrariedade às súmulas nº 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal; III) necessidade de antecipação dos efeitos da tutela também neste tocante, sob pena de frustração da atividade comercial da empresa.

Por tais razões, postulou a atribuição liminar de efeito suspensivo ativo ao agravo e, no mérito, a reforma definitiva da medida ora impugnada, pelas razões anteriormente aludidas.

Promoveu a juntada de documentação de fls. 01/22 e 46/71, incluindo-se cópia da decisão agravada (fls. 46/50), certidão de intimação (fl. 21), procurações (fls. 34/45) e preparo (fl. 22).

Despacho inicial franqueando a formação do contraditório (fl. 80), tendo a parte agravada contraminutado, conforme fls. 82/86.

Deferi o pedido de atribuição de efeito suspensivo ativo, deferindo a medida postulada na origem, impossibilitando-se que o Fisco Estadual proceda à apreensão de novas mercadorias com base no Protocolo nº 21/2011 do CONFAZ (fls. 88/95).

A Procuradoria Geral de Justiça, instada a se manifestar, opinou pelo provimento do recurso, confirmando-se a medida deferida (fls. 105/113).

Inexistindo revisão na espécie (art. 34, §3º, do RITJCE), remetam-se os autos à Presidência da 2ª Câmara Cível, para fins de inclusão na primeira pauta desimpedida (art. 33, II, do RITJCE).

VOTO

De início, reconheço presentes os pressupostos de recorribilidade, pelo que conheço do agravo.

Na espécie, discute-se a incidência normativa do regime especial de tributação instituído pelo Protocolo nº 21/2011 do CONFAZ, ratificado pelo Estado do Ceará e regulamentado pelo Decreto Estadual nº 30.542/2011, política esta que teve por objetivo redimensionar a forma de cobrança, arrecadação, incidência e distribuição de receitas relacionadas ao ICMS quando o fato gerador tivesse relação com circulações de mercadorias adquiridas por comércio não presencial (por internet, telemarketing e showroom). É o que se colhe da própria leitura da parte de “considerandos”. Veja-se:

Os Estados de Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe e o Distrito Federal, neste ato representados pelos Secretários de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação e Gerente de Receita, reunidos na cidade do Rio de Janeiro, no dia 1º de abril de 2011, fundamentados no disposto nos arts. 102 e 199 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e no art. 9º da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, considerando que a sistemática atual do comércio mundial permite a aquisição de mercadorias e bens de forma remota; considerando que o aumento dessa modalidade de **comércio, de forma não presencial, especialmente as compras por meio da internet, telemarketing e showroom**, deslocou as operações comerciais com consumidor final, não contribuintes de ICMS, para vertente diferente daquela que ocorria predominante quando da promulgação da Constituição Federal de 1988; considerando que o imposto incidente sobre as operações de que trata este protocolo é imposto sobre o consumo, cuja repartição tributária deve observar esta natureza do ICMS, que a Carta Magna na sua essência assegurou às unidades federadas onde ocorre o consumo da mercadoria ou bem; considerando a substancial e crescente mudança do comércio convencional para essa modalidade de comércio, persistindo, todavia, a tributação apenas na origem, o que não coaduna com a essência do principal imposto estadual, não preservando a repartição do produto da arrecadação dessa operação entre as unidades federadas de origem e de destino, resolve celebrar o seguinte

As principais cláusulas do Protocolo nº 21/2011 do CONFAZ estabelecem, conforme mencionado, uma nova forma de cobrança do ICMS, nos termos das cláusulas primeira, segunda, terceira e quarta, que, pela pertinência, passo a transcrever:

Cláusula primeira Acordam as unidades federadas signatárias deste protocolo a exigir, nos termos nele previstos, a favor da unidade federada de destino da mercadoria ou bem, a parcela do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom.

Parágrafo único. A exigência do imposto pela unidade federada destinatária da mercadoria ou bem, aplica-se, inclusive, nas operações procedentes de unidades da Federação não signatárias deste protocolo.

Cláusula segunda Nas operações interestaduais entre as unidades federadas signatárias deste protocolo o estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, será responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor da unidade federada de destino, relativo à parcela de que trata a cláusula primeira.

Cláusula terceira A parcela do imposto devido à unidade federada destinatária será obtida pela aplicação da sua alíquota interna, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o valor equivalente aos seguintes percentuais aplicados sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto devido na origem:

I - 7% (sete por cento) para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo;

II - 12% (doze por cento) para as mercadorias ou bens procedentes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo.

Parágrafo único. O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual.

Cláusula quarta. A parcela do imposto a que se refere a cláusula primeira deverá ser recolhida pelo estabelecimento remetente antes da saída da mercadoria ou bem, por meio de Documento de Arrecadação Estadual (DAE) ou Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), exceto quando o remetente se credencie na unidade federada de destino, hipótese em que o recolhimento será feito até o dia nove do mês subsequente à ocorrência do fato gerador.

Parágrafo único. Será exigível, a partir do momento do ingresso da mercadoria ou bem no território da unidade federada do destino e na forma da legislação de cada unidade federada, o pagamento do imposto relativo à parcela a que se refere a cláusula primeira, na hipótese da mercadoria ou bem estar desacompanhado do documento correspondente ao recolhimento do ICMS, na operação procedente de unidade federada:

I - não signatária deste protocolo;

II - signatária deste protocolo realizada por estabelecimento remetente não credenciado na unidade federada de destino.

Sucedendo que, a princípio, analisando o referido regime de tributação em sede de uma análise perfunctória, parece-me que, de fato, há plausibilidade no argumento alusivo à inconstitucionalidade de sua regência normativa, em decorrência do aparente desprestígio ao modelo constitucional instituído pelo art. 155, §2º, VII, “b”, da Constituição da República, que estabelece:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

Pelo que se observa por meio de uma simples submissão das cláusulas do Protocolo nº 21/2011 às normas constitucionais enumeradas, há uma aparente ofensa à sua respectiva disciplina normativa, na medida em que, até mesmo para os Estados não signatários do Protocolo, exurge a necessidade do recolhimento de alíquota complementar no Estado de destino.

A esta conclusão, partindo de semelhante linha de raciocínio, também chegou Sua Excelência o Des. João Byron de Figueiredo Frota, nos autos do Mandado de Segurança nº (...), em cujo pronunciamento liminar consignou a seguinte argumentação, *verbis*:

(...) ao modificar o referencial de fiscalização para, segundo diz seu texto, acompanhar o deslocamento e a movimentação das transações comerciais realizadas de forma eletrônica e por outro meio não presencial, o aludido expediente, na verdade, criou nova possibilidade de cobrança do imposto de circulação, ampliando os lindes de sua incidência em desfavor de pessoas conceitualmente alijadas de seu alcance e formalmente excluídas de seu domínio temático.

Deveras, a previsão abstrata de recolhimento de ICMS diferencial sobre operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes do tributo, subverte a própria lógica contida na dicção do art. 155, §2º, VII, b, da Carta Republica, cujo verbete, para tais situações, preceitua a adoção da respectiva alíquota interna do estado remetente, em detrimento de qualquer outra.

Referido instrumento viola também o postulado da não-cumulatividade do imposto - sujeitando seus responsáveis a verdadeira hipótese de bitributação - uma vez que, por força de seus ditames, toda e qualquer operação comercial entre estados realizada pela internet, por telemarketing,

ou por outras vias similares, deve submeter-se a duas fiscalizações distintas e autônomas, sendo uma na saída do respectivo produto da entidade remetente e a outra quando da entrada do mesmo bem no território da pessoa federativa destinatária.

E, finalmente, na fresta de sua retórica e na linha de sua vocação inconfessa, tal ordenação, de resto, transgride a reserva legal tributária em pelo menos duas perspectivas; seja porque altera o regime jurídico do sobredito imposto, redefinindo sua hipótese de incidência, sua alíquota e seu fato gerador, seja porque institui modalidade original de substituição tributária progressiva entre os estados participantes da cadeia, tudo sem o amparo de uma lei em sentido estrito que assim autorize ou estabeleça.

Há, ainda, outro argumento que vem sendo ventilado na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, consubstanciado na ofensa ao pacto federativo, em virtude da não assinatura do Protocolo por todos os Estados da Federação, a despeito de sua aplicação nacional. Nesta esteira, é possível citar os seguintes precedentes do referido Tribunal, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - PROTOCOLO CONFAZ N.º 21/2011 - DECRETO DISTRICTAL N.º 32.933/2011 - COMÉRCIO ELETRÔNICO - REGRAS CONSTITUCIONAIS DE TRIBUTAÇÃO. É CERTO QUE O PROTOCOLO CONFAZ N.º 21/2011 OFERECE NOVA SISTEMÁTICA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NO COMÉRCIO NÃO PRESENCIAL. A EXAÇÃO DEVE SEGUIR AS REGRAS CONSTITUCIONAIS.2. SEGURANÇA CONCEDIDA. (155508320118070000 TJDFT 0015550-83.2011.807.0000, Relator: JOÃO MARIOSI, Data de Julgamento: 20/03/2012, Conselho Especial, Data de Publicação: 03/04/2012, DJ-e Pág. 141)

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. PROTOCOLO N. 21/11 CONFAZ. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTADA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CAUSA DE PEDIR. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PACTO FEDERATIVO. O SECRETÁRIO DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL E O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL POSSUEM LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DO PRESENTE MANDAMUS EM RAZÃO DA SUBSCRIÇÃO DO PROTOCOLO CONFAZ 21/11 E POSTERIOR EDIÇÃO DO DECRETO DISTRICTAL N. 32.933/2011. O STJ JÁ DECIDIU “SER CABÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA NORMA TRIBUTÁRIA DE APLICABILIDADE IMEDIATA, APTA À PRODUÇÃO DE EFEITOS CONCRETOS NA ESFERA PATRIMONIAL DOS CONTRIBUINTES, O QUE AFASTA A APLICAÇÃO DA SÚMULA 266/STF”. A INCONSTITUCIONALIDADE DE DETERMINADA LEI PODE SER SUSCITADA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA COMO CAUSA DE PEDIR, MAS NÃO PODE ENCERRAR A PRÓPRIA PRETENSÃO MANDAMENTAL. O ARTIGO 155, § 2º, VII,

B, DA CF ESTABELECE QUE O ICMS RELATIVO “ÀS OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES QUE DESTINEM BENS E SERVIÇOS A CONSUMIDOR FINAL LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO” É DEVIDO À UNIDADE FEDERADA DE ORIGEM. ENTRETANTO, O PROTOCOLO CONFAZ 21/11 ESTABELECEU NOVAS DISPOSIÇÕES SOBRE A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS AO CONSUMIDOR FINAL QUE ADQUIRE MERCADORIAS DE FORMA NÃO PRESENCIAL, ATRAVÉS DE INTERNET, TELEMARKETING OU SHOWROOM. ASSIM, COM A VIGÊNCIA DO PROTOCOLO, O ICMS PASSOU A SER REPARTIDO ENTRE OS ESTADOS DE ORIGEM E DESTINO DA MERCADORIA, AINDA QUE SE TRATE DE MERCADORIA PROCEDENTE DE ESTADO NÃO SIGNATÁRIO DESTES. O ATO DO CONFAZ NÃO FOI ASSINADO POR TODOS OS ESTADOS DA FEDERAÇÃO, O QUE RESULTA EM CLARA VIOLAÇÃO AO PACTO FEDERATIVO. SEGURANÇA CONCEDIDA.155, § 2º, VII, CF (218038720118070000 DF 0021803-87.2011.807.0000, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Data de Julgamento: 08/05/2012, Conselho Especial, Data de Publicação: 24/05/2012, DJ-e Pág. 56)

Tais circunstâncias revelam, a princípio, que a parte agravante demonstrou, na origem, a verossimilhança das suas alegações no que diz respeito à pretensa ilegalidade/inconstitucionalidade da exação, nos termos do art. 273, do CPC.

Por fim, é de boa ordem reconhecer que a medida liminar deferida na origem não se reveste da prefalada irreversibilidade, haja vista que, ao final da ação, o Fisco, caso venha a lograr êxito na demanda, poderá cobrar os Tributos sem prejuízo à prescrição (haja vista que a suspensão da exigibilidade também suspende a prescrição).

Aliadas a estas razões, a medida liminar, ao possibilitar a manutenção da conduta do Fisco de apreender mercadorias com base no multicitado Protocolo nº 21/2011, acabou por malferir as súmulas 70, 343 e 547 do STF, cujas redações reproduzo:

SÚMULA 70

É INADMISSÍVEL A INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMO MEIO COERCITIVO PARA COBRANÇA DE TRIBUTOS.

SÚMULA 323

É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

SÚMULA 547

Não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Por fim, não vejo necessidade de submissão da presente medida ao Órgão Especial, sem prejuízo da cláusula de reserva de plenário, ainda que envolvendo análise de inconstitucionalidade e sem qualquer tipo de ofensa ao enunciado sumular vinculante nº 10, haja vista que estamos, ainda, na ambiência **precária de um agravo de instrumento que desafia decisão liminar**. Em outras palavras, a inconstitucionalidade, aqui, há de ser analisada considerando-se a própria extensão do efeito devolutivo, que, no presente caso, se restringe ao próprio exame da verossimilhança das alegações.

DO EXPOSTO, conheço e dou provimento ao agravo, deferindo-se a medida liminar para suspender a exigibilidade dos tributos lançados com base no Protocolo nº 21/2011 do CONFAZ e nos demais termos aqui mencionados.

É como voto.

Fortaleza, 29 de maio de 2013.

Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Relatora

Apelação Cível - Direito Autoral

Maria Nailde Pinheiro Nogueira

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO AUTORAL. REPRODUÇÃO DE OBRA EM LOCAL PÚBLICO E A TÍTULO GRATUITO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE AD CAUSAM, NULIDADE DE CITAÇÃO E DE ATOS PROCESSUAIS. TODAS AFASTADAS. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA. PRECEDENTES DO STJ.

1. O sistema processual é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas, de modo que somente a nulidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada (*pas des nullités sans grief*).

2. O Ecad tem legitimidade para a cobrança de direitos autorais independentemente da comprovação da filiação dos artistas representados às associações que o integram.

3. Os valores cobrados são aqueles fixados pela própria instituição, em face da natureza privada dos direitos reclamados, não sujeitos a tabela imposta por lei ou regulamentos administrativos e fundamentação. Inteligência da Súmula 284/STF .

4. “A utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela municipalidade enseja a cobrança de direitos autorais à luz da novel Lei n. 9.610/98, que não mais está condicionada à auferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor.” (REsp 524.873/ES, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 199).

5. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso de apelação cível para, nos termos do voto da Relatora, negar-lhe provimento.

Fortaleza, 12 de junho de 2013.

Presidente do Órgão Julgador

Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Relatora

Membro do MPCE

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação Cível interposto pelo (...) em face da sentença de fls. 130/133 que o condenou a pagar/recolher junto ao (...) quantia referente à reprodução de obras musicais em logradouros públicos, tudo nos termos dos “Autos de Comprovação de Violação de Direito Autorial” encartados às fl. 10/12..

Através do arrazoado de fls. 137/173, argumenta o Recorrente:

(1) Preliminarmente:

(1.1) Nulidade de sua citação. Nesse ponto, deduz que “*não foi a pessoa do PREFEITO E MUITO MENOS A PESSOA DO PROCURADOR e, sim de um SECRETÁRIO O (...), conforme exarado na própria CERTIDÃO DO MEIRINHO nas folhas 58 v, onde se percebe da NULIDADE DA CITAÇÃO. Secretário não é PROCURADOR com múnus para receber citação onde o demandado é o MUNICÍPIO e não é muito menos PROCURADOR e, nem advogado o mesmo (...), é, posto que, não poderia ser ele INTIMADO na pessoa do SECRETÁRIO, posto que, NULA DE PLENO DIREITO*” [fl. 138];

(1.2) Que a decisão interlocutória que declarou sua revelia [vide fl. 111v] seria nula, visto que não teria sido publicada, o que, segundo sua compreensão, caracterizaria “*em verdadeiro CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA*” [fl. 138]; e

(1.3) Ilegitimidade ativa *ad causam* da parte recorrida, o (...), para ajuizar a ação de cobrança que culminou com a interposição desse recurso em razão de faltar-lhe instrumento procuratório dos autores das composições envolvidas autorizando-lhe ajuizar o referido procedimento.

(2) Quanto ao mérito da questão:

(2.1) Que a ação cobrança intentada deu-se com base em fatos genéricos; e

(2.2) que, nos termos de precedentes oriundos do Superior Tribunal de Justiça/STJ, não seria possível ao (...) cobrar do (...) qualquer quantia por execução pública de obra musical da qual não derivou a cobrança de qualquer valor.

Contrarrazões às fls. 177/196.

É o breve relatório.

VOTO

Passarei a decidir a questão posta nos autos tomando como roteiro a ordem estabelecida no relatório de fls.

ANÁLISE DAS MATÉRIAS/QUESTÕES PRELIMINARES DEDUZIDAS PELO RECORRENTE

DA NULIDADE DA CITAÇÃO DO RECORRENTE:

Essa preliminar não merece prosperar visto que, segundo consta na certidão lavrada por Oficial de Justiça no verso da contra-fé do Mandado de Citação dirigido ao Recorrente [*vide* doc. fl 58], o expediente dela decorrente - no caso, a citação da parte demandada - deu-se de forma perfeita, visto que claramente atingiu sua finalidade precípua que é, nos termos do art. 213 do Código de Processo Civil/CPC, chamar o réu ou interessado a juízo “*a fim de se defender*”.

Isso porque, consta da aludida certidão, que o Oficial de Justiça designado para dar cumprimento ao ato processual ora analisado, após dirigir-se à sede da (...), procedeu com a citação do multicitado Município na pessoa, assim como lhe é franqueado pelo art. 12. Inc. II, do CPC, de seu então prefeito, que, todavia, determinou ao (...), seu Secretário, que opusesse seu ciente. Para que não se restem dúvidas a respeito desse fato, veja-se o inteiro teor da certidão em comento:

Certifico que, dando cumprimento ao respeitável mandado retro, dirigi-me ao lugar nele indicado [a sede da (...)], e aí sendo, citei a Promovida, na pessoa de seu Representante Legal, de todo conteúdo do mandado e das cópias da Petição inicial de fls. 02/06, o qual após ouvir as leituras, aceitou contrafé, que lhe ofereci e determinou seu Secretário que exarasse sua nota de ciente. O referido é verdade e dou fé. [fl. 58 verso]

Como declinado acima, não se desconhece o teor da norma prevista no art. 12 do CPC, segundo o qual, representam em juízo os Municípios, seu Prefeito e/ou seu procurador.

Todavia, não se deve esquecer que o regime de declaração de nulidades dos atos processuais exige, além dos requisitos ordinários, a comprovação da ocorrência de um efetivo prejuízo pela parte prejudicada e que essa não lhe tenha causa. Não sendo esse, em absoluto, o caso dos autos.

A esse respeito, veja-se:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SENTENÇA PROFERIDA COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. SENTENÇA DECLARADA NULA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 93,

IX, DA CF. ARTS. 165 E 458, DO CPC. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. TEORIA DA CAUSA MADURA. POSSIBILIDADE. 1. A aplicação da Teoria da Causa Madura trazida à lume pelo novel § 4º, do art. 515, do CPC, pressupõe prévia cognição exauriente, de sorte que a pretensão do retorno dos autos à instância a quo revela notória inutilidade. **2.** *In casu*, não há qualquer prejuízo no autos a ensejar sua nulidade, posto que o ente municipal recorreu da sentença, inclusive quanto ao mérito do decisum, devolvendo ao Tribunal a quo o conhecimento da matéria impugnada. **3.** O sistema processual é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas, de modo que somente a nulidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada (*pas des nullités sans grief*). **4.** Realmente, é cediço na doutrina quanto à apelação que: “Não obstante, o recurso é ato postulatório e na sua interpretação deve entender-se que o recorrente impugnou tudo quanto lhe foi desfavorável. Assim se o autor, vencido, apelou da sentença, pleiteando de maneira inequívoca a sua reforma, subentende-se que recorreu da improcedência e do acolhimento de eventual pedido dúplice ou reconvenicional (...) A reforma anterior já obviara o retorno dos autos à instância a quo nas hipóteses de extinção terminativa da causa madura, por isso que o parágrafo 3º permite ao tribunal, mercê da regra do artigo 515, caput, do CPC prosseguir no julgamento do mérito. O mesmo raciocínio conduziu o legislador da reforma a adotar semelhante solução quando verificada nulidade sanável, dispondo no novel parágrafo 4º, verbis: Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. (...) §4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação. Assim, v.g., o defeito de representação, a ausência de autenticação de cópias ou de oitiva de uma parte acerca de determinado documento não implicarão no necessário retorno dos autos posto defeito sanável na instância ad quem” (in Fux, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Forense, 2008. 4ª ed., p. 800/802). **5.** A nulidade sanável pelo próprio tribunal à luz das questões fáticas e jurídicas postas nos autos, permite a adoção do art. 515, § 4º, do CPC, com o prosseguimento do julgamento da apelação. **6.** Com efeito, o novel dispositivo trouxe maior efetividade da prestação jurisdicional, racionalizando o julgamento e concretizando o princípio constitucional da duração razoável dos processos (art. 5º, LXXVIII, CF/88). **7.** Recurso especial provido para determinar que o Tribunal a quo julgue o mérito da causa. [REsp 1051728/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 02/12/2009].

Outrossim, conforme se comprova às fls. 81/83, o Recorrente, após ser regularmente intimado [*vide* fl. 78] para contra-arrazoar Recurso de Apelação interposto em outro momento pelo (...) [*vide* fls. 73/75], ora Recorrido, explicitamente afirmou que fora efetivamente citado através do expediente acima analisado. Nessa esteira, reproduzo:

O Recorrente [na ocasião, o (...)] ingressou com a peça inicial no dia 09 de outubro de 1997, tendo o Juízo da Comarca recebido os autos no mesmo

dia, despachado normalmente para a parte contrária se manifestar [o ora Apelante, o (...)], não o fazendo por não se considerar pólo passivo, tendo novamente recebido os autos concluso, o Douto e Respeitável Juízo marcado audiência de conciliação, não tendo comparecido o Município pelas razões acima exposta [...]. [pág. 82].

Diante dos fundamentos acima apontados, **hei por bem afastar a preliminar acima analisada.**

DA NULIDADE DA DECISÃO QUE DECLAROU A REVELIA DA RECORRENTE

A revelia, ao meu ver, opera-se como efeito direito do fato de não haver a parte ré, ora Recorrente, deduzido, no período adequado, sua defesa. Tanto é assim, que o próprio art. 319 do CPC não condiciona a nenhuma manifestação judicial prévia a condição de revel daquele que, regularmente citado, não apresentou defesa.

Dessa forma, desnecessário seria a intimação do réu que, conforme se viu no subitem anterior, encontrar-se-ia na condição de revel.

Ademais, ainda em consonância com os argumentos deduzidos no subitem anterior, o Recorrente não demonstrou, em momento algum, haver suportado qualquer prejuízo por não ter sido intimado da referida decisão.

Dessa feita, **afasta-se a preliminar acima discutida.**

DA ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA PARTE RECORRIDA

Observe, nesse particular, que os precedentes jurisprudenciais oriundos do Superior Tribunal de Justiça/STJ, são claros ao afirmar que o (...) possui legitimidade para proceder com a cobrança de contribuição autoral por exibição pública de obra artística. A esse respeito, vejamos-se:

EMENTA: COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. AGRAVO REGIMENTAL. APRECIÇÃO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. IMPRESCINDIBILIDADE. ECAD. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. LEGITIMIDADE. **1.** Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional. **2.** Orienta a Súmula 282 do egr. STF, aplicável por analogia ao recurso especial, ser inadmissível recurso quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão suscitada. **3.** A jurisprudência desta Corte reconhece a legitimidade do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, nos procedimentos destinados à cobrança de direitos autorais. **4. Agravo regimental não provido.** [AgRg no REsp 955.837/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA

TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 20/11/2012]

EMENTA: DIREITOS AUTORAIS. ECAD. LEGITIMIDADE. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO AUTORAL. RADIODIFUSÃO DE MÚSICA AMBIENTE. REPRODUÇÃO DE PROGRAMAS GRAVADOS. ATIVIDADE LÍCITA. CARÁTER ABUSIVO DA NOTIFICAÇÃO A CLIENTES QUE ADQUIRIRAM O SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO. DANOS MORAIS DEVIDOS. ECAD. **1.** O Ecad tem legitimidade para a cobrança de direitos autorais independentemente da comprovação da filiação dos artistas representados às associações que o integram. **2.** O titular dos direitos autorais pode gerir pessoalmente seus interesses, desde que, nos termos da artigo 98, parágrafo único, da Lei n. 9.610/68, notifique a associação a que está filiado e o Ecad. **3.** A reprodução de programas de radiodifusão previamente gravados é prática comumente utilizada pelas empresas do ramo, e o só fato da realização de cópias privadas, em que se tem por intuito a instrumentalização da atividade desenvolvida, não gera direito ao recebimento de quaisquer valores a título de direitos autorais. Estes são devidos pela reprodução pública de obra artística. **4.** Deve ser mantida a condenação a indenização por danos morais quando realizada em valores razoáveis, considerando-se as peculiaridades da espécie. **5.** **Recurso especial não-conhecido.** [REsp 958.058/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 22/03/2010]

EMENTA: INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COMPENSAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MERA TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS. [...] III - Segundo a orientação desta Corte, o ECAD tem legitimidade para a cobrança de direitos autorais independentemente da comprovação da filiação dos artistas representados às associações que o integram. Precedentes. Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag n. 1.120.027-RS, relator Ministro Sidnei Benetti, DJe de 26.11.2009.)

EMENTA: DIREITOS AUTORAIS. LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA *AD CAUSAM* DO ECAD. Possui o ECAD legitimidade para promover a ação de cobrança das contribuições devidas pela execução pública de composições musicais, independentemente da comprovação do ato de filiação feita pelos titulares dos direitos reclamados. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 142.627-RS, relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 23.9.2002.) “ECAD. Legitimidade ativa. O ECAD tem legitimidade para, em substituição processual, promover ação de cobrança de contribuições devidas a título de direitos autorais pela execução de composições musicais. [REsp n. 82.178-RS, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 07.10.1995].

Diante do exposto, da mesma forma que fiz em relação as outras duas anteriormente analisadas, **afasto a preliminar em comento**, razão pela qual, passo, na sequência, a ingressar nos fundamentos de mérito apontados pelo Recorrente.

DO MÉRITO

DO MÉTODO DE REALIZAÇÃO DA COBRANÇA POR PARTE DO ECAD

Conforme restou relatado, o Recorrente argumenta que o (...) busca efetuar cobrança de forma genérica. Ocorre, porém, assim como se observa através dos documentos acostados às fls. 10/12, encontram-se nitidamente identificadas quais obras musicais foram reproduzidas, por quem [...], em quais circunstância [festividade comemorativa relativas ao Carnaval, realizadas na (...)], e quando [nos dias 08, 09, 10 e 11 de fevereiro do ano de 1997].

Dessa maneira, afasto a alegação ora analisada.

Nesse mesmo sentido, vejam-se:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE DO ECAD EM FIXAR CRITÉRIO DE CÁLCULO. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. ÔNUS DA PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR. DESCRIÇÃO DO PROCEDIMENTO PARA A APURAÇÃO DO QUANTUM DEVIDO. PROVA NÃO REALIZADA. **1.** Não há falar em coisa julgada quando a questão debatida nestes autos se restringe ao critério de cálculo utilizado pelo ECAD, mantendo reconhecida a legitimidade do recorrente em figurar no pólo ativo do processo, bem como de estabelecer o procedimento para a obtenção do valor cobrado a título de direitos autorais nos termos firmados no REsp n. 328.963/RS. **2.** Não é cabível a mera indicação de um valor, sem permitir ao Judiciário a revisão dos cálculos. O fato de o ECAD ter legitimidade para estabelecer métodos de cobrança, não o exime de divulgá-los, possibilitando a fixação do quantum de forma aleatória, sem nenhum controle. **3. Agravo regimental a que se nega provimento.** [AgRg no REsp 714.265/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013]

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. AÇÃO ORDINÁRIA. ECAD. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. LEI N. 5.988/73. CC, ART. 50, XXI. VALORES COBRADOS. CRITÉRIO PRÓPRIO. VALIDADE. **I.** O ECAD tem legitimidade ativa para, como substituto processual, cobrar direitos autorais em nome dos titulares das composições lítero-musicais, inexigível a prova de filiação e autorização respectivas. **II.** Os valores cobrados são aqueles fixados pela própria instituição, em face da natureza privada dos direitos reclamados, não sujeitos a tabela imposta por lei ou regulamentos administrativos. **III.** Precedentes do STJ. **IV. Recurso especial conhecido e provido.** [REsp 328963/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/2002, DJ 29/04/2002, p. 248].

DA IMPOSSIBILIDADE DE COBRAR-SE DIREITOS AUTORAIS DE OBRAS EXECUTADAS EM EVENTOS DE NATUREZA PÚBLICA E GRATUITA

Da mesma forma que se deu quando da análise do subitem anterior, o STJ possui entendimento consolidado no sentido de que, como se dar no caso ora analisado, é devido o pagamento de direitos autorais na hipótese de evento que, embora público e gratuito, seja realizado por municipalidade. Nesse ponto, veja-se:

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. ECAD. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. EXECUÇÃO PÚBLICA DE MÚSICAS. MUNICÍPIO. PAGAMENTO. FESTA DE CARNAVAL. ANO DE 2000. LEI 9.610/98. **1.** Alegação genérica, sem a indicação incisiva do dispositivo, supostamente, ofendido, além de não atender à técnica própria de interposição do recurso especial, configura deficiência de fundamentação. Inteligência da Súmula 284/STF. **2.** “A utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela municipalidade enseja a cobrança de direitos autorais à luz da novel Lei n. 9.610/98, que não mais está condicionada à auferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor.” (REsp 524.873/ES, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 199) **3.** A interposição, nesta Corte, de agravo regimental manifestamente infundado torna forçosa a aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil. **4. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa.** [AgRg no Ag 1363434/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011].

EMENTA: DIREITOS AUTORAIS. RECURSO ESPECIAL. EVENTO PÚBLICO. RODEIO, COM EXECUÇÃO DE MÚSICAS, PROMOVIDO POR PREFEITURA MUNICIPAL, SEM COBRANÇA DE INGRESSO. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS. POSSIBILIDADE. PROVEITO ECONÔMICO PARA EXIGIBILIDADE. DESNECESSIDADE. **1.** Anteriormente à vigência da Lei 9.610/98, a jurisprudência prevalente enfatizava a gratuidade das apresentações públicas de obras musicais, dramáticas ou similares, como elemento decisivo para distinguir o que estaria sujeito ao pagamento de direitos autorais. **2.** Houve significativa alteração com a edição da Lei 9.610/98, pois o art. 68 do novo diploma legal revela a subtração, quando comparado com a lei anterior, da cláusula “que visem a lucro direto ou indireto”, como pressuposto para a cobrança de direitos autorais. **3.** O Superior Tribunal de Justiça, em sintonia com o novo ordenamento jurídico, alterou seu entendimento para afastar a utilidade econômica do evento como condição de exigência para a percepção da verba autoral. Posição consolidada no julgamento do REsp. 524.873-ES, pela Segunda Seção. **4.** Portanto, é devida a cobrança de direitos autorais pela execução pública de música em rodeio, mesmo que tenha sido evento promovido por Prefeitura sem a existência de proveito econômico. **5. Recurso especial provido.** [REsp 996.852/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/08/2011]

CONCLUSÃO DO VOTO

ISSO POSTO, nos termos das fundamentações acima ventiladas, conheço do Recurso de Apelação Cível interposto às fls. 137/172 pelo (...), mas para negar-lhe provimento, mantendo *in totum* a sentença recorrida.

É como voto Sr. Presidente.

Fortaleza, 12 de junho de 2013.

Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Relatora

Ação de Reparação de Danos

Maria Valdileny Sombra Franklin

SENTENÇA

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. DENUNCIÇÃO DA LIDE À SEGURADORA. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO ANUA DA PRETENSÃO DO SEGURADO EM FACE DA SEGURADORA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, EVENTO DANOSO E LIAME DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA CULPA EXCLUSIVA DA CONSUMIDORA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANOS MORAIS E DANO ESTÉTICO. REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PLEITEADO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO DA AÇÃO.

RELATÓRIO

(...) ajuizou a presente AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS em face da empresa (...), ambas qualificadas nos autos, aduzindo, em suma, que:

No dia 04/02/2001, por volta das 16h30min, a promovente encontrava-se no parque aquático da promovida, deitada em uma boia do brinquedo (...), quando foi de encontro a um garoto que também lá estava, ocorrendo uma colisão violenta;

Em razão da colisão, a suplicante sofreu um afundamento do rosto no lado direito, ficando o osso e o olho fora do lugar;

A princípio, a demandante foi atendida no Hospital (...), tendo recebido a seguinte conclusão médica – “(...) afundamento do osso zigomático, equimose periorbitária direita e constada, após novas radiografia, fratura do complexo zigomático direito em três pontos, incluindo o corpo do osso zigomático” (*sic*);

Naquela situação, todos estavam expostos ao perigo, a piscina estava cheia e sem nenhum controle de acesso por parte dos funcionários do parque, o que permitiu o choque ora narrado;

O destino do garoto, a postulante não teve notícias, pois desmaiou e foi levada ao ambulatório local do parque;

A dor física foi insuportável;

Em razão do trauma e da hemorragia no olho direito, a suplicante foi trasladada ao Estado de (...), sua terra natal, onde se submeteu a uma cirurgia;

A postulante foi submetida à alimentação especial e passou três meses sem mastigar;

O sofrimento foi grande e ainda hoje a autora sente as consequências do acidente, já que foram colocados alguns pinos no seu rosto. Continua sem ter a sensibilidade da arcada superior direita, precisando ir a médicos frequentemente, por sentir fortes dores de cabeça e dores locais;

À época a autora estava em ascensão profissional, já que tinha vindo de (...) especificamente para trabalhar como consultora de sua empresa e teve, de uma hora para outra, seus planos bloqueados;

A autora fazia parte do quadro de funcionários da (...) e estava dentro do programa de participação dos resultados da empresa em que trabalhava como colaboradora;

A negligência e a incúria da ré causaram uma dor profunda à postulante que teve seus sonhos bloqueados, o seu psicológico ficou abalado;

A promovida pagou o hospital e o médico, mas faltou o pagamento dos lucros cessantes, do dano moral e do dano estético;

A postulada foi negligente, imprudente, não fiscalizou o acesso desenfreado dos banhistas ao brinquedo.

Do exposto, a demandante requereu a condenação da promovida em uma indenização por danos morais, a ser fixada entre os limites de R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e R\$2.160.000,00 (dois milhões cento e sessenta mil reais).

A exordial foi instruída dos documentos de fls. 17/45.

A demanda foi distribuída para a 5ª Vara Cível da comarca de (...).

Citada (fls. 45/46), a promovida apresentou a contestação de fls. 48/64, arguindo, em sede de preliminar, a suspensão do processo até o julgamento da exceção de incompetência e denunciando a lide à Companhia de (...). Também como preliminar, a ré suscitou a inépcia da inicial. No que concerne ao mérito, a promovida aduziu, em síntese, que:

No dia narrado na inicial, não houve alteração no brinquedo usado pela promovente, o nível e o fluxo da água eram o mesmo de antes;

A promovente confessa que o evento se deu exclusivamente por conta da colisão com um garoto e expressa a assistência prestada pelos prepostos da empresa;

A hipótese é exclusivamente de força maior, pois a promovida não contribuiu com a mínima parcela de culpa para o evento;

A alegação de defeito na prestação do serviço (defeito no brinquedo) é infundada e não há laudo pericial para a comprovação de tal fato;

Mesmo sem culpa no evento, a ré direcionou todos os cuidados à autora, seguiu a orientação do médico e prestou assistência em hospital de nível excelente;

A fotografia junta à fl. 19 não pode servir de prova para a fixação de nenhuma espécie de dano;

A promovida requer a condenação da autora nos consectários da litigância de má-fé;

No dia tratado na inicial, milhares de pessoas usaram o mesmo brinquedo e ninguém se acidentou;

A promovida possui dois médicos contratados, Dr. (...), que estava de plantão no dia do fato, e Dr. (...), bem como uma atendente de enfermagem, (...);

Os instrutores se encontravam em plena atividade e são regularmente treinados;

Além do pessoal contratado, o parque dispõe de uma ambulância, de placa (...), que permanece constantemente no parque, sendo o ambulatório equipado com material adequado (dois balões de oxigênio, cadeira de rodas, aparelho para reanimação, macas, talas *etc*);

A promovida possui o Certificado ISO 9002 da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas e Alvará de Funcionamento.

A peça de resistência foi instruída dos documentos de fls. 66/76.

O autor replicou às fls. 79/89.

Os autos foram redistribuídos para o Juizado Especial Cível e Criminal da comarca de (...) (fl. 90v), em 04/08/2003, e para a 2ª Vara de (...) (fl. 95), em 03/09/2003.

A audiência de conciliação não logrou êxito, sendo o feito suspenso em razão do pedido de denúncia da lide, sendo apresentada a cópia da apólice de seguro no ato (fl. 105/113).

A litisdenunciada (Companhia de (...)) foi citada às fls. 122/123 e apresentou a contestação de fls. 127/149, com os documentos de fls. 150/218. Alegou, em resumo, a prescrição do direito de chamamento à lide, a exclusão da litisdenunciada, a exclusão da indenização por danos morais, a condenação da ré nos ônus inerentes à litigância de má-fé, a exorbitância do valor indenizatório e a exclusão dos lucros cessantes.

A autora replicou às fls. 220/223, ratificando os termos da exordial e requerendo a exclusão da litisdenunciada.

A audiência de que trata o artigo 331 do Código de Processo Civil foi realizada à fl. 242, não havendo conciliação.

Por ocasião da instrução, os litigantes desistiram do depoimento pessoal das partes contrárias, sendo inquiridas as testemunhas da promovente (fls. 260/261 e 262/263) e dos demandados (fls. 270/271 e 272).

Os memoriais constam às fls. 273/282, 283/298 e 299/303.

A carta precatória, expedida com a finalidade de inquirir a testemunha (...) foi devolvida às fls. 304/307, contudo, a autora já havia desistido da oitiva da aludida testemunha à fl. 269.

O feito está concluso para a prolação de sentença desde 02/09/2008.

Esta magistrada foi promovida e assumiu a titularidade da 2ª Vara da comarca de (...), em 21/9/2009, oportunidade em que prestou informações nos autos da Reclamação aforada na Ouvidoria do TJ-CE (fls. 309/312 e 313/317).

A sentença foi prolatada somente no hodierno, em razão do número exacerbado de processos em detrimento da escassez de servidores da secretaria.

FUNDAMENTAÇÃO

DAS PRELIMINARES SUSCITADAS PELA RÉ

DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL

A preliminar de inépcia da exordial, suscitada pela promovida (...), é desprovida de fundamento, eis que o pedido consignado na peça basilar atende ao preceituado no artigo 282 e seguintes do Código de Processo Civil, não se configurando nenhuma das hipóteses previstas no parágrafo único do artigo 295 do aludido diploma legal.

Malgrado prolixa, a peça basilar é inteligível e contem pedidos compatíveis entre si, enquanto que a conclusão decorre logicamente da narração dos fatos, encontrando-se, portanto, apta.

Outrossim, o direito constitucional da ampla defesa não foi tolhido.

Destarte, rejeito a aludida preliminar.

DA CARÊNCIA DE AÇÃO E DA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

A promovente não é carecedora de ação, eis que é parte legítima *ad causam* e *ad processum*, bem como possui interesse processual (necessidade/adequação) na obtenção do provimento jurisdicional.

O interesse de agir, instrumental e secundário, advém da necessidade de obter através de um processo a proteção ao interesse substancial ou primário.

O interesse processual reside não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, eis que a tutela jurisdicional não pode ser outorgada sem uma necessidade.

Assim, só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação.

“O direito de ação é o direito público subjetivo à prestação jurisdicional do Estado. Para obter a solução da lide (sentença de mérito), incumbe, porém, ao autor atender a determinadas condições, sem as quais o juiz se recusará a apreciar seu pedido: são elas as *condições da ação*, ou *condições do exercício do direito de ação*.

(*Omissis*)

Assim, para se obter uma composição do litígio (mérito), a parte tem que não só constituir uma relação processual válida, como também satisfazer as condições jurídicas requeridas, para que o juiz, dentro do processo, se manifeste sobre seu pedido”.¹

Na hipótese sob comento, o provimento jurisdicional requerido pela demandante é útil e necessário, notadamente em virtude da pretensão resistida.

Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, indefiro as preliminares suscitadas.

DA PRELIMINAR ARGUIDA PELA DENUNCIADA DE EXCLUSÃO DA LIDE

O instituto da denunciação à lide consiste em chamar o terceiro (denunciado), que mantém um vínculo de direito com a parte (denunciante), para vir responder pela garantia do negócio jurídico, caso o denunciante saia vencido no processo.

Com a finalidade de evitar o ajuizamento de uma nova ação para garantir o exercício do direito de regresso, a denunciação da lide possibilita o julgamento, em uma mesma sentença, da causa principal e da secundária, que envolve o denunciante na ação principal e aquele que estiver obrigado a indenizar o prejuízo da parte que perder a demanda.

O artigo 70 do Código de Processo Civil enumera as hipóteses em que a denunciação à lide é obrigatória, contemplando no inciso III o cabimento da denunciação da lide “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

A responsabilidade do segurador é direta e não regressiva, eis que decorre do dano e não da sucumbência do segurado.

Contudo, a jurisprudência evoluiu no sentido de ampliar a admissibilidade da denunciação à lide e não restringi-la, sendo, assim, admissível a denunciação da lide em situações assemelhadas ao direito de regresso, como a do contrato de seguro.

Vejam os entendimentos jurisprudenciais:

STJ – CIVIL E PROCESSUAL. COLISÃO DE VEÍCULOS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. DENUNCIÇÃO DA LIDE FEITA PELO

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: vol. I, 9ª ed., Ed. Forense, p. 311.

RÉU. ACEITAÇÃO. CONTESTAÇÃO DO PEDIDO PRINCIPAL. CONDENAÇÃO DIRETA DA DENUNCIADA (SEGURADORA) E SOLIDÁRIA COM O RÉU. POSSIBILIDADE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA EM PARTE MÍNIMA DO PEDIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

“I. Reconhecido o dever de a seguradora denunciada honrar a cobertura do sinistro, é permitido ao Julgador proferir decisão condenatória diretamente contra ela, porém não exclusivamente, mas solidariamente com o réu principal, causador do sinistro. Precedentes do STJ.

II. Admite o STJ a redução do quantum indenizatório, quando se mostrar desarrazoado, o que não sucede na espécie. Precedentes.

III. Mínima a sucumbência do recorrido, razão de se carrear a totalidade dos encargos correspondentes ao recorrente.

IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido”²

STJ – AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURADORA. DENUNCIÇÃO DA LIDE. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. CONDENAÇÃO EM REEMBOLSO. POSSIBILIDADE DE A DENUNCIADA RESISTIR, DE FORMA AMPLA, AOS FUNDAMENTOS DA LIDE PRIMÁRIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. I - Com a denúncia da lide inaugura-se uma nova relação processual, em que o réu do processo originário passa a figurar como autor da lide secundária, estabelecida em face do terceiro denunciado, com quem mantém vínculo jurídico, no intuito de que este responda em regresso, na hipótese de sucumbência do denunciante. II - Quanto à controvérsia em si, e passando ao largo da discussão acerca da natureza jurídica que o denunciado assume no processo, isto é, se assistente simples, assistente litisconsorcial ou litisconsorte, tal qual enuncia o artigo 75, I, do CPC, em qualquer caso, tem-se-lhe reconhecido, e não poderia ser diferente, o interesse em oferecer resistência, de forma ampla, à pretensão deduzida pelo adversário do denunciante, tendo em vista que o desfecho da demanda principal poderá repercutir na demanda secundária. Recurso especial provido”³

STJ – CIVIL. SEGURO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DENUNCIÇÃO. ACOLHIMENTO. SEGURADORA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DECORRÊNCIA. TÍTULO JUDICIAL. CLÁUSULA CONTRATUAL. SISTEMA DE REEMBOLSO. APLICAÇÃO RESTRITA AO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

“I - O entendimento desta Corte é assente no sentido de que, em razão da estipulação contratual em favor de terceiro existente na apólice, a seguradora pode ser demandada diretamente para pagar a indenização.

II - Se a seguradora poderia ter sido demandada diretamente, não resta dúvida de que, ao ingressar no feito por denúncia, assumiu a condição de litisconsorte. Nessa situação, submete-se à coisa julgada e, no caso de condenação, é legitimada para figurar no pólo passivo da execução, cabendo-lhe o adimplemento do débito nos limites da sua responsabilidade.

III - Julgado procedente o pedido indenizatório e a denúncia da lide, a responsabilidade solidária da seguradora passa a ser fundada no título

2 STJ – T4 – REsp 1010831 – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – J. 28/04/2009 – DJe 22/06/2009.

3 STJ – T3 – REsp 900762 – Rel. Min. Sidnei Beneti – J. 12/02/2008 – DJe 25/04/2008.

judicial e não no contrato. Assim, sem perquirir acerca da nulidade ou abusividade da cláusula prevendo que a seguradora será responsabilizada apenas pelo reembolso ao segurado, conclui-se ficar restrita sua aplicação aos pagamentos efetuados administrativamente. No que sobejar, a execução poderá ser intentada contra seguradora. Recurso provido”.⁴

STJ – CIVIL E PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - DENUNCIÇÃO DA LIDE - CONTESTAÇÃO - CONDENAÇÃO DIRETA DA LITISDENUNCIADA – CPC, ART. 75, I - INTERPRETAÇÃO PRAGMÁTICA. “A seguradora-litisdenuciada ao oferecer contestação, assume posição de litisconsorte passiva do denunciante. Pode assim, ser condenada em conjunto com este, à indenização por acidente de trânsito. Esta é a interpretação correta e pragmática do Art. 75, I do CPC”.⁵

STJ - RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURO. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O CAUSADOR DO DANO DENUNCIÇÃO DA LIDE FEITA À SUA SEGURADORA. CONDENAÇÃO DESTA ÚLTIMA. ADMISSIBILIDADE. “Reconhecido o dever de a seguradora denunciada honrar a cobertura do sinistro, é permitido ao Julgador proferir decisão condenatória diretamente contra ela. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido”.⁶

Outrossim, o artigo 88 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) veda o instituto da denúncia da lide apenas na hipótese contemplada no artigo 13, parágrafo único, o que não se amolda ao caso *sub examine*.

Com efeito, denego o pedido de exclusão da denunciada Companhia de (...), eis que a denúncia da lide obedece ao disposto no artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil.

Convém ressaltar, por apropriado, que a responsabilidade da denunciada fica adstrita aos termos do contrato de seguro perfectibilizado com a ré/denunciante, que, *in casu*, exclui expressamente a reparação de danos morais, conforme dispõe a cláusula 3.2, alínea “r” (fl. 158).

DA PRELIMINAR SUSCITADA PELA DENUNCIADA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DO SEGURADO CONTRA A SEGURADORA

Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos e na forma estabelecidos pelo Código Civil Brasileiro de 2002, a saber:

4 STJ – T3 – REsp 713115 – Rel. Min. Castro Filho – J. 21/11/2006 – DJ 04/12/2006.

5 STJ – T3 – REsp 275453 – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – J. 22/02/2005 – DJ 11/04/2005.

6 STJ – T4 – REsp 290608 – Rel. Min. Barros Monteiro – J. 03/10/2002 – DJ. 16/12/2002.

Artigo 202. “A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I – por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

(*Omissis*)

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”.

Artigo 206. “Prescreve:

§1º. Em um ano:

(*Omissis*)

II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contando o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador; (*Omissis*)”.

Artigo 2028. “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”.

O vetusto Código Civil Brasileiro de 1916, no artigo 178, §6º, inciso II, igualmente estabelecia o prazo de um ano para a prescrição da ação do segurado contra o segurador e vice-versa, se o fato que a autoriza se verificar no país.

Com efeito, no caso sob enfoque, o evento danoso ocorreu em 04/02/2001, a juntada do AR da carta de citação do réu se deu em 1º/11/2002 (fl. 42v) e o despacho que ordenou a citação da seguradora operou-se em 04/08/2004 (fl. 105).

Assim, o lapso prescricional de um ano, cujo termo inicial fluiu a partir da juntada do AR da carta de citação do réu (1º/11/2002 - fl. 42v), transcorreu integralmente sem nenhuma causa de interrupção ou de suspensão.

Vale ressaltar, que o prazo prescricional de um ano expirou antes mesmo do despacho que ordenou a citação da seguradora (a lei exige o despacho de citação para a interrupção do lapso prescricional, ainda que por juiz incompetente, não sendo suficiente a promoção da citação da seguradora pelo interessado).

Vejamos o entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

STJ – REGIMENTAL. SEGURO. PRESCRIÇÃO. ÂNUA. PRAZO. ART. 178, § 6º, II, DO CÓDIGO BEVILÁQUA. CDC INAPLICÁVEL.

“- A ação de segurado contra seguradora, expõe-se a prescrição anual (Art. 178, § 6º, II, do Código Civil, e não à do Art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, que é aplicável às hipóteses de danos decorrentes de vícios ou defeitos na qualidade de produtos ou no fornecimento de serviços

(acidentes de consumo).

- Prescreve a ação para complementar indenização securitária, se o segurado, após receber pagamento que reputa incompleto, se manteve inerte, por mais de um ano.

- Para fugir à prescrição, antes de esta se consumir, o autor deve comprovar que cobrou extrajudicialmente o crédito encontrando resistência da devedora”⁷.

STJ – RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. SEGURADORA. PRESCRIÇÃO ÂNUA. TERMO INICIAL.

“Tratando-se de denúncia da lide requerida pela segurada contra a seguradora, o prazo prescricional conta-se a partir do momento em que ela tomou conhecimento da pretensão deduzida pela vítima em Juízo. Recurso especial conhecido e provido para afastar a prescrição”⁸.

Por conseguinte, apesar de cabível em tese a denúncia à lide, tal pretensão encontra-se prescrita, motivo pelo qual acolho a preliminar suscitada para pronunciar a prescrição ânua da pretensão do réu/denunciante em face da seguradora/denunciada, com espeque no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil e artigos 202, inciso I e parágrafo único, 206, §1º, inciso II, alínea “a”, e 2028, todos do Código Civil Brasileiro de 2002.

DO MÉRITO PROPRIAMENTE DITO

DA RELAÇÃO CONSUMERISTA

A relação jurídica existente entre autora e a promovida caracteriza-se como uma autêntica relação de consumo.

A autora se enquadra no conceito de *consumidora* constante no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, pois é “pessoa física que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A sua vez, a demandada é pessoa jurídica de direito privado que desenvolve atividade de prestação de serviços (entretenimento e lazer), sendo considerada como *fornecedora* pelo artigo 3º da Lei nº 8.078/1990.

7 STJ – T3 – AgRg no REsp 319242/RJ – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – J. 24/05/2005 – DJ 27/06/2005.

8 STJ – T4 – REsp 264196/RJ – Rel. Min. Barros Monteiro – J. 05/10/2004 – DJ 17/12/2004.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O artigo 8º do aludido diploma legal preceitua que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se aos fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Conforme ensina o doutrinador Zelmo Denari, a colocação de bens ou serviços no mercado de consumo a cargo dos fornecedores *in genere* suscita, em contrapartida, a relação de responsabilidade, decorrente do inadimplemento de obrigação contratual (responsabilidade contratual) ou da violação de direitos tutelados pela ordem jurídica de consumo (responsabilidade extracontratual).⁹

Segunda a doutrina corrente, o Código de Defesa do Consumidor afastou a dicotomia das responsabilidades contratual e extracontratual, elidindo, assim, a bipartição oriunda do contrato ou do fato ilícito, o que resultou na unificação da *summa divisio*.

João Calvão da Silva ensina que “essa unidade de fundamento da responsabilidade do produtor impõe-se, pois o fenômeno real dos danos dos produtos conexos ao desenvolvimento industrial é sempre o mesmo, o que torna injustificada a diferenciação ou discriminação normativa do lesado, credor contratual ou terceiro. Trata-se, portanto, da unificação das responsabilidades contratual ou extracontratual – devendo falar-se de responsabilidades do produtor *tout court* – ou pelo menos da unificação do regime das duas, em ordem a proteger igualmente as vítimas, expostas aos mesmos riscos”.¹⁰

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor disciplina a responsabilidade por danos causados aos consumidores em virtude da prestação de serviços defeituosos.

Tal responsabilidade é considerada objetiva e independe da extensão da culpa, aperfeiçoando-se mediante o concurso de três requisitos, a saber:

- O defeito (intrínseco ou extrínseco) do serviço;
- O evento danoso; e
- O liame de causalidade entre o defeito do serviço e o dano.

9 GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: 5ª ed., Ed. Forense, p. 138.

10 Id *ibidem*, p. 139.

As causas excludentes da responsabilidade do prestador de serviço são idênticas àquelas previstas na hipótese de fornecimento de bens, quais sejam:

- Inexistência do defeito do serviço; e
- Culpa exclusiva do usuário ou terceiro.

Urge esclarecer, que a culpa exclusiva não pode ser confundida com a culpa concorrente, pois com a primeira desaparece a relação de causalidade entre o defeito do produto e o evento danoso, obstando a própria responsabilidade; enquanto que na segunda a responsabilidade poderá ser apenas atenuada.

DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Milita em prol da consumidora/autora a presunção do defeito na prestação de serviço e incumbe à fornecedora/ré desfazê-la, em razão da inversão do ônus da prova, que ora decreto, com espeque no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, já que verossímil a alegação.

Igualmente, cumpre ao prestador de serviço o encargo de comprovar a inexistência do dano e a culpa exclusiva do consumidor.

DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE DA PRESTADORA DE SERVIÇO

DO DEFEITO DO SERVIÇO PRESTADO

O serviço prestado pela promovida é de lazer e entretenimento, sendo bilateral e oneroso, vigendo a cláusula de *non adimpleti contractus*, obrigando a prestadora do serviço a fornecer informações suficientes e adequadas ao seu funcionamento.

Em contrapartida, cabe ao consumidor adimplir o preço relativo ao serviço, bem como cumprir todas as orientações para fruir os serviços prestados pelo fornecedor.

Conforme explicitado retro, caberia à promovida comprovar que a prestação de seu serviço não apresenta defeito intrínseco ou extrínseco.

Contudo, pelo que se infere dos autos, a ré não apresentou prova bastante de que inexistente vício de qualidade na apresentação do serviço, tampouco que o serviço não é capaz de suscitar riscos acima do nível de razoável expectativa.

As testemunhas inquiridas durante a dilação probatória não presenciaram o evento danoso e só depuseram do que ouviram falar.

As testemunhas arroladas pela autora, (...) (fls. 260/261) e (...) (fls. 262/263), informaram que a autora até hoje sofre consequências físicas, pois os pinos na face incomodam na época do frio.

No que concerne à testemunha (...), a postulante havia desistido de sua oitiva à fl. 269, razão pela qual deixo de considerar o depoimento de fls. 306/307 no acervo probatório.

As testemunhas (...) (fls. 270/271) e (...) (fl. 272) nada comprovaram acerca da não-defecção do serviço ou da culpa exclusiva da suplicante, ao revés. As referidas testemunhas afirmaram que não há limitação de quantidade de banhistas no brinquedo (...). A testemunha (...) informou que existe um controle apenas da quantidade de bóias, para que a piscina não fique muito saturada, no entanto, as pessoas podem ter acesso ao brinquedo (...) sem bóia. Em suma, as próprias testemunhas indicadas pela ré confirmaram os argumentos expendidos pela parte autoral, de que o acesso de banhistas ao brinquedo (...) é irrestrito, o que pode provocar riscos ao consumidor além da admissível expectativa.

Por conseguinte, considerando que o ônus da prova da não-defecção do serviço cabe à suplicada, reputo o serviço prestado pela ré como defeituoso.

DO EVENTO DANOSO

A sua vez, o dano é o elemento essencial na etiologia da responsabilidade civil.

“O dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar”¹¹

“Mesmo que o agente pratique conduta culposa ou dolosa, viole a lei ou abuse direito, se não causar dano não há que se cogitar em responsabilidade de reparação. Indenização sem dano acarreta em enriquecimento ilícito.”¹²

No caso sob comento, o evento danoso consiste na lesão corporal de natureza grave sofrida pela promovente, qual seja, “trauma de face c/ fratura do complexo zigomático direito”, a qual está comprovada nos autos através dos laudos de fls. 90 e 95, bem como pela fotografia de fl. 91.

Aliás, o evento danoso é um fato incontroverso, porquanto a ré e a denunciada não contestam a existência da lesão corporal da postulante (vide documentos de fls. 18/19), consoante preceitua o artigo 334 do Código de Processo Civil.

11 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*: v. II, 10ª ed. Ed. Forense, p.713.

12 CASSAR. Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*: 2ª Ed., Ed. Impetus, 2008, p. 906.

DO ANEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DEFEITO DO SERVIÇO E O DANO

A lesão corporal de natureza grave suportada pela autora ocorreu *incontinenti* à utilização do brinquedo (...), no interior do parque aquático da promovida.

Tal fato é também incontroverso, porquanto confessado pela demanda à fl. 19, o que torna despicienda maior digressão a respeito (artigo 334 do Código de Processo Civil).

O evento danoso foi causado pelo uso do brinquedo (...), cujas instruções para o uso não foram fornecidas a contento pela ré, não existindo controle de acesso aos banhistas, conforme já asseverado no item “4.4.1”.

Resta, pois, manifesto o liame de causalidade entre o mau serviço prestado pela ré e o dano sofrido pela requerente.

DAS CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

A demandada não logrou comprovar nos autos a culpa exclusiva da suplicante ou a ocorrência de fatos impeditivos ou extintivos do direito autoral, conforme era a sua incumbência em virtude da inversão do ônus da prova.

As testemunhas, inquiridas por ocasião da instrução, não são *de visu* e sequer apresentaram informações coerentes sobre o evento danoso, sendo, pois, imprestáveis para elidir a responsabilidade da ré.

Por conseguinte, configura-se na hipótese sob comento a má-prestação do serviço e a obrigação de indenizar, consistente na responsabilidade objetiva disciplinada nos artigos 6º, inciso VII e VIII, e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

DA LIQUIDAÇÃO DO DANO

A indenização deve ser uma justa compensação do prejuízo sofrido e não uma fonte de enriquecimento, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano.

DOS DANOS MATERIAIS

Os danos materiais não se presumem, não podendo ser aproveitada nesse tocante a inversão do ônus da prova, cabível apenas quando a prova depende do fornecedor.

Somente terá direito ao ressarcimento o dano direto e concreto, ou seja, o dano indireto ou remoto, como o dano hipotético, não pode ser objeto de indenização.

O dano material é subdividido em danos emergentes e lucros cessantes.

DOS DANOS EMERGENTES

Dano emergente (*damnum emergens*) é aquele que o lesado efetivamente perdeu em consequência do fato danoso.

A reparação do dano emergente visa recompor o prejuízo experimentado pela lesada, configurado pela diminuição de seu patrimônio.

A autora asseverou na exordial que a ré arcou com as despesas médicas e do hospital (vide item 13 da fl. 07), faltando apenas os lucros cessantes, os danos morais e o dano estético.

A denunciada/seguradora, inclusive, juntou o recibo de pagamento emitido pela suplicante no valor de R\$5.852,53 (cinco mil oitocentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e três centavos), relativo ao sinistro nº (...) (fl. 151).

O valor do dano emergente não foi quantificado na exordial e tampouco foi objeto de pedido da autora, motivo pelo qual resta incabível a reparação a esse título, *ex vi* do disposto nos artigos 128, 293 e 460, todos do Código de Processo Civil.

DOS LUCROS CESSANTES

Os lucros cessantes, ou *lucrum cessans*, consistem naquilo que a ofendida deixou de auferir.

A autora fez apenas alusão na petição inicial de que teria deixado de receber os lucros da empresa (...), a qual era colaboradora, abstendo-se, todavia, de quantificar e de demonstrar os lucros cessantes.

Observe-se que o “Programa de Participação nos Resultados”, juntado pela demandante à fl. 36, nada comprova a respeito dos lucros cessantes. Melhor sorte não resta à prova oral produzida pela requerente, assaz reticente e imprecisa.

Ademais, a promovente não fez pedido de reparação dos lucros cessantes, sendo inadmissível condenação nesse tocante, conforme a regra dos artigos 128, 293 e 460, todos do Código de Processo Civil.

DOS DANOS MORAIS

A reparação do dano moral é prevista no artigo 5º, inciso V, da Constituição da República, bem como nos artigos 6º, incisos VI e VIII, e 14 do Código de Defesa do Consumidor, cujo valor deverá ser fixado mediante o prudente e moderado arbítrio do julgador.

“Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: ‘caráter punitivo’ para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter compensatório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido”.¹³

“A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido”.¹⁴

Inserido na categoria de dano moral inscreve-se a reparação do dano estético, compreendido na reparação moral ou de compensação que se contrapõe ao desgosto trazido pelo aleijão ou deformidade.

Na quantificação do dano moral, deverá o magistrado levar em consideração a extensão do dano, a situação econômica e social do ofensor e do ofendido, as circunstâncias do caso e o grau de culpa, sendo este último mitigado pela responsabilidade objetiva da ré.

O critério que vem sendo utilizado pelo c. Superior Tribunal de Justiça na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Vejamos:

STJ - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL E MATERIAL. ATROPELAMENTO DE MENOR CAUSADO POR VIATURA DA GUARDA MUNICIPAL. CABIMENTO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E CIVIL. QUANTUM DEBEATUR. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

“1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, mormente quando se tratar de risco criado por ato comissivo de seus agentes.

2. A comprovação de dano e autoria basta para fazer incidir as regras dos arts. 37, § 6º, da Constituição, e 927, parágrafo único, do CC.

3. Ainda que o agente estatal tenha sido absolvido na esfera criminal, mesmo sob fundamento de ausência de culpa, entende-se haver total independência com respeito ao juízo cível, salvo as hipóteses previstas em lei. Precedentes do STJ.

13 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*: 9ª ed., Ed. Forense, p. 55.

14 Id *ibidem*, p. 60.

4. Em caso de atropelamento de cidadão, por viatura do Estado, que ocasione lesões corporais, deve-se arbitrar o quantum indenizatório com maior parcimônia do que geralmente cogitado para situações mais graves (morte da vítima ou sua redução a estado vegetativo). Precedentes do STJ.
5. Recurso Especial parcialmente provido tão-somente para reduzir o quantum indenizatório por danos morais de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), mantendo-se os demais dispositivos do aresto objurgado”.¹⁵

STJ – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – PERDA DE MEMBRO SUPERIOR – INDENIZAÇÃO – VALOR IRRISÓRIO – MAJORAÇÃO.

“1. O valor do dano moral deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório, tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo função reparadora do prejuízo e de prevenção da reincidência da conduta lesiva.

2. Nesses termos, o valor (R\$ 50.000,00) revela-se, de fato, irrisório, se levados em consideração os aspectos conjunturais e a extensão do dano perpetrado, que culminou em lesão irreversível com perda de membro superior direito e dano estético - reconhecido pelo acórdão hostilizado.

3. In casu, revela-se mais condizente com a situação o valor indenizatório equivalente a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais e R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos estéticos, tudo atualizado desde o presente julgado e acrescido de juros de mora desde o evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ. Agravo regimental improvido”.¹⁶

Evidenciada a falha do serviço da ré e a grave lesão suportada pela demandante, caracterizado está o *danum in re ipsa*, que prescinde de provas quanto à ocorrência de prejuízo concreto.

Após sofrer a lesão corporal de natureza grave (trauma de face c/ fratura do complexo zigomático direito), a autora se submeteu a uma intervenção cirúrgica, mediante anestesia geral, no dia 09/02/2001, no Hospital (...), sendo realizada a “redução cruenta e osteossínteses com miniplacas de titânio e parafusos, ficando 1 dia internada” (vide laudo do cirurgião buco-maxilo-facial).

Conforme se infere pelos documentos de fls. 33/35, em 22/02/2001, a promovente foi diagnosticada com uma “hemorragia sub-conjuntival moderada temporalmente em OD”, recebendo alta ambulatorial no dia 08/03/2001, “com melhora significativa do quadro anterior”.

A postulante foi submetida à alimentação especial e passou três meses sem mastigar.

15 STJ – T2 – REsp 1140387 – Rel. Min. Herman Benjamin – J. 13/04/2010 – DJe 23/04/2010.

16 TJ – T2 – AgRg no Ag 1259457 – Rel. Min. Humberto Martins – J. 13/04/2010 – DJe 27/04/2010.

A lesão corporal de natureza grave sofrida pela suplicante, entretanto, não culminou na debilidade permanente, tampouco na perda ou inutilização de membro, sentido ou função.

As testemunhas arroladas pela autora, (...) (fls. 260/261) e (...) (fls. 262/263), informaram que a autora até hoje sofre sequelas do evento danoso, pois os pinos na face incomodam na época do frio.

A suplicante também alega que perdeu a sensibilidade na arcada superior direita e sofreu abalo psicológico.

Por outro lado, a promovida é empresa de grande porte e, segundo a própria imprensa, é o maior parque temático da América Latina.

Já a suplicante é engenheira civil e provavelmente integrante da classe média, uma vez que é beneficiária da assistência judiciária gratuita (não há nos autos a indicação da renda da autora).

Finalmente, não há justificativa ou atenuante para má prestação do serviço.

Considerando as diretrizes acima mencionadas, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, estabeleço como compensação dos danos morais o valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e dos danos estéticos a quantia de R\$15.000,00 (quinze mil reais).

DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Ação temerária é a ação emulativa, desprovida de fundamentos fáticos ou jurídicos, exercitada apenas por cizânia. É temerária por lhe faltar possibilidade mínima de prosperar, mercê da ausência de elementos razoáveis de convicção para tornar plausível o interesse de exercitar a pretensão à tutela jurídica.¹⁷

O artigo 17 do Código de Processo Civil enumera os deveres processuais das partes e todos eles podem ser sintetizados na expressão “boa-fé”.

Comentando o aludido dispositivo legal, o colendo Superior Tribunal de Justiça se manifestou nos seguintes termos, a saber:

“Também a alteração intencional da matéria fática, com descrição de situações não ocorridas fora do processo ou verificadas de forma diversa, implica exposição dos fatos em desconformidade com a verdade, configurando quebra de dever processual (art. 14, I) e, conseqüentemente, litigância de má-fé, como disposto no inciso II do artigo em exame. Nessa linha, não procede com boa-fé a parte que nega fato que sabe existente, ou afirma fato de cuja inexistência tem conhecimento”.¹⁸

17 COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*: 7ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Júris Editora, 2008.

18 STJ, EDREsp 175948/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, J. 6.4.1999, DJ 10.5.1999.

Analisando os autos, não ficou demonstrado que a promotente e a ré agem de forma temerária e que não cumprem com o dever de lealdade processual, criando ou deturpando os fatos no intuito de induzir a erro o julgador, razão pela qual indefiro o pedido de condenação nas penas da litigância de má-fé.

DISPOSITIVO

Ante as razões expendidas, com espeque no artigo 5º, inciso V, da Constituição da República e nos artigos 6º, incisos VI e VIII, e 14 do Código de Defesa do Consumidor, **julgo parcialmente procedente o pedido inserto na exordial** e condeno a promovida ao pagamento à autora da indenização de:

R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), alusivos aos danos morais; e
R\$15.000,00 (quinze mil reais), relativos ao dano estético.

Denego o pedido de condenação da autora e da ré nos consectários da litigância de má-fé, porquanto não configuradas as hipóteses previstas no artigo 16 *usque* 18 do Código de Processo Civil.

Afasto a responsabilidade da denunciada em ressarcir à ré/denunciante o valor da indenização por danos morais e estético, a um, porquanto há exclusão expressa de tal reparação no contrato de seguro (cláusula 3.2, alínea “r”, fl. 158); e a dois, posto que operou-se a prescrição ânua da pretensão da denunciante/segurada em face da denunciada/seguradora, a qual ora pronuncio, com espeque no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil e artigos 202, inciso I e parágrafo único, 206, §1º, inciso II, alínea “a”, e 2028, todos do Código Civil Brasileiro de 2002.

Em virtude da sucumbência recíproca e considerando que a promovida sucumbiu na maior parte, condeno-a a pagar honorários advocatícios a ordem de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (artigo 21 do Código de Processo Civil).

Deixo de condenar a denunciada ao pagamento de honorários advocatícios, porquanto a sua resistência limitou-se aos mesmos argumentos constantes na contestação atravessada pela ré, não chegando a criar embaraços no trâmite processual.

STJ - PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. DENUNCIACÃO DA LIDE. “À vista da natureza condicional da denunciação da lide, a respectiva procedência só induz a condenação em honorários de advogado, quando for objeto de resistência; se aderiu, simplesmente, à defesa que o denunciante opôs ao autor da demanda, sem negar sua responsabilidade acaso procedente a ação, o denunciado não está sujeito ao pagamento de honorários de advogado. Recurso especial conhecido e provido”¹⁹

19 STJ – T3– REsp 285723/RS – Rel(a). Ministra Nancy Adrighi – J. 12/11/2001 – DJ 08/04/2002.

Condeno a ré ao pagamento das custas processuais, que deverão ser ressarcidas ao erário.

Em existindo atraso, após o trânsito em julgado, incidirão juros de 1% (um por cento) ao mês. Atualização monetária, na forma da lei e das Súmulas nº 43 e 362 do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Oficie-se a Excelentíssima Senhora Desembargadora Maria Estela Aragão Brillhante, remetendo cópia da presente sentença, a fim de instruir os autos da Reclamação aforada na Ouvidoria do TJ-CE (fl. 309).

Expedientes necessários.

Aquiraz, CE, 16 de junho de 2010.

Maria Valdileny Sombra Franklin
Juíza de Direito Titular

Ação de Restituição de Tributo

Maria Valdileny Sombra Franklin

SENTENÇA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ITBI. DESFAZIMENTO DO NÉGOCIO JURÍDICO. RESTITUIÇÃO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

RELATÓRIO

(...) ajuizou a presente AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO ONEROSA DE BENS IMÓVEIS POR ATO INTER VIVOS em face do MUNICÍPIO DE (...), ambos qualificados nos autos, aduzindo, em suma, que:

Em 22/09/2010, a requerente protocolizou na Secretaria de Finanças do Município de (...) um formulário para a restituição do ITBI, decorrente de contrato de compra e venda celebrado entre a requerente e terceiro, que não se efetivou;

Dada a previsão de 3 (três) dias para a restituição por parte da Secretaria de Finanças, a mesma não ocorreu face ao argumento de que a documentação necessária para a referida restituição estaria incompleta.

Do exposto, a demandante requereu a restituição do valor do tributo, devidamente corrigido e atualizado monetariamente desde a data do pagamento e a condenação do requerido em danos morais.

A exordial foi instruída dos documentos de fls. 06/10.

Citado (fl. 14v), o promovido apresentou a contestação de fls. 17/23, instruída dos documentos de fls. 24/48, aduzindo, em síntese, que:

Há falta de interesse de agir da requerente, eis que não houve indeferimento da administração do pleito de restituição, encontrando-se o feito ainda em fase de análise pela autoridade competente;

O pedido de restituição ocorreu apenas em 22/09/2010, o que não justificaria a alegação de demora desarrazoável do processo, tendo em vista que a própria requerente teria contribuído para a demora, deixando de apresentar documento indispensável para a instrução do pleito, o que ocasionou a suspensão do pedido até a apresentação do documento solicitado;

A restituição do tributo jamais poderia ser efetivada no prazo de três dias, em virtude do trâmite processual cauteloso da Administração;

Inexiste o alegado dano moral, eis que não há conduta ilegal praticada pelo requerido.

5. Às fls. 50/52 vê-se a réplica, na qual a requerente alegou que apresentou, junto ao pedido de restituição, a matrícula do imóvel, documento considerado indispensável para a apreciação do pleito pela Administração Pública, conforme se verifica à fl. 44; bem como reiterou a afirmação de existência de danos morais, em virtude dos transtornos sofridos pela postulante e do descaso do requerido.

6. O feito foi saneado e a conciliação restou infrutífera, sendo requerido o julgamento antecipado, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil (fls. 53, 56 e 62).

FUNDAMENTAÇÃO

DA PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO (FALTA DE INTERESSE DE AGIR):

A promovente não é carecedora de ação, eis que é parte legítima *ad causam* e *ad processum*, bem como possui interesse processual (necessidade/adequação) na obtenção do provimento jurisdicional.

O interesse de agir, instrumental e secundário, advém da necessidade de obter através de um processo a proteção ao interesse substancial ou primário.

O interesse processual reside não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, eis que a tutela jurisdicional não pode ser outorgada sem uma necessidade.

Assim, só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação.

“O direito de ação é o direito público subjetivo à prestação jurisdicional do Estado. Para obter a solução da lide (sentença de mérito), incumbe, porém, ao autor atender a determinadas condições, sem as quais o juiz se recusará a apreciar seu pedido: são elas as *condições da ação*, ou *condições do exercício do direito de ação*.

(*Omissis*)

Assim, para se obter uma composição do litígio (mérito), a parte tem que não só constituir uma relação processual válida, como também satisfazer as condições jurídicas requeridas, para que o juiz, dentro do processo, se manifeste sobre seu pedido”¹

1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: vol. I, 9ª ed., Ed. Forense, p. 311.

Na hipótese sob comento, o provimento jurisdicional requerido pela demandante é útil e necessário, notadamente em virtude da pretensão resistida.

Ademais, o prévio esgotamento da esfera administrativa não é condição *sine qua* à propositura da demanda, porquanto o acesso à justiça é inafastável, conforme o preceituado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República.

Este é o entendimento dos pretórios, a saber:

“Ainda quando exigida em lei a exaustão das vias administrativas, sua falta não impede o acesso do interessado às vias judiciais”²

STJ – TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTO SUFICIENTE INATACADO. SÚMULA 283/STF. NÃO CONHECIMENTO. INTERESSE DE AGIR E REQUERIMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. IMPOSTO DE RENDA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR ADESÃO A PLANO DE APOSENTADORIA INCENTIVADA. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 215/STJ. HONORÁRIOS. SÚMULA 07/STJ.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.

2. A competência atribuída pelo art. 105, III, da Constituição Federal ao STJ restringe-se à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, sendo inviável a apreciação, por esta Corte, de matéria constitucional.

3. Não pode ser conhecido o recurso especial que não ataca fundamento que, por si só, é apto a sustentar o juízo emitido pelo acórdão recorrido. Aplicação analógica da Súmula 283 do STF, *in verbis*, “inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente, por si só, à manutenção do julgado e o recurso não abrange todos eles”.

4. Resta caracterizado o interesse de agir quando o recurso do contribuinte é negado pela Secretaria da Receita Federal. Ademais, a jurisprudência desta Corte, há muito, sedimentou entendimento no sentido de que é desnecessária a exaustão ou a provocação da via administrativa para se demonstrar tal interesse.

5. “A indenização recebida pela adesão a programa de incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do imposto de renda. (Súmula 215/STJ). Precedentes.

6. Nos casos previstos no art. 20, § 4º, do CPC, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, que levará em conta o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

2 RJTJESP 92/161.

7. Nessas hipóteses, não está o juiz adstrito aos limites indicados no § 3º do referido artigo (mínimo de 10% e máximo de 20%), porquanto a alusão feita pelo § 4º do art. 20 do CPC é concernente às alíneas do § 3º, tão-somente, e não ao seu caput. Precedentes da Corte Especial, da 1ª Seção e das Turmas.

8. Não é cabível, em recurso especial, examinar a justiça do valor fixado a título de honorários, já que o exame das circunstâncias previstas nas alíneas do § 3º do art. 20 do CPC impõe, necessariamente, incursão à seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ e, por analogia, da Súmula 389/STF.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.³ (Destaquei).

Destarte, em face do não acolhimento pela Constituição da República de 1988 da denominada “jurisdição condicionada” ou “instância administrativa de curso forçado”, improcede a preliminar de carência de ação suscitada.

DO MÉRITO PROPRIAMENTE DITO

DO PAGAMENTO E DA RESTITUIÇÃO DO ITBI

Conforme dispõe o artigo 176, inciso I, da Lei Complementar Municipal nº 02, de 23 de dezembro de 2009, o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis *Inter Vivos* (ITBI) será devolvido, no todo ou em parte, quando não se completar o ato ou contrato, por força do qual tiver sido pago.

Já o artigo 56, §§1º e 2º, do aludido diploma legal estabelece que o pedido de restituição será instruído com os documentos originais que comprovem a ilegalidade ou irregularidade do pagamento, cujo valor será atualizado através da correção monetária dos créditos fazendários.

In casu, a promovente comprovou o recolhimento do ITBI pertinente ao imóvel objeto da Matrícula nº (...) do Ofício de Registro de Imóveis desta comarca (vide certidão atualizada de fl. 10), através do Documento de Arrecadação Municipal nº (...) (fls. 07/08), onde se vê a respectiva chancela bancária.

No que concerne ao negócio jurídico que serviu de fato gerador para a incidência do ITBI, constata-se que a compra e venda (entre a suplicante e o senhor (...)) não se concretizou, conforme se infere da declaração de fl. 42.

Também ficou provado que a postulante requereu a restituição do ITBI (protocolo nº 012542/2010), em 22/09/2010, junto à Secretaria de Finanças e Planejamento do Município de (...) (fl. 09).

3 STJ – T1 – REsp 841676/PE – Relator Ministro Teori Albino Zavascki – J. 17/08/2006 – DJ 31/08/2006.

Configura-se, pois, a hipótese prevista no artigo 176, inciso I, da Lei Complementar Municipal nº 02, de 23 de dezembro de 2009, tornando-se premente a restituição do tributo na íntegra.

DO EVENTO DANOSO

O dano é o elemento essencial na etiologia da responsabilidade civil.

“O dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar”⁴

“Mesmo que o agente pratique conduta culposa ou dolosa, viole a lei ou abuse direito, se não causar dano não há que se cogitar em responsabilidade de reparação. Indenização sem dano acarreta em enriquecimento ilícito.”⁵

A reparação do dano moral é prevista no artigo 5º, inciso V, da Constituição da República, cujo valor deverá ser fixado mediante o prudente e moderado arbítrio do julgador.

“Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: ‘caráter punitivo’ para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter compensatório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido”⁶

“A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido”⁷

Compulsando detidamente os fólios, verifica-se que o pedido administrativo de restituição do ITBI foi protocolizado em 22/09/2010, ou seja, cinco meses antes da propositura da presente ação.

4 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*: v. II, 10ª ed. Ed. Forense, p.713.

5 CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*: 2ª Ed., Ed. Impetus, 2008, p. 906.

6 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*: 9ª ed., Ed. Forense, p. 55.

7 Id ibidem, p. 60.

A Administração Pública, em sede de contestação, alega que a postulante não instruiu o pedido administrativo com a certidão da matrícula do imóvel, o que impediu a normal tramitação do processo administrativo.

Todavia, após a análise do processo administrativo de restituição (juntado pelo promovido às fls. 39/48), infere-se que a postulante instruiu o seu requerimento administrativo com a certidão atualizada (datada de menos de trinta dias) da Matrícula nº (...) do Ofício de Registro de Imóveis da comarca de (...) (vide fl. 44 destes autos e fl. 05 do processo administrativo).

Conclui-se que a certidão de fl. 44 (fl. 05 do processo administrativo) trata-se de “certidão” e não de “cópia da certidão”, eis que a informação de fl. 46 (fl. 07 do processo administrativo) não aponta qualquer pendência no processo administrativo, razão pela qual reputo a documentação apresentada pela suplicante como suficiente e adequada ao conhecimento do pedido administrativo.

Como não houve indeferimento administrativo do pleito, tampouco a deficiência da documentação apresentada, ocorreu na hipótese apenas a demora na conclusão do processo administrativo, demora esta que não pode ser imputada à demandante.

Insta ressaltar, por oportuno, que não é lícito a Administração Pública prorrogar indefinidamente a duração de seus processos, pois é direito do administrado a apreciação do requerimento em tempo razoável, *ex vi* do artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República.

Os princípios constitucionais insculpidos no artigo 37 da Constituição da República aplicam-se ao processo administrativo, constituindo dever da Administração Pública pautar seus atos pelos princípios constitucionais, notadamente pelo princípio da eficiência, que se concretiza também através do cumprimento dos prazos legalmente determinados.⁸

Observe-se que o município de (...) é assaz desenvolvido e possui população superior a 350.000 habitantes, integrando a região metropolitana de (...), sendo fato sabido e notório o considerável número de processos administrativos ali em trâmite.

Não se pode, destarte, pretender que o pedido de restituição do ITBI seja apreciado no exíguo lapso apontado na peça basilar.

Malgrado indesejável, a aludida demora (cinco meses até a propositura da demanda) não se mostra absurda ao ponto de causar constrangimento à autora, porquanto necessário o *due process of law*.

Por conseguinte, não vislumbro na espécie a existência de dano passível de reparação por abalo moral, porquanto a demora na restituição do ITBI não chegou a causar prejuízo imaterial indenizável, mas, somente meros aborrecimentos.

8 STJ – T2 – REsp 1031533/MS – Relator Ministro Castro Meira – J. 06/05/2008 – DJe 16/05/2008.

DISPOSITIVO

Ante as razões expendidas, **julgo parcialmente procedente o pedido inserto na exordial** e condeno o promovido a restituir à autora o valor de R\$1.120,00 (um mil cento e vinte reais), pertinente ao ITBI objeto da guia nº (...), o qual deverá ser corrigido na conformidade do artigo 303 da Lei Complementar Municipal nº 02, de 23 de dezembro de 2009, a partir da data do pagamento do tributo (27/08/2009).

Denego o pedido de reparação dos danos morais, eis que inexistente o dano.

Em virtude da sucumbência recíproca e considerando que o réu sucumbiu na maior parte, condeno-o a pagar honorários advocatícios à ordem de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (artigos 20, §3º, e 21 do Código de Processo Civil).

Condeno o promovido ao pagamento das custas processuais, já adiantadas pela suplicante.

Publique-se, registre-se e intime-se, com os expedientes necessários.

Maria Valdileny Sombra Franklin
Juíza de Direito Titular

Ação de Anulação de Registro de Nascimento

Maria Marleide Maciel Queiroz

SENTENÇA

Vistos etc.,

(...), todos devidamente qualificados nos autos, ingressaram inicialmente com a ação de anulação de Registro de nascimento da menor (...). O juízo da Vara de Registro Público encaminhou os autos para redistribuição, entendendo tratar-se a ação de matéria de competência da Vara de Família. A ação foi redistribuída a este juízo, que firmou a sua competência, recebendo-a como pedido de negatória de paternidade.

Diz à inicial que (...), marido da autora e pai dos demais exponentes, faleceu na data de 28/12/1991. No velório do *de cujus*, os autores souberam que o falecido havia registrado como filha a menor (...).

Arguem os suplicantes que a menor não é filha biológica do falecido, tendo em vista que este a registrara como sua filha em face de sua companheira tê-la adotado e posteriormente o falecido a registrou como filha. Por último alegam que o “de cujus” e sua companheira registraram como deles, a filha de outrem.

Ao final requerem a procedência do pedido, com a anulabilidade do assento de nascimento da menor, a requerida, e a condenação no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 10 a 31

Citação às fls. 38.

Contestação apresentada às fls. 39/47, na qual a contestante argumenta que era casada com o sr. (...). Em maio de 1983, separou-se de fato, e no mesmo ano começou a manter um relacionamento com o falecido, (...).

Aduz a contestante que após o divórcio, passou a usar o nome de solteira. A época do registro da menor, ainda assinava com o nome de casada. Afirma, ainda, que o falecido compareceu ao cartório e registrou a menor como filha, que este não foi coagido, agiu de espontânea vontade.

Ao final requer a improcedência da ação.

Com a contestação juntou os documentos de fls. 48/57.

Réplica a contestação às fls. 59/67.

Depoimento pessoal do autor (...), constante às fls. 77/78.

Depoimento pessoal da representante da promovida repousante às fls. 79/80.

Depoimento de testemunhas às fls. 85, 86, 87, 88, 105, 106, 107, 108.

Memoriais da promovida às fls. 109/118.

Memoriais da promovente às fls. 119/122.

Parecer do Ministério Público às fls. 124/129.

É o relatório.

Passo a decidir:

A essência do pedido se traduz não somente no cancelamento do registro de nascimento, mas, outrossim, afeta a relação paternal entre a menor e o **de cujus**.

Compulsando os autos, observa-se diante da prova documental, certidão de nascimento e da prova testemunhal que o falecido, voluntariamente, compareceu ao Cartório de Registro Civil, declarando ser o pai da autora. Por outro viés, os autores, assim como as testemunhas afirmaram ser o **de cujus**, pessoa mentalmente sadia.

Durante a instrução restou provada que o falecido mantinha publicamente uma forte relação de pai e filha com a promovida, constituindo-se uma família tradicional, com pai, mãe e filha. Registre-se que, enquanto o Sr. (...) estava vivo, a paternidade não fora contestada.

Hodiernamente, o conceito de parentalidade ultrapassa a definição que envolve a vinculação genética entre pais e filhos, absorvendo aspectos de afeto e representação para a sociedade que é a chamada parentalidade sócio afetiva, demonstrando claramente, que família é muito mais do que laços de sangue, abrindo-se espaço para a valorização da parentalidade sócio afetiva.

Ademais os atributos do estado de filho são pessoais e por isso integram seus direitos da personalidade. O nome é o principal reflexo social deste estado. Planiol em sua obra(PLANIOL, Marcel de et RIPERT, Georges Derecho Civil), assevera “ possuir um estado é ter de fato o título correspondente, desfrutar das vantagens a ele inerentes e suportar seus encargos e mais, a posse de qualquer estado consiste em parecer frente aos olhos do público como possui-lo realmente. Para Orlando Gomes (GOMES, Orlando, direito de família. p.308) a posse de estado de filho é o conjunto de fatos que estabelecem, por presunção, o reconhecimento da filiação do filho pela família a qual pretende pertencer.

É importante reconhecer a projeção da posse de estado para conferir sensibilidade jurídica a determinados fatos sociais, captando elementos e valorizando situações que se colocam na busca da verdadeira família, há uma crescente e marcante relevância no conceito de posse de estado, notadamente quando não se confina a busca

da verdadeira filiação à observância de rígidas regras jurídicas, ainda mais quando a ligação biológica não orienta de modo absoluto e exclusivo a explicação da relação paterno- filial. Assim não é a verdade biológica da filiação que a posse de estado de filho serve prioritariamente. Ela mais se dirige a valorizar o elemento afetivo e sociológico da filiação, posto que a sua ausência pode por em dúvida o vínculo da filiação.

No caso em exame a parentalidade registral, ou seja, a lavratura do assento de nascimento do menor está sendo contestada, e os autores requerendo a sua nulidade, argumentando que o menor não é filho biológico do morto. Ora, em toda a instrução restou evidenciado pela promovida que de fato o falecido tinha pleno conhecimento de não ser o seu pai biológico, registrou-o elegendo a modalidade de adoção, conhecida na doutrina como “adoção a brasileira”, na qual o adotante, não se submete aos rigores do processo de adoção, simplesmente registra o filho de outrem como seu, a maioria das vezes, por desconhecimento da lei, e do ato ilícito.

Quando comparecem perante o oficial de registro civil, e declarando-se como pai e mãe do infante, passam a ser considerados, para fins legais, como sendo os genitores daquela criança, assumindo todos os encargos decorrentes dessa condição, ficando imbuídos do poder familiar. Agindo assim, o adotante, sem que se conclua a inexistência do dolo do agente, e que o registro visa exclusivamente ao bem estar da criança, a tipificação penal tem sido afastada pela jurisprudência, mormente quando se atinge uma motivação nobre, orientada por relevantes valores sociais e morais. Entendo que no caso em espécie, o falecido visava tão somente ao bem estar da criança.

Em apoio a essa tese a jurisprudência dos nossos tribunais tem decidido:

“(…) Negatória de paternidade- “adoção à brasileira”- confronto entre a verdade biológica e a sócio afetiva- tutela da dignidade da pessoa humana- procedência- decisão reformada- 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento da Súmula n. 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado de pessoa, que é emanção do direito de personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio afetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, protegerr-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado” (Tribunal de Justiça do Paraná -AC. 108.417-9- 2ª C. Civ.- Ac. 20110- Rel des. Accácio Cambi- unân.- J. 12.12.2001).

Ainda nesse sentido, decidiu o TJRS:

APELAÇÃO CÍVEL- AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE- ADOÇÃO A BRASILEIRA- Se o autor ao registrar a ré como sua filha sabia que ela não era sua filha biológica, operou-se a denominada “adoção à brasileira”, que é irrevogável. Apelação desprovida, por maioria vencido o relator. TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70003476488, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 06.11.2003).

Em síntese a adoção à brasileira, incorrendo o dolo, quando da confecção do registro e sendo o pai sabedor da inexistência do vínculo biológico é irrevogável.

Destarte, poder-se-ia aventar hipótese de ação negatória de vínculo parental nos casos em que o genitor registral nunca tivesse participado da vida do infante e com ele não mantivesse vínculo genético. Como o vínculo fosse apenas documental, em tese seria viável tal demanda. **In casu** restou demonstrado nos autos que o falecido participava da vida da infante e com ela mantinha laços afetivos de filiação; retirar da infante a condição de filho é ir contra os princípios do direito.

Tal valorização é evidente na jurisprudência, na qual a vinculação afetiva tem preponderado de forma cabal. Nesse sentido:

AÇÃO PARA ANULAR REGISTRO DE NASCIMENTO- LEGITIMIDADE ATIVA- VERDADE FORMAL, VERDADE MATERIAL E VERDADE SÓCIO AFETIVA- GRATUIDADE JUDICIÁRIA E EXECUÇÃO DA SUCUMBÊNCIA- (...) O de cujus teve muito tempo para renegar a sua paternidade. Tinha muitos meios de prova que não era pai. Contudo, preferiu viver como pai. Assumiu e se responsabilizou, sem ligar para o que a ciência genética poderá dizer. Um registro de nascimento deve atentar mais para que a verdade sócio afetiva do que para a verdade biológica, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70002016038, rel. Des. Rui Porta Nova. J. (08.03.2001).

Pelo o exposto, examinando pela lente da qual devem ser lidos os demais direitos e princípios constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana, diante das provas carreadas nos autos, doutrina e jurisprudência, julgo IMPROCEDENTE o pedido inaugural, condenando os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que desde logo arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

P.R.I

Fortaleza, 27 de outubro de 2006.

Maria Marleide Maciel Queiroz
Juíza de Direito Titular

Ação de Regulamentação do Direito de Visita de Menor

Maria Marleide Maciel Queiroz

SENTENÇA

Vistos etc.,

Tratam-se os autos de ação de regulamentação do direito de visita de menor, em provimento jurisdicional de urgência, relativo à menor (...), filha do requerente, (...), encontrando-se sob a guarda de sua mãe, (...).

Aduz, em síntese, o autor que a mãe da menor vem reiteradas vezes colocando obstáculos a visitação a sua filha, praticando ato ilegal, o que hoje se denomina de síndrome de alienação parental, retirando o direito da filha menor de ter a companhia do pai, que, desde 14 de março de 2007, se encontra impedido de qualquer contato com a menor.

Ao final, requer a regulamentação de visitas em finais de semana alternados de 8:00 às 19:00 horas de domingo, podendo o pai ficar 15 dias no período de férias escolares com a menor, e nas festividades de finais de ano de forma alternado, o natal com o pai e o final de ano com a mãe, no dia dos pais com o pai e no dia da mães com a mãe, devendo ter o pai o direito de participação na formação escolar da menor, pois que no pleno exercício do seu poder familiar, devendo este deixar a menor na creche ou escola que ela estuda nas quartas-feiras, participando efetivamente na formação da menor e deixar na casa da mãe até o horário de 19 horas.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 19 a 30.

Manifestação do Ministério Público às fls.32.

Decisão interlocutória às fls. 33/36 regulamentando a visitação durante os finais de semana ímpares, de forma alternada, de 8:00 de sábado às 19 horas de sábado; de 8:00 horas de domingo às 19:00 horas de domingo.

Citada a promovida, esta apresentou contestação às fls. 39/48 acompanhada de documentos de fls.49/84.

Em síntese, argumentou a promovida que o autor não tem o direito de visitação a sua filha em virtude de responder a vários processos criminais, inclusive a sua ex-companheira pela infringência a lei Maria da Penha. Que o autor mora em lugar pernicioso, e que este passou tempos sem ver a filha, porque esteve preso e recolhido

ao presídio em 15.8.2007 e sofreu um infarto fulminante no período de 27 de agosto de 2007 a 9 de setembro de 2007.

Requer a promovida a revogação da liminar concedida e o julgamento improcedente da regulamentação do direito de visita.

O Ministério Público emitiu parecer sobre o pedido de revogação da liminar concedida, assegurando o direito do autor em visitar a filha, manifestando-se pela manutenção da liminar concedida, uma vez que o autor no exercício do poder familiar tem o direito assegurado de visitar a sua filha.

Este juízo manteve a liminar de concessão ao direito de visita.

Incidentalmente o autor requer a busca e apreensão para assegurar o direito de visita a sua filha menor, tendo em vista a recusa da genitora da menor em permitir a visitação.

Concedida vista ao Ministério Público para se reportar ao pedido de busca e apreensão, manifestando-se o Parquet, pela concessão da busca e apreensão, para garantia do direito do pai em visitar a sua filha.

Em decisão fundamentada, às fls. 115, este juízo determinou a busca e apreensão da menor cumulada com aplicação de multa de trezentos reais por dia, caso haja descumprimento da ordem judicial pela genitora da promovida.

Petição da genitora da menor informando que em sede de agravo de instrumento, com fins de revogação da medida liminar concedida, o Desembargador Relator Francisco Lincoln Araújo e Silva, concedeu em parte a suspensividade postulada, determinando a reforma da decisão arrostada, fixando a visitação do autor a sua filha menor aos sábados das 8:00 às 18 horas, mediante acompanhamento de terceira pessoa indicada pela mãe. Requer a genitora da promovida, diante da decisão do egrégio tribunal, a revogação do despacho de busca e apreensão.

Em 17 de julho, este juízo suspendeu o processo, face a arguição de suspeição interposta pela genitora da menor.

Juntada aos autos as contra razões ao agravo de instrumento acompanhada de documentos, repetitivos, pois todos já existentes nos autos.

A exceção de suspeição, proc.º (...) foi julgada improcedente, retornando Este Juízo a presidir o feito.

Durante o período em que o processo ficou suspenso, inexistiu nomeação pelo Egrégio Tribunal de Justiça, de julgador para praticar atos considerados urgentes.

Designada audiência as partes não entraram em acordo, sendo ouvidas testemunhas, neste ato as partes trouxeram aos autos acórdão do julgamento do agravo de instrumento, (fls. 318/320) tendo este juízo determinado o cumprimento da decisão do Egrégio Tribunal de Justiça, com a visitação do autor a sua filha menor aos sábados de 8:00 às 18 horas, acompanhada de uma pessoa, conforme termo de audiência às fls. 300/301.

Audição de testemunha remanescente às fls.362/363, que foi ouvida somente como declarante.

Petição do autor aduzindo que a genitora da menor não está cumprindo as determinações judiciais.

Memoriais finais do autor, às fls.430/438.

Relatório do serviço social, às fls.411/453.

Em 18 de abril de 2011, apresentação dos memoriais finais da genitora da menor, às fls. 454/468.

Despacho, determinando vista ao Ministério Público em 20.05.2011.

Pedido do autor, para o julgamento da ação às fls.478/479.

Parecer do Ministério Público, às fls.481/482.

É o relatório.

DECIDO

Estatui o artigo 1.589 do C. Civil.

O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Por sua vez, a nossa Carta Magna, no artigo 227, estabelece:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A presente ação trata-se de pedido de um pai para visitar a sua filha menor. Esse **direito é sagrado**, é inerente ao exercício do poder familiar. A Declaração Universal dos direitos da criança informa que, para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa ser criada, sempre que possível, num ambiente de afeto e de segurança moral e material de modo a concretizar o ideal de formação e educação dos filhos comuns.

Os filhos têm a necessidade de contato e de comunicação recíproca e permanente com seus genitores, esse direito é do filho, é essencial, para a garantia de seu desenvolvimento completo e saudável, seja física e espiritual.

Retirar o mínimo direito do menor de lhe ser assegurado a visitação de seu pai, é usurpar um sagrado direito de filho.

Francisco Hernández Rivero, na sua obra *El derecho de visita*, dispõe:

“Trata-se de um sagrado direito de o filho não ver amputada sua vida de carinho, o contato, a relação e comunicação com pessoa que lhe é tão próxima humana e afetivamente, e cujos vínculos não se restringem aos pais, mas de estendem para os avós, irmãos e outras pessoas que fazem parte da vida do menor.”

No caso em exame, pleiteia o autor, desde o ano de 2007, o seu direito de visitar a sua filha menor. O autor não litiga para ter a guarda, somente quer ver reconhecido o seu direito de visitação. O mínimo do máximo que um pai deve dar ao seus filhos. Durante esse lapso temporal, várias foram as tentativas de fazer a genitora da menor entender que é um direito da menor Áurea de manter contato com o pai, entretanto, a guardiã não vem entendendo esse direito e dificultando de todas as formas o contato do pai com a menor.

É certo que o exercício do poder familiar pode ser destituído, visando sempre o bem estar do menor, nas hipóteses de **condenação a pena privativa de liberdade superior a dois anos, a alienação mental; o abuso de autoridade; a ausência e impossibilidade física de um dos genitores**. O autor não teve esse poder destituído, portanto, exerce simultaneamente em conjunto com a guardiã.

O poder familiar é irrenunciável, imprescritível, indelegável e consiste num *munus publicum*, exercido no melhor interesse do menor.

No pedido analisado, inexistem nos autos as hipóteses de destituição do poder familiar que retirassem do autor o seu direito de pelo menos visitar a sua filha, a menor (...).

A instrução fora realizada, as testemunhas ouvidas se reportaram ao autor como uma pessoa apta a visitar a sua filha, tendo em vista que o mesmo é pai de outros filhos.

Testemunha ouvida às fls. 305.

“..Que tem conhecimento que o autor tem dois filhos com a primeira mulher, e outra filha com a parte promovida, Que não tem conhecimento de nada que desabone a conduta do autor, que não tem conhecimento que o autor seja afeito a farras e bebedeiras e que leva uma vida social normal. ...”que atualmente o autor é separado mas vive com a primeira esposa, que o nome da primeira mulher e atual companheira do autor chama-se (...), que sabe que (...) é uma pessoa educada, ponderada que tem certeza que a menor for a casa desta ela irá receber bem, que atualmente o autor mora na av. (...)...Que o autor tem todas as condições de permanecer com sua filha menor, tendo em vista ser uma pessoa boa e de uma família tradicional...”

Testemunha, (...):

...”Que só tem conhecimento que quando a menor acompanha o autor esta não vai feliz, porque esta não tem muito contato com o autor. Que não tem segurança para falar dos motivos que levam a menor a não ter contato com o autor... Que tem conhecimento que as visitas do autor a filha menor estão sendo proibidas pela mãe.. Que os motivos pelos quais a Srª. (...) impede do pai de ver a filha é pelo fato da filha não se sentir bem, e a filha sempre sair chorando....Que tem conhecimento por ouvir falar que o autor já foi multado no trânsito por excesso de velocidade e avanço de sinal, que não sabe dizer o nome da pessoa que fez esse comentário.....Que faz algum tempo que viu na creche o autor denegrir a pessoa da Srª. (...).”

O relatório do serviço social não menciona nenhum indício que retirasse o direito da menor (...) de ver assegurado a visitação de seu pai, ao contrário, às fls. 347, aponta:

“...Salientaram que sempre que a creche não podia atender as solicitações da Sra. (...), algumas narradas acima, a mesma gritava com os profissionais, normalmente, essas situações eram assistidas por (...), talvez aí esteja um dos motivos pelos quais a menina não quer retornar para a creche.” “.Quanto ao pai de (...), declararam que ele sempre se interessou em perguntar pela filha e que tinha um comportamento educado, não havendo nada que o desabone.” “Diante das entrevistas realizadas e de nossas observações, é conveniente ressaltar, antes de qualquer coisa, que é preciso respeitar os limites e sentimentos de (...), que, no momento, vai para a companhia paterna, chorando. Considerando que, no início, a menina aceitou bem as visitas é importante que elas voltem a ocorrer de forma gradativa, com a presença de alguém da confiança da criança, no início. No entanto, obedecendo o ritmo da criança e principalmente com as mudanças da atitude da mãe, acreditamos que a menina vai se adaptando e logo que for possível ela deve ir com o pai sem acompanhante e conviver um maior tempo com o mesmo. É válido salientar que a presença do Sr. (...) na vida de (...) é saudável e muito importante para o seu bom desenvolvimento, considerando que o pai é fundamental na educação da filha, além do aspecto afetivo, que só poderá trazer segurança e tranquilidade e bem estar para a criança. Outra questão a se considerar é o ato da mãe ter nos dito que deseja que a filha tenha prazer em estar com o pai, logo é o momento da Sra. (...) demonstrar através de suas atitudes, procurando ajudar nesse contexto, pois seu papel é imprescindível no objetivo de fazer com que (...) volte a ter um bom relacionamento e mais convivência com o Sr. (...). “

Observamos que o relatório do serviço social é conclusivo no sentido de que a genitora da menor deve facilitar a visitação do autor a filha.

A Lei nº12.318, de 26 de agosto de 2010, (lei que dispõe sobre alienação parental) estabelece:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou a induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou o adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I- realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade. II- dificultar o exercício da autoridade parental; III- dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV- dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V- omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes, sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI- apresentar falsa denúncia contra o genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII- mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com outro genitor, com familiares deste ou com avós. Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda .

A lei acima citada resguarda direito fundamental da criança, não devendo as angústias mal resolvidas dos genitores interferirem no resguardo desses direitos. Como se reportou o Exmº Sr. Des. Relator Francisco Lincoln Araújo e Silva em sede de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória no presente feito. **“Não deve a criança ser objeto de disputa de caprichos dos pais, nem envolver-se em acusações recíprocas”.**

Este juízo, em cumprimento a decisão em sede de agravo de instrumento, que revogou a liminar concedida, determinando a visitação aos sábados das 08 às 18 horas, mediante acompanhamento de terceira pessoa indicada pela mãe, para fins de efetivo cumprimento da decisão, determinou aplicação de multa por dia de descumprimento da decisão, pleiteando o autor o ressarcimento do valor de R\$3.500,00 da multa, pelos dias em que a genitora da menor obstaculizou o seu direito de visitação, o que neste ato processual, reconheço como devido, devendo a sua execução ser efetuado, nos moldes do artigo 475-J do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, com esteio no artigo 227 da Constituição Federal, artigo 1.589 e seguintes do Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, demais princípios aplicáveis a espécie, analisando o conjunto

probatório dos autos, julgo parcialmente PROCEDENTE o pedido, uma vez que o autor demonstrou está apto a visitar sua filha, e em sentido contrário, a genitora desta não convenceu este juízo da incapacidade do autor em ter o direito de visita a sua filha reconhecido, regulamentando o direito de visitas nos seguintes termos:

O direito de visitação do autor, em respeito aos limites e sentimentos da menor, deverá ser feita de forma gradativa, com a presença de alguém da confiança da criança, indicada pela genitora desta, aos sábados das 08 horas às 18 horas, nada impedindo que a visitação seja modificada, atendendo sempre aos interesses da menor.

A visitação deverá ocorrer no sábado vindouro à data desta decisão.

Mantenho a multa de R\$500,00(quinzentos reais), por cada dia de descumprimento desta determinação judicial.

Expeça-se mandado judicial, obedecendo os exatos termos da presente decisão.

Sem custas, face ao deferimento das benesses da justiça gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Fortaleza, 27 de dezembro de 2010.

Maria Marleide Maciel Queiroz
Juíza de Direito

Ação - Reparação por Danos Morais

Maria Regina Oliveira Câmara

SENTENÇA

Trata-se de demanda com pedido condenatório entre as partes acima identificadas, ao fundamento de que, em razão dos cortes de energia feitos indevidamente pela promovida na residência do autor, teria causado vários transtornos na vida do promovente. Invocando a responsabilidade objetiva da ré, pede o autor à condenação da promovida no valor de **R\$5.200,00** (CINCO MIL E DUZENTOS REAIS) a título de danos morais. Juntou documentos.

A ré apresentou contestação alegando em preliminar a inépcia da inicial. No mérito a ausência de nexo de causalidade, sustentando que a suspensão do fornecimento de energia se deu amparada na Resolução 456/2000, por falta de pagamento, referente ao mês de setembro de 2004, cujo vencimento era em 28/10/04 e pago em 01/12/04, doc. fls.06. A notificação do corte foi expedida em 30/11/04 e este efetuado no mesmo dia.

Audiência de conciliação sem êxito, fls.09.

Instrução e julgamento as fls. 22, com emenda da inicial ficando o objeto do pedido restrito a indenização por cobrança relativa ao período de 2000, fls.08, por falta de pagamento relativo aquele imóvel da rua (...) onde o autor residiu e cujas contas se encontravam pagas, conforme os documentos acostados aos autos fls.08/10.

É o relatório. Decido.

No caso, com base na análise dos elementos probatórios, o autor, solicitou os serviços da ré, (...), em virtude de queda de energia em sua unidade consumidora conforme Termos de Ocorrências nºs (...) e (...), fls.05.

Diz que no mesmo dia recebeu uma equipe terceirizada da promovida, “(...)”, que na tentativa de resolver o problema provocou um curto circuito, deixando o medidor de energia ligado diretamente, para posteriormente ser trocado pela concessionária. Alega que em 08 de agosto de 2005 teve seu fornecimento de energia cortado sob a alegativa de que só voltaria à dele dispor se trocasse a caixa do medidor. A testemunha, (...), ouvida em juízo confirma as afirmações do autor as fls.60.

Conforme atesta o **Lauda Pericial**, fls.81 datado de 02/09/05, as anomalias encontradas no aparelho foram assim descritas: **“Medidor Destruído – Curto Circuito Interno – Selos do Medidor Normais”**.

Ressalto, por oportuno, que a ré em sua defesa as fls., 13 se restringiu a declarar que **“visando regularizar e normalizar a unidade de consumo em questão foi indicada a instalação de padrão trifásico externo com troca de medidor (NG 55), que não foi executado por impedimento do cliente, em 08 de agosto de 2005, o que acarretou o corte com base na Resolução 456/2000(docs.3/10)”**. Diz que não restou alternativa senão a de promover o corte de energia que lhe é assegurado pela previsão contida no **artigo 90, inciso IV** da referida Resolução.

Afirma que o autor antes de exigir, cobrar, protestar, discordar do procedimento efetuado pela suplicada, deveria verificar se cumpre ou não todas as obrigações como usuário do serviço de fornecimento de energia elétrica, especialmente no tocante a regularidade de seus aparelhos de medição de energia elétrica.

Verifica-se, as fls.33, na **Solicitação de Atendimento, SDA - nº (...)**, datada de 03/08/05 apresentada pela própria ré, que o autor solicitou uma vistoria e informa que houve descarbonização no medidor.

Desse modo, cumpriu sua obrigação de usuário e consumidor informando a Coelce que havia irregularidade em sua unidade de consumo, reiterando a **SDA nº (...)** (**solicitação de atendimento**) **datada de 12/05/05, dia em que foi feita a ligação direta pela equipe da (...)**.

O laudo de aferição realizado pela Concessionária apontou que o Medidor estava destruído por curto circuito interno e a selagem era normal. Uma vez que o laudo afirma que o medidor estava destruído por curto circuito, só restavam duas alternativas para que fosse mantido o fornecimento de energia elétrica para a unidade consumidora: **a ligação direta ou a substituição do medidor danificado por outro em condições de funcionamento**. Esta última hipótese de fato não ocorreu.

O relatado pelo autor e confirmado pela testemunha, (...), fls.,60 e declarações prestadas por (...), as fls.,62 **tem a sua confirmação** no próprio documento de **fls. 39** apresentado pela ré, que indica que o consumidor buscou previamente uma solução para ter o problema do medidor já resolvido pela Coelce, **desde 12 de maio**, mostrando assim que a Concessionária tinha conhecimento do problema muito antes da lavratura dos **Termos de Ocorrências nº(...), de 23/07/05 e nº (...), de 13/08/05**.

Constata-se, as fls.39, documento da ré - **Memória de Cálculo** – que a ligação direta foi feita pela **equipe de plantão da (...)**.

Confira-se o texto do Histórico da Cobrança:

SEM ÔNUS. CLIENTE COM FATURAMENTO TAXA MINIMA TRIFASICA NO MÊS DA COBRANÇA COMPATIVEIS COM A MEDIA DOS TRES ULTIMOS FATURAMENTOS, DEVIDO TER SIDO LIGADO DIRETO PELO PLANTÃO DO 196, ATRAVÉS DA SDA Nº (...), DE 12/05/05.

Este texto nos dá a certeza da veracidade dos fatos alegados pelo autor e que a Concessionária tinha conhecimento do problema muito antes da lavratura dos Termos de Ocorrências apresentados, motivo pelo qual **devem ser desconstituídos, anulando-se a cobrança de fls.78**, no valor de **R\$48,00(quarenta e oito reais) por consumo não faturado** decorrente do termo de ocorrência, nº (...), datado de 13/08/05, em que são cobrados 100kw pelo período de 05 dias (09 a de 13 de agosto de 2005), fls.,23

HISTÓRICO DA COBRANÇA

Por fim, a ré justifica que a suspensão do fornecimento se deu na forma do artigo 90, inciso IV da Resolução 456/2000.

Muito embora se reconheça a maestria com que foi esgrimada a contestação, vê-se que a promovida não trouxe aos autos, **parecer técnico de engenharia** que admitisse, que a manutenção do fornecimento de energia, poderia causar danos a pessoas ou bens, inclusive ao funcionamento do sistema elétrico da concessionária.

Presente, portanto, o **dano e o nexo de causalidade** entre o **evento danoso, CORTE INDEVIDO DE ENERGIA – conduta da ré** - e os constrangimentos sofridos pelo autor, por ter sido privado de serviço essencial, como também de ser acusado de desviar energia, imputação praticada pela prestadora do serviço de energia elétrica, surgindo daí o dever de indenizar.

Portanto, na presente hipótese exsurge a necessidade da ré indenizar o autor pelos danos morais que lhe causou, vez que, estes decorreram da própria equipe da (...), o que representa uma prestação inadequada do serviço de fornecimento de energia elétrica.

Não há como concluir que a ré que agiu dentro da legalidade, exercendo seu poder de polícia, uma vez que constatada que a ligação direta que ocasionou o “desvio de energia”, considerado fraude, foi procedimento da própria ré.

Não resulta em se reconhecer como legítimo o ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia consistente na interrupção do fornecimento do serviço, quando na verdade, foi ela mesma quem criou, pela ilicitude e gravidade do fato ensejador do corte de energia, ônus para o autor, ao ligar diretamente a energia, com o objetivo de depois cobrar o consumo mensal e aumentar seu lucro. Resta provada nos autos a ligação direta feita pela (...).

A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.

O art. 22, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, assevera que

“os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. O seu parágrafo único expõe que “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste código”. Já o art. 42, do mesmo diploma legal, não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Os referidos dispositivos legais aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.

Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por **credor econômica e financeiramente mais forte**. Afronta-se, assim, os princípios constitucionais da **MAGNA CARTA de 1988, art.1º incisos II e III, art.3º. e incisos, art.5º incisos, V,X,XXXII art.37,§6º,art.150,§ 5º e art.170,inciso V, DO ESTATUTO DO IDOSO, Lei 10.741/03, constitui ilícito civil,art.186 do Código Civil Brasileiro, enriquecimento sem causa,art.884 e crimes previsto no Código Penal, no Código de Defesa do Consumidor**. A ordem jurídico-constitucional não agasalha o enriquecimento sem causa, potencializando-se no interesse da concessionária em detrimento do interesse do consumidor.

O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

É devida indenização pelos constrangimentos sofridos pelo promovente.
Confira-se a Jurisprudência brasileira:

”AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE EM PROCESSO CAUTELAR CONCEDE LIMINAR ASSEGURANDO A CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA REMETENDO A DISCUSSÃO DO QUANTUM PARA AS VIAS ORDINÁRIAS - EFICÁCIA E UTILIDADE DO PROCESSO PRINCIPAL ASSEGURADA - ADMINISTRATIVO. DIREITO DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 22 E 42, DA LEI Nº 8.078/90 (CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR). 1. A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CAUTELAR, COMO SABIDO E CONSABIDO, DE CUNHO PROVISÓRIO, DESTINA-SE A ASSEGURAR A EFICÁCIA E UTILIDADE DO DIREITO ALEGADO NO PROCESSO PRINCIPAL, ONDE, ATRAVÉS DE COGNIÇÃO AMPLA, DISCUTIR-SE-Á E DECIDIR-SE-Á O DIREITO ALI INVOCADO. 2. TENDO A PARTE AJUIZADO MEDIDA CAUTELAR OBJETIVANDO A CONTINUIDADE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA, INDICANDO AÇÃO ORDINÁRIA PARA DISCUTIR FATURA, JÁ CONTESTADA EM RECURSO ADMINISTRATIVO, IMPROVIDO

AO FINAL, INCENSURÁVEL A DECISÃO JUDICIAL QUE DEFERE A LIMINAR NA CAUTELAR, REMETENDO TODA A DISCUSSÃO PARA AS VIAS ORDINÁRIAS, EM AMPLA COGNIÇÃO E CONTRADITÓRIO. 3. NÃO PODEMOS OLVIDAR QUE DE FATO COMPARECE CONDENÁVEL O ATO PRATICADO PELO USUÁRIO-CONSUMIDOR QUE DESVIA ENERGIA ELÉTRICA, PROCURANDO ENRIQUECER-SE ILICITAMENTE, PAGANDO MENOS DO QUE DEVE. 3.1 TAL ATITUDE SUJEITA-O ATÉ A RESPONDER PENALMENTE. 4. TODAVIA, ESTA VIOLAÇÃO NÃO PODE RESULTAR EM RECONHECER COMO LEGÍTIMO ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELA EMPRESA CONCESSIONÁRIA FORNECEDORA DE ENERGIA ELÉTRICA E CONSISTENTE NA INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DA MESMA, MÁXIME QUANDO TAL CONDUTA, ILÍCITA, NÃO ESTÁ DEVIDAMENTE COMPROVADA. 5. A ENERGIA CONSTITUI, NA ATUALIDADE, UM BEM ESSENCIAL, INDISPENSÁVEL MESMO À POPULAÇÃO, SUBORDINANDO-SE AO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DE SUA PRESTAÇÃO, TORNANDO-SE IMPOSSÍVEL A SUA INTERRUPÇÃO, A NÃO SER EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS E GARANTIDO O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 6. PORQUANTO E NA ESTEIRA DA JURISPRUDÊNCIA DO C. STJ, “ RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO QUE ENTENDEU NÃO SER CABÍVEL INDENIZAÇÃO EM PERDAS E DANOS POR CORTE DE ENERGIA ELÉTRICA QUANDO A CONCESSIONÁRIA SE UTILIZA DE SEU DIREITO DE INTERROMPER O FORNECIMENTO O CONSUMIDOR EM DÉBITO. O CORTE DE ENERGIA, COMO FORMA DE COMPELIR O USUÁRIO AO PAGAMENTO DE TARIFA OU MULTA, EXTRAPOLA OS LIMITES DA LEGALIDADE. 2. NÃO RESULTA EM SE RECONHECER COMO LEGÍTIMO O ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELA EMPRESA CONCESSIONÁRIA FORNECEDORA DE ENERGIA E CONSISTENTE NA INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DA MESMA, EM FACE DE AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE FATURA VENCIDA. 3. A ENERGIA É, NA ATUALIDADE, UM BEM ESSENCIAL À POPULAÇÃO, CONSTITUINDO-SE SERVIÇO PÚBLICO INDISPENSÁVEL, SUBORDINADO AO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DE SUA PRESTAÇÃO, PELO QUE SE TORNA IMPOSSÍVEL A SUA INTERRUPÇÃO. 4. O ART. 22, DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, ASSEVERA QUE “OS ÓRGÃOS PÚBLICOS, PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS, EMPRESAS, CONCESSIONÁRIAS, PERMISSONÁRIAS OU SOB QUALQUER OUTRA FORMA DE EMPREENDIMENTO, SÃO OBRIGADOS A FORNECER SERVIÇOS ADEQUADOS, EFICIENTES, SEGUROS E, QUANTO AOS ESSENCIAIS, CONTÍNUOS”. O SEU PARÁGRAFO ÚNICO EXPÕE QUE “NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO, TOTAL OU PARCIAL, DAS OBRIGAÇÕES REFERIDAS NESTE ARTIGO, SERÃO AS PESSOAS JURÍDICAS COMPELIDAS A CUMPRIR-LAS E A REPARAR OS DANOS CAUSADOS NA FORMA PREVISTA NESTE CÓDIGO”. JÁ O ART. 42, DO MESMO DIPLOMA LEGAL, NÃO PERMITE, NA COBRANÇA DE DÉBITOS, QUE O DEVEDOR SEJA EXPOSTO AO RIDÍCULO, NEM QUE SEJA SUBMETIDO A QUALQUER TIPO DE CONSTRANGIMENTO OU

AMEAÇA. OS REFERIDOS DISPOSITIVOS LEGAIS APLICAM-SE ÀS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. 5. NÃO HÁ DE SE PRESTIGIAR ATUAÇÃO DA JUSTIÇA PRIVADA NO BRASIL, ESPECIALMENTE, QUANDO EXERCIDA POR CREDOR ECONÔMICA E FINANCEIRAMENTE MAIS FORTE, EM LARGAS PROPORÇÕES, DO QUE O DEVEDOR. AFRONTA SE ASSIM FOSSE ADMITIDO, OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INOCÊNCIA PRESUMIDA E DA AMPLA DEFESA. 6. O DIREITO DO CIDADÃO DE SE UTILIZAR DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS PARA A SUA VIDA EM SOCIEDADE DEVE SER INTERPRETADO COM VISTAS A BENEFICIAR A QUEM DELES SE UTILIZA. 7. É DEVIDA INDENIZAÇÃO PELOS CONSTRANGIMENTOS SOFRIDOS COM A SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM A FIM DE QUE, E NADA MAIS, O MM. JUIZ APRECIE A QUESTÃO DO QUANTUM A SER INDENIZADO.” (DJ 23-09-2002, PÁG. 00277, RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO, ACÓRDÃO: RESP 430812/MG). Classe do Processo : AGRAVO DE INSTRUMENTO 20020020070029AGI DF; Registro do Acórdão Número : 178021; Data de Julgamento : 07/04/2003; Órgão Julgador : 3ª Turma Cível; Relator : JOÃO EGMONT LEÔNICIO LOPES; Publicação no DJU: 17/09/2003 Pág. : 26.”

DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

No caso sob comento, incontestado que o Autor permaneceu sem energia, fls. 24, devido à conduta praticada pelos prepostos da ré.

A conduta da prestadora de serviços foi indevida, vez que restou comprovado que inexistia qualquer razão para a efetivação do corte, pois as contas encontravam-se devidamente **pagas e não havia desvio de energia praticado pelo autor.**

Quanto à ocorrência de dano, infere-se que a falta de energia elétrica, causa transtornos incalculáveis. Frise-se que o corte foi realizado indevidamente, subtraindo-se do usuário a fruição do serviço essencial que fazia jus.

Não se pode dar guarida à tese de que o corte de fornecimento de energia – repito: **indevido** – não causa transtornos de monta a qualquer cidadão, ferindo, sim, os seus direitos da personalidade, extrapolando os limites da legalidade e afrontando a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o texto constitucional.

Revela-se evidente o constrangimento por que passou o autor pelo período em que sua energia foi cortada, fato reconhecido pela própria ré, não podendo usufruir de um bem de consumo, pelo qual paga em dia a tarifa correspondente, privando a ré de sua utilização por lapso temporal mais do que permitido.

Não há elementos suficientes nos autos para se acolher a excludente de responsabilidade, posto que tudo demonstrou que os fatos são de responsabilidade da prestadora de serviço, o que foi corroborado pela **litigância de má-fé.**

Sublinhe-se, por fim, que o valor fixado não deve ser tão expressivo, sob pena de representar enriquecimento sem causa, nem tão diminuto, a ponto de se tornar irrisório. Para ilustrar, transcrevo julgados da Superior Corte de Justiça:

“O valor de uma indenização por dano moral deve ser estipulado levando-se em conta as condições pessoais dos envolvidos, para se evitar que a quantia a ser paga pareça mais um ‘prêmio’ ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, por desproporcional ao padrão econômico da vítima” (STJ – 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha – J. 22/01/2001) -

“O arbitramento da condenação a título de dano moral deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, suas atividades comerciais, e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual, e às peculiaridades de cada caso.” (STJ – Resp. nº 173.366 – SP – 4ª T. Rel. Min. Sávio Figueiredo Teixeira – DJU 3/5/1999).

Inferre-se dos autos que a companhia de eletricidade, indevidamente, deixou de fornecer energia elétrica ao autor. E brado – **indevida** - por não haver qualquer razão para a conduta de seus prepostos.

Portanto, a indenização deve prosperar, porquanto presentes os elementos caracterizadores da obrigação, quais sejam, a **conduta, o nexo causal e o dano**.

Enfim, não podemos olvidar que de fato é condenável o ato praticado pelo ré, procurando enriquecer-se ilicitamente, cobrando além do devido. Tal atitude a sujeita até a responder penalmente, motivo pelo encaminhamento dos autos ao **Douto Representante do Ministério Público**, para tomar as providências que entender cabíveis, inclusive junto a ANAEEEL.

Este procedimento não pode resultar em reconhecer como legítimo ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia elétrica e consistente na interrupção do fornecimento da mesma, máxime quando os fatos foram de responsabilidade da própria ré.

No que concerne à fatura referente ao mês de agosto de 2005, ex vi dos documentos juntados aos autos, às fls. 22 e 35 não estão em consonância com os ditames da Resolução nº 456/2000, da ANEEL, em seus arts. 73 e 78 e 90, inciso IV.

Assim, está a ré em desacordo com as normas nas quais busca abrigo jurídico.

Por fim, tenho como cabível a **litigância de má-fé** eis que a mesma resta perfeitamente configurada, nos termos do artigo 17, incisos I, II, III e V do Código de Processo Civil. A ré às fls. **12/39**, tenta de forma maliciosa confundir a julgadora

de primeiro grau, diante das afirmações alegadas, juntando documento, que mostra conteúdo totalmente diverso do alegado, alterando intencionalmente a verdade, postergando o princípio da lealdade processual, art.14, inciso I, com descrição de situações não ocorridas implicando a exposição dos fatos em desconformidade com a verdade, pretendendo com isso, dada a relevância da matéria que alega “desvio de energia praticada pelo autor” excluir sua responsabilidade na ação, objetivando a **improcedência da ação**. Neste sentido assevera Arruda Alvim (CPC Comentado, RT, 1975, vol. II/131):

“A lealdade e a boa-fé são regras informativas de caráter ético, abrangente de todas as atividades das partes, desde o início, durante todo o procedimento, inclusive, no desdobramento recursal”.

Alcides de Mendonça Lima, a seu turno, afirma que:

“O Código procurou cobrir todos os atos de possível má-fé, realizados com intuito, não de obter um direito, mas sim, de protelar o desfecho do processo ou de embaraçar o adversário, em detrimento, outrossim, da própria justiça” (Probidade Processual e Finalidade do Processo, ed. Vitória, 1978, págs. 59/60).

Diante dessa conduta de má-fé da requerida, impõe-se a aplicação da multa no valor de 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenização de 20% (vinte por cento) do valor da causa, em favor do autor, artigo 18 do CPC.

Isto posto, julgo procedente o pedido do autor condenando a ré ao pagamento de **R\$3.000,00(três mil reais)** a título de danos morais, a (...), com juros a razão de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária a partir do ajuizamento da ação, mais a multa no valor de 1% sobre o valor da causa, o que o faço por sentença nos termos do artigo 269, inciso I, c/com os artigos 17, incisos I e II e 18 todos do CPC, para que surta seus jurídicos e legais efeitos. Após o trânsito em julgado, aplico a multa diária de R\$500,00, pelo não cumprimento da sentença.

Dê-se vista ao Douto Representante do Ministério Público.

P.R.I.

17 de abril de 2006.

Maria Regina Oliveira Câmara
Juíza de Direito

Ação de Anulação de Casamento

Maria Regina Oliveira Câmara

SENTENÇA

Cuida-se de ação proposta por S. V. contra J. H. com fundamento no artigo 1556 e 1557 do Código Civil Brasileiro.

Em rigor, o prazo para ajuizamento da ação de anulação de casamento fundada no erro essencial, previsto no Artigo 1.557 do Código Civil, é de três anos, contados a partir da celebração do casamento, nos exatos termos dos artigos 1.560, inciso III, do mesmo diploma legal.

In casu, a autora interpôs a ação de anulação, um ano e nove meses após a celebração do casamento, configurando, portanto, a tempestividade do direito pretendido.

Juntou documentos, requereu a gratuidade da justiça e a procedência da ação.

O réu não apresentou contestação, sendo defendido pela Curadoria. Foi produzida prova testemunhal.

Manifestação do Ministério Público pela procedência do pedido de anulação.

É o relatório.

Decido.

Da gratuidade da justiça

Para a concessão do benefício da assistência judiciária, é suficiente o requerimento da parte, desde que não seja produzida prova em contrário, quanto à inexistência de requisitos essenciais para tanto (LAJ, artigo 7º).

Atente-se, por oportuno, à nota inserta por Theotônio Negrão¹¹, a teor da Lei nº 1.060/50 (Lei da Assistência Judiciária), conforme transcrevo a seguir:

“Para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação da sua pobreza, até prova em contrário.”(STJ – 1ª Turma, Resp 386.684-MG, rel. Min. José Delgado, j. 26.2.02).

Defiro a gratuidade requerida.

1 In Código de processo Civil, art. 4º, nota 1b, 36ª Edição. Editora SARAIVA – 2004.

O pedido formulado na petição inicial destes autos, para o fim de decretar a anulação do casamento das partes está fundamentado em erro essencial quanto à pessoa do varão.

O promovido foi citado por edital por se encontrar em lugar incerto e não sabido, sendo sua defesa apresentada pelo Curador Especial, assegurando-lhe o contraditório e a ampla defesa.

As partes conheceram-se em 00 de xxxx de 000, em uma festa a fantasia promovida pela turma da faculdade da requerente. O réu demonstrava ser pessoa de bem e logo adquiriu a confiança da Autora e de seus familiares.

Pouco menos de 01(um) ano após se conhecerem, o promovido conseguiu que os pais da requerente fossem seus fiadores num imóvel que estava para alugar. Em data de 0 de xxx, fls. consta declaração que o promovido realizou a troca de fiança do contrato de locação do imóvel alugado efetuando o pagamento de caução.

Diz à autora que teve que antecipar a data de casamento previsto para o dia 00.00.000, quando fariam um ano de namoro para o dia 00.00.00, uma vez que o promovido perdeu os dois empregos de professor, respectivamente nas faculdades em que exercia o magistério.

Afirma que em virtude do visto do promovido, este não podia tirar a carteira de trabalho, motivo da antecipação do casamento.

Logo após o casamento iniciaram-se os problemas e a partir daí a Autora percebeu que se casou com uma pessoa completamente diferente daquela que havia conhecido e escolhido para ser o seu marido.

Relata a inicial fatos que, em tese, poderiam dar guarida à pretensão da autora, com poucos meses de casada, de que teria incorrido em erro essencial sobre a pessoa do réu. É que o art. 1.557, inciso I, do Código Civil vigente, reproduzindo a redação do art. 219, I, do Estatuto Civil de 1916, estabelece a possibilidade de anulação do casamento quando o conhecimento ulterior de fatos que digam respeito à identidade, honra e boa fama do cônjuge torne insuportável a vida em comum.

Pois bem, o erro de que se cogita no referido dispositivo é aquele que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal, que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum para o cônjuge enganado.

Portanto, para ver acolhida a sua pretensão, a autora deve comprovar o erro - quanto à identidade física, civil ou moral - e seu conhecimento posterior ao casamento, que torne a vida em comum insuportável.

Consoante se vê na documentação apresentada pela autora o que pretendiam os litigantes era a separação judicial e o divórcio.

Não há na conduta do promovido, seja anterior ao casamento, seja em fase posterior à sua celebração, qualquer mácula que permita concluir que ele tenha enganado a requerente ou que ela pudesse se enganar quanto à pessoa com quem se casou. Nesse aspecto veja-se o documento de fls.e os e-mails acostados aos autos as fls.

Em verdade, os fatos trazidos aos autos pela autora, constituem insuportabilidade da vida a dois, que poderiam ensejar sua dissolução, nos termos do art. 1.572 § 2º do CC.

Conforme sinalizaram as partes, as fls., verso, a causa de pedir que motivou a propositura da presente demanda não se coaduna com o pedido de anulação de casamento.

No caso em apreço ficou constatado que o casal, durante o mês que permaneceu casado, mantinha uma rotina diária de vida em comum, não obstante os problemas relacionados à coabitação.

Não se decreta a anulação com base no art. 1.557, I, do Código Civil, apenas porque houve incompatibilidade de gênios, pois só a recusa aos deveres conjugais inviabiliza a consumação do casamento, o que não é o caso dos autos, pois, conforme visto, os consortes mantiveram relações sexuais durante o tempo de matrimônio.

Nesse sentido, veja-se julgado do Tribunal de Justiça do DF:

“ANULAÇÃO DE CASAMENTO. CITAÇÃO POR ATO DO ESCRIVÃO. VALIDADE. INEXISTÊNCIA DE RECURSO PELO CURADOR AO VÍNCULO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RECUSA AO DÉBITO CONJUGAL. CASAMENTO NÃO CONSUMADO. ANULAÇÃO. (...) Confirma-se a Sentença que anula casamento não consumado pela recusa do consorte em cumprir o débito conjugal, frustrada uma finalidade essencial do matrimônio.”²(grifou-se)

As alegações da inicial que a requerente foi induzida a erro pelo requerido, fazendo passar por pessoa responsável, estável e disposta ao casamento, utilizando-se da boa-fé da requerente e de sua família, transformando o relacionamento amoroso em meio para usufruir de uma vida civil plena no Brasil, não procedem.

Faço breves considerações sobre o *error in persona* do outro cônjuge.

O Código Civil permite a anulação do casamento por vício de vontade, na qualidade de erro essencial quanto à pessoa do outro (art. 1556).

O inciso I, do art. 1557, do Codex civilista ensina que esse erro essencial diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo que tal torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. Observa-se que o erro sobre a pessoa do outro cônjuge deve ser tão grave que, se conhecido pelo nubente enganado,

2 ROF 68194, Relator GETÚLIO MORAES OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, DJ 23/08/1995 p. 11.696.

impediria que se casasse, gerando, por ventura, um sentimento de humilhação e vergonha àquele que casou sem ter conhecimento de tal grave erro.

O mestre Carvalho Santos ensina em seu livro Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. IV, 11ª Ed. Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1987, p. 228, que *“a anulação somente será procedente se realmente o autor foi induzido a erro e que ao outro cônjuge faltam requisitos de honra e boa fama indispensáveis para que seja possível a vida em comum”*.

Entende-se por **honra** a dignidade da pessoa, que além de viver honestamente, pactua pelos ditames da moral e bons costumes, se traduzindo em considerações sociais. **Boa fama** é a estima social que a pessoa tem. Para o vocábulo **identidade**, o brilhante Sílvio **Rodrigues**, em seu livro Direito Civil, Volume 6, 23ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1998, p.91/93 ensina que *“na extensão do vocábulo identidade os escritores incluem a identidade física e a civil, ou social. (...) a identidade civil, seria ‘o conjunto de atributos e qualidades com que a pessoa aparece na sociedade’, e o erro sobre ela se manifesta como causa de anulação do casamento, quando alguém descobre, em seu consorte, após a boda, algum atributo inesperado e inadmitido, alguma qualidade repulsiva, capaz de, ante seus olhos, transformar a personalidade do mesmo, fazê-lo pessoa diferente daquela querida. (...)”*

Para que o **erro** seja considerado essencial, faz-se necessário que seja anterior ao casamento, e que o cônjuge enganado ignorava tal erro e a descoberta deste tornou insuportável a vida em comum.

Na esteira destes esclarecimentos, não vislumbro a anulação do casamento como pretendido pela a autora.

As partes ficaram juntas, entre amizade, namoro e noivado por um ano e durante este tempo, a autora afirmou que o promovido se mostrou por vários meses ser uma pessoa confiável, amável, disposta a ter um relacionamento estável, equilibrado e sadio com a requerente, contudo, após ao enlace, o que demonstrou foi ser alguém sempre ausente física e emocionalmente instável e inconsequente.

Em verdade, as alegações da autora não levam a uma configuração de anulação, mas sim de separação judicial, eis que pelos fatos transcritos na exordial e na documentação apresentada, os pontos fulminantes para o fim do casamento para a autora foram a ausência de amor e de sexo.

Ora, o casamento, em sentido lato, é uma instituição por deveras protegida pelo ordenamento jurídico, tanto é assim, que o art. 227 da Carta Magna dispõe que a família é a base da sociedade, e por isto, a anulação do matrimônio tem caráter de extrema excepcionalidade ocorrendo desde que presentes os requisitos exigidos em lei.

Entendo que o amor deve ser a força motriz para qualquer relacionamento entre seres humanos, mas uma vez faltante, em se tratando de matrimônio, não há de se falar em anulação do ato jurídico, válido e perfeito”.

A ausência do amor não gera a anulação do casamento, mas sim a **separação judicial ou o divórcio**, se assim as partes decidirem.

As provas colacionadas aos autos mostram que o casal pretendia a separação judicial ou o divórcio.

Nem no depoimento pessoal, a autora declarou que o promovido tenha cometido atos que ensejassem a anulação do casamento.

O **art. 1566 do Código Civil** preconiza que são deveres de ambos os cônjuges:

- I- fidelidade recíproca;
- II- vida em comum, no domicílio conjugal;
- III- mútua assistência;
- IV- sustento, guarda e educação dos filhos; e
- V- respeito e consideração mútuos.

O legislador elencou no artigo supracitado as hipóteses que configuram o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, sendo esta norma de natureza taxativa (*numerus clausus*). Mesmo ensejando acurada interpretação, face aos elementos de ordem subjetiva que a integram, a conclusão do hermeneuta não socorre a requerente.

Cabe ao juiz, no arguto exame da prova e das circunstâncias que envolvem o **CASAMENTO**, definir sobre o erro de identidade, honra e boa fama, de molde que o conhecimento ulterior pelo cônjuge enganado torne a vida em comum insuportável. (Sílvio de Salvo Venosa, in *Direito Civil: direito de família*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. VI, p. 128).

Acerca desse tema, ensina Maria Helena Diniz (in *Direito Civil Brasileiro*, 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. I, p. 194), verbis:

O estado civil recebe proteção jurídica de ações de estado, que têm por escopo criar, modificar ou extinguir um estado, constituindo um novo, sendo, por isso, personalíssimas, intransmissíveis e imprescritíveis, requerendo, sempre, a intervenção estatal. É o que se dá com a interdição, separação judicial, **DIVÓRCIO, ANULAÇÃO de CASAMENTO** etc., que resultam de sentença judicial.

O interesse público que envolve a matéria sob exame reclama análise norteada por temperamentos e extremos de cautela, pois a proteção, tutela e manutenção do **CASAMENTO** revelam a regra que permeia o instituto, dando-se a sua **ANULAÇÃO** em caráter de excepcionalidade que, aqui, data vênica, não encontra lastro jurídico-probatório.

Colaciono, em parte, voto da lavra do e. Des. Cláudio Costa (Ap. Cível n. 1.0000.00.168206-1/000, j. 24/2/2000, dec. unân.), que traça os requisitos

imprescindíveis à prevalência da exceção (**ANULAÇÃO do CASAMENTO**) sobre a regra (indissolubilidade do matrimônio), verbis:

“É que a **ANULAÇÃO** de um **CASAMENTO**, com fundamento em **error in persona**, tem que ficar cumpridamente provada, com prova inconteste e altamente convincente, pois o que predomina, em tema de **CASAMENTO**, é o princípio da indissolubilidade do mesmo, como condição básica à estrutura familiar, como pedra angular da própria sociedade.”

Observa-se, desta forma, que os fatos alegados pela autora nada mais é do que a falta de amor e o débito sexual. Todavia, isto não se amolda a um pedido de anulação de casamento.

A meu sentir, o problema fundamental para a autora era apenas se desvencilhar o mais rápido possível do promovido, pois o elo que os unia era apenas a legalidade. E tanto é verdade que as fls. a própria a autora acosta o e-mail afirmando que pretendia pedir a anulação do casamento, mas desistiu ao saber que havia 95% de chances de ser deportado do país.

Como relatado na exordial, a autora entrou com pedido de anulação de casamento quase um mês depois de receber o e-mail onde o promovido afirmou que encontrou alguém com quem pretendia casar num futuro próximo.

Não cabe aqui avaliarmos os sentimentos da autora, mas pelas suas próprias palavras, as fls. quando de seu depoimento, fls. percebe-se a dor que sentiu, pois “**esperou muito tempo pelo homem de sua vida e que acreditava ser este o promovido**”. É de se considerar que a requerente sofreu e foi bastante ferida.

Entretanto, não há mácula no comportamento do réu **anterior** ao casamento e mesmo **posteriormente**. O que pode ter ocorrido é que a inexperiência de ambos associado ao choque de uma vida em comum gerou uma dificuldade de aceitação por parte do promovido, prejudicando a vida conjugal.

Não há afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, isto porque, o próprio promovido afirma as fls. que tem muito carinho, respeito, admiração e amor pela autora, mas, no entanto, chegou à conclusão que deviam seguir seus próprios caminhos por serem diferentes, fls..

A jurisprudência brasileira assim se posiciona:

*“O estado civil revela atributo da personalidade e integra a dignidade da pessoa humana, consubstanciando um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III). O estado da pessoa, predicado da personalidade, deve refletir a sua qualidade perante a sociedade, produzindo efeitos jurídicos compatíveis com a realidade que a identifica. Ausentes os requisitos imprescindíveis à prevalência da exceção (anulação) sobre a regra (indissolubilidade), mantém-se o casamento”.*Processo nº (...), Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Nepomuceno Silva; Data do acórdão: 25.05.2004, Data da Publicação: 06.08.2004.

Isso quer dizer, em outros termos, que a autora deveria trazer para o bojo do processo fatos concretos, que comprometeriam a honra, a dignidade e o conceito social do promovido e que a requerente, no momento de manifestar o seu consentimento ao **CASAMENTO**, ignorasse por completo, ficando assim iludida na sua boa-fé e que tais fatos, comprometedores da honra e da boa fama do promovido, tornassem insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. E isto, definitivamente, não ocorreu, até porque a autora é pessoa esclarecida, de mais experiência de vida que o promovido. Assim, peço vênia ao douto representante do Ministério Público, deixando de acolher o parecer de fls entendendo não prosperar o pleito anulatório, ressentindo a pretensão falta de lastro jurídico probatório. Diante de tudo isto, repita-se, a narrativa constante da inicial não enseja, em princípio, a conclusão de que a via escolhida pela autora apresenta-se em consonância com a pretensão deduzida, razão pela qual, não demonstrados os requisitos dos artigos 1556 e 1557 do Código Civil não há como decretar a anulação do matrimônio podendo ser obstada, de plano, sua trajetória, mediante o indeferimento da inicial.

Deixo de decretar o divórcio direto eis que viola o art. 460 do Código de Processo Civil, pois concede tutela jurídica diversa daquela pretendida pela autora.

De acordo com a lição de Luiz Guilherme Marinoni (Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo – Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 422-423), no caso de a sentença deixar de julgar pedido formulado expressamente pela parte e, ao invés disso, conceder tutela jurídica diversa, poderá o tribunal cassar a sentença e substituí-la desde logo sem a necessidade de devolver os autos à instância inferior:

No caso de sentença infra e extra petita pode o tribunal determinar o retorno à primeira instância para prolação de nova sentença (ST), 1ª Turma, REsp 784.488/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 12.06.2007, DJ23. 08.2007, p. 212). Contudo, pode o tribunal em qualquer caso invalidar a decisão e substituí-la desde logo, sem a necessidade de devolvê-la desde logo para o primeiro grau de jurisdição (art. 515, §4º, CPC).

Isto posto, julgo improcedente a ação o que o faço por sentença nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC, para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Custas na forma da lei.

P.R.I.

Após o trânsito em julgado, archive-se com baixa na distribuição.

Maria Regina Oliveira Câmara
Juíza de Direito

Análise do Auto de Prisão em Flagrante com a Conversão da Prisão em Flagrante em Medidas Acauteladoras Diversas

Marlúcia de Araújo Bezerra

SENTENÇA

DECISÃO

Auto de prisão em flagrante n.º: (...).

Autuado: (...).

Autoridade policial regularmente constituída pelo Estado do (...), obedecendo a expressa disposição do art. 306 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei n.º 11449, de 15 de dezembro de 2007, comunicou a este Juízo a prisão em flagrante do autuado acima nominado, já devidamente qualificado, por fato classificado como infração ao **artigo 155, combinado com o art. 14, II, ambos do Código Penal**.

Observaram-se, na lavratura do instrumento sob exame, os preceitos estabelecidos pela Carta Magna, dando-se ciência ao preso dos direitos que lhe são assegurados.

Foram ouvidos, na conformidade do que dispõe o art. 304 do Código de Processo Penal, o condutor e duas testemunhas, estando o instrumento assinado como convém.

Prisão efetuada legalmente, nos termos do inciso I do art. 302 da Lei adjetiva penal, inexistindo, portanto, vícios formais ou materiais a inquina-la, razão porque **homologo** o procedimento sob exame.

¹Passo à avaliação da possibilidade de concessão, *ex officio*, de liberdade provisória.

O acusado é primário, inexistindo contra o mesmo condenação com trânsito em julgado (páginas 53/56), não bastando, para considerar presentes os motivos que ensejam o decreto de prisão preventiva, a gravidade da conduta, conforme sumulado pelo Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado do (...):

¹ Excerto do discurso “ORAÇÃO AOS MOÇOS”, proferido pelo inesquecível Ruy Barbosa, no ano de 1920, quando, na oportunidade, escutavam-no uma turma de advogados e juízes neófitos.

“A simples referência à gravidade em abstrato do ilícito constitui circunstância genérica que não deve ser considerada, isoladamente, para a demonstração da necessidade de decretação da prisão cautelar” (TJCE — Súmula 8 — DJCE 6/12/2004).

Em que pese a gravidade **da acusação** e o conseqüente dano que o delito causou ao meio social, em especial à pessoa da vítima, este juízo, sob pena de incidir em gravíssima violação ao princípio da presunção da não-culpabilidade, um dos pilares do Estado Democrático de Direito que anima a ordem constitucional brasileira, não pode deixar de avaliar as circunstâncias pessoais do acusado, exercício este imprescindível para se aferir a real necessidade da segregação preventiva, por cuidar-se de medida de natureza cautelar processual.

A manutenção do acusado intracárcere, por se tratar de prisão processual decorrente de flagrante delito, está adstrita ao juízo de necessidade, não se podendo vislumbrar, até o momento, motivos que autorizem o enclausuramento preventivo.

Iterativa a jurisprudência neste sentido:

“A prisão anterior à sentença condenatória é medida de exceção que só deve ser mantida quando evidenciada a sua necessidade. Assim, se a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal não correm perigo, não há como negar o benefício da liberdade provisória ao réu preso em flagrante. A gravidade do delito e o clamor público que costuma provocar não são fundamentos suficientes à cautela. Em boa hora foi abolida a obrigatoriedade da prisão preventiva do Código de Processo Penal” (TJSP - RT 654/296).

O benefício somente haveria de ser denegado se estivesse descrito nos autos, objetivamente, em que consiste a ameaça à ordem pública representada pela soltura do acusado, não servindo para isso, repita-se, pelos fundamentos acima expostos, simples menção à gravidade do comportamento típico cuja prática se lhe imputa.

A necessidade da fundamentação objetiva do decreto que instaura a medida constrictiva excepcional é um baluarte do próprio instituto:

“Prisão preventiva — Falta de fundamentação concreta de sua necessidade cautelar, não suprida pelo apelo à gravidade objetiva do fato criminoso imputado nulidade. “A fundamentação da prisão preventiva — além da prova da existência do crime e dos indícios de autoria, há de indicar a adequação dos fatos concretos à norma abstrata que autoriza, como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (CPP, arts. 312 e 315). A gravidade do crime imputado a um dos malsinados “crimes hediondos” (Lei 8072/90) não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar

necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, “ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (CF, art. 5º, LVII). Deferida a ordem de *habeas corpus*” (STF — RHC — 68631 — Rel. Sepúlveda Pertence).

Aliás, quanto ao perigo de se acatar motivações como: o clamor público; a habitual exortação dos acusadores à preservação da credibilidade das instituições ou dos poderes do Estado; o fato do réu responder a outras ações penais sem definitiva condenação; ou, ainda, a gravidade objetiva do próprio delito em apuração, como fundamentos para a decretação ou manutenção de uma prisão provisória, o eminente Ministro Gilmar Mendes, na qualidade de Presidente do colendo Supremo Tribunal Federal, ao deferir, em 29 de janeiro de 2010, a liminar concessiva do *writ*, no *Habeas Corpus* 102176/SP, fez expressa e salutar advertência:

“Os trechos transcritos revelam mera opinião pessoal do magistrado, demonstrando maior preocupação com o que possam pensar do Judiciário do que em analisar, com a necessária serenidade, a efetiva incidência de algum dos fundamentos da prisão preventiva, não se admitindo nesta Corte argumentos relativos à credibilidade do Judiciário como justificativa ao encarceramento provisório.

Nesse sentido:

EMENTA: “HABEAS CORPUS” - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NO CLAMOR PÚBLICO, NA SUPOSTA OFENSA À CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E NA CONJECTURA DE QUE A PRISÃO CAUTELAR SE JUSTIFICA PARA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. – (...) A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES NÃO SE QUALIFICA, SÓ POR SI, COMO FUNDAMENTO AUTORIZADOR DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional da prisão cautelar, a alegação de que a prisão é necessária para resguardar a “credibilidade da Justiça”. (HC nº 96.095/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 3 de fevereiro de 2009).
HABEAS CORPUS - ALCANCE - VERBETE Nº 691 DA SÚMULA DO

SUPREMO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - COMPATIBILIZAÇÃO. O Verbete nº 691 da Súmula da Corte há de ser tomado em harmonia com a Constituição Federal, não impedindo o Supremo de examinar situação jurídica a estampar, com o indeferimento de medida acauteladora em habeas corpus, ilegalidade, considerado o direito de ir e vir. PRISÃO PREVENTIVA - CRIME E CONSEQÜÊNCIAS - NEUTRALIDADE. A prisão preventiva, sempre de caráter excepcional, porquanto mitiga o princípio da não-culpabilidade, tem de estar alicerçada no artigo 312 do Código de Processo Penal. Não a respaldam o crime praticado e as respectivas conseqüências. PRISÃO PREVENTIVA - CREDIBILIDADE DO JUDICIÁRIO E DA POLÍCIA - INADEQUAÇÃO. A preservação da credibilidade do Judiciário e da polícia não deságua na custódia preventiva, deve ocorrer, isso sim, em estrita observância ao Direito posto. (HC 91.018/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 2 de dezembro de 2007).

Afora menções sobre o risco de descrédito ao Poder Judiciário que a liberdade do paciente poderia representar, a decisão concentra-se em fazer longas considerações sobre a gravidade do próprio fato investigado, também repisando a tese de que, não obstante investigado em procedimento distinto em curso perante a 2ª Vara Criminal Federal de São Paulo, a prática delituosa persistiria. Ora, é remansosa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre não se admitir juízo de valor sobre o mesmo fato investigado como justificativa à prisão preventiva, o que não é diferente no que diz com o fato de figurar o paciente como investigado em outro inquisitório, pois quanto a este, a exemplo do aqui discutido, não existe sentença condenatória que permita a certeza sobre o que se alega. Confira-se:

EMENTA: 1. PRISÃO PREVENTIVA. Medida cautelar. Natureza instrumental. Sacrifício da liberdade individual. Excepcionalidade. Necessidade de se ater às hipóteses legais. Sentido do art. 312 do CPP. Medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, a prisão preventiva deve ordenar-se com redobrada cautela, à vista, sobretudo, da sua função meramente instrumental, enquanto tende a garantir a eficácia de eventual provimento definitivo de caráter condenatório, bem como perante a garantia constitucional da proibição de juízo precário de culpabilidade, devendo fundar-se em razões objetivas e concretas, capazes de corresponder às hipóteses legais (fatispecie abstratas) que a autorizem. 2. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na gravidade do delito, a título de garantia da ordem pública. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Constrangimento ilegal caracterizado. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de necessidade de garantir a ordem pública, se funda na gravidade do delito. 3. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado no clamor público para

restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato. 4. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado no perigo de fuga do réu. Garantia de aplicação da lei penal. Ilegalidade. Decisão de caráter genérico e vago. HC concedido. Precedentes. Fuga do réu e garantia de aplicação da lei penal, sobretudo quando invocadas em decisão genérica, sem alusão a dados específicos da causa, não constituem causas legais para decreto de prisão preventiva. (HC nº 87.343/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 24 de abril de 2007).

Mostra-se plausível, assim, a tese da defesa de violação a direitos individuais do paciente, caracterizada quanto à ausência de justa causa para a prisão preventiva, (...)”.

Nota-se, portanto, pelos elementos informativos até agora inseridos nos autos, que não se fazem presentes razões concretas a ensejar prisão preventiva, medida extremada de exceção.

“Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados; como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito.”

Todavia, **as circunstâncias em que, segundo os relatos constantes no auto de prisão em flagrante, fora praticado o delito, recomendam a adoção das medidas cautelares diversas da prisão**, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 12403, de 4 de maio de 2011.

Imponho, portanto, com fundamento nos parágrafos 5º e 6º do art. 282 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 12403/2011, o cumprimento das seguintes medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos incisos do art. 319 do mesmo diploma legal, alterado pela supramencionada Lei, a serem cumpridas pelo autuado, sob pena de decretação da privação processual *ad cautelam* da liberdade do mesmo, até que tais medidas sejam expressamente revogadas:

1. **Comparecimento mensal em Juízo para informar e justificar suas atividades, devendo apresentar, em cada comparecimento, documento que comprove frequência regular em programa oficial de tratamento contra a dependência química que o acomete, conforme se infere dos elementos probatórios constantes no auto de prisão em flagrante.**

2. **Recolher-se à própria residência quando não estiver trabalhando, estudando ou em tratamento de saúde.**

Expedientes necessários à espécie de soltura, inclusive Alvará Combinado com Termo de Ciência de Medidas Cautelares e, se necessário, mandado de citação ou intimação, conforme o estado do processo principal, a ser cumprido se não houver outro motivo determinante da clausura.

O acusado deverá ser apresentado, pela autoridade administrativa responsável pela custódia, **ficando esta responsável também pela correta identificação do custodiado**, ao Oficial de Justiça encarregado da diligência de cumprimento do alvará de soltura.

O Oficial de Justiça, no ato da soltura, admoestará o acusado sobre a consequência de eventual descumprimento das medidas cautelares ora impostas, qual seja, decretação imediata de prisão preventiva.

Registre-se, cumpra-se, publique-se e intime-se.

Fortaleza/CE, 31 de julho de 2013.

Marlúcia de Araújo Bezerra
Juíza de Direito

Análise do Auto de Prisão em Flagrante com a Conversão da Prisão em Internação em Hospital Psiquiátrico

Marlúcia de Araújo Bezerra

SENTENÇA

DECISÃO

Autoridade policial regularmente constituída pelo Estado do Ceará, obedecendo a expressa disposição do art. 306, §1º do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, comunicou a este Juízo a prisão em flagrante do autuado acima nominado, já devidamente qualificado, por fato classificado como infração ao dispositivo legal **artigo 155, §4º, I do Código Penal**.

Observaram-se, na lavratura do instrumento sob exame, os preceitos estabelecidos pela Carta Magna, dando-se ciência ao preso dos direitos que lhe são assegurados.

Foram ouvidos, na conformidade do que dispõe o art. 304 do Código de Processo Penal, o condutor e duas testemunhas, estando o instrumento assinado como convém.

Prisão efetuada legalmente, nos termos do inciso I do art. 302 da Lei adjetiva penal, inexistindo, portanto, vícios formais ou materiais a inquiná-la, razão porque **homologo** o procedimento sob exame, sem prejuízo de futura reavaliação da regularidade do mesmo, se apresentadas outras peças de informação sobre o fato, ou empós a remessa a este Juízo dos fólhos do vindouro inquérito policial correspondente, ao qual determino o apensamento deste Auto.

O exame das condições pessoais do autuado revela que o mesmo é dependente químico, viciado no consumo da substância alucinógena vulgarmente denominada *crack* (páginas 13/14), tendo como única opção, para o sustento de tal dispendioso vício, a prática de crimes contra o patrimônio, situação que conduz legitimamente à suposição de que a liberdade dele é uma constante ameaça à ordem pública.

A sociedade, é fato público e notório, infelizmente, enfrenta, atualmente, verdadeira “epidemia de *crack*”. A doença atinge, além do usuário, a família deste, que assiste, impotente, à degradação física e moral do ente querido, e, ao fim desta rede

funesta, toda a sociedade, aterrorizada pelos crimes cometidos pelos viciados, na busca frenética, incessante, até a morte, de sustentar o vício, ou em decorrência das alucinações e expansões incontroláveis da agressividade causadas pela substância inalada.

“O *crack* é obtido a partir da mistura da pasta-base de coca ou cocaína refinada (feita com folhas da planta *Erythroxylum coca*), com bicarbonato de sódio e água. Quando aquecido a mais de 100°C, o composto passa por um processo de decantação, em que as substâncias líquidas e sólidas são separadas. O resfriamento da porção sólida gera a pedra de *crack*, que concentra os princípios ativos da cocaína.

Segundo o químico e perito criminal da Polícia Federal (PF) (...) o nome ‘*crack*’ vem do barulho que as pedras fazem ao serem queimadas durante o uso. “A diferença entre a cocaína em pó e o *crack* é apenas a forma de uso, mas o princípio ativo é o mesmo”, afirma (...)

Por ser produzido de maneira clandestina e sem qualquer tipo de controle, há diferença no nível de pureza do *crack*, que também pode conter outros tipos de substâncias tóxicas - cal, cimento, querosene, ácido sulfúrico, acetona, amônia e soda cáustica são comuns. “A pureza vai depender do valor pago na matéria-prima pelo produtor. Se a cocaína for cara, é misturada com outras substâncias, para render mais. Se for de uma qualidade inferior, pouca coisa ou nada é adicionado”, diz (...)

O *crack* geralmente é fumado com cachimbos improvisados, feitos de latas de alumínio e tubos de PVC (policloreto de vinila), que permitem a aspiração de grande quantidade de fumaça. A pedra, geralmente com menos de 1 grama, também pode ser quebrada em pequenos pedaços e misturada a cigarros de tabaco ou maconha - o chamado mesclado, pitico ou basuco. “Ao aquecer a pedra, ela se funde e vira gás, que depois de inalado é absorvido pelos alvéolos pulmonares e chega rapidamente à corrente sanguínea”, conta (...). Enquanto a cocaína em pó leva cerca 15 minutos para chegar ao cérebro e fazer efeito depois de aspirada, a chegada do *crack* ao sistema nervoso central é quase imediata: de 8 a 15 segundos, em média. É por esta razão que o *crack* pode ocasionar dependência mais rapidamente.

A ação do *crack* no cérebro dura entre cinco e dez minutos, período em que é potencializada a liberação de neurotransmissores como dopamina, serotonina e noradrenalina. “O efeito imediato inclui sintomas como euforia, agitação, sensação de prazer, irritabilidade, alterações da percepção e do pensamento, assim como alterações cardiovasculares e motoras, como taquicardia e tremores”, explica o psiquiatra (...), do (...) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).”

FONTE (25 de março de 2013):

(<http://www.brasil.gov.br/crackepossivelvencer/a-droga/composicao-e-acao-no-organismo>)

O alastramento epidêmico do consumo do *crack*, que afeta todo o país, todas as camadas sociais, atingiu um nível tão crítico, tão alarmante, que fez com que o Estado de São Paulo adotasse, como política pública, a internação compulsória dos viciados em tal funesta substância:

“Epidemia de *crack*. A polêmica da internação à força de usuários.

Até que ponto o Estado pode restringir liberdades individuais, em sociedades democráticas, para garantir a segurança dos cidadãos? Esta antiga questão política voltou a ser debatida na semana passada, quando o governo do Estado de São Paulo iniciou um novo programa de internação involuntária e compulsória de viciados em *crack*.

Apesar da polêmica que o caso tem gerado, outros Estados brasileiros, como a Bahia, e cidades, como o Rio de Janeiro, também estudam a implantação de medidas semelhantes para enfrentar a “epidemia” de *crack* no país.

O *crack* é uma droga mais potente do que a cocaína e de alto poder viciante. Ela é composta de pasta de cocaína misturada a bicarbonato de sódio ou amônia. Comercializada na forma de pequenas pedras que são fumadas em cachimbos, a substância produz um efeito de euforia que dura poucos minutos. Além dos efeitos físicos da dependência, há graves conseqüências sociais, como dissolução de lares, prática de crimes, suicídios e violência.

A droga surgiu nos Estados Unidos nos anos 1980 e se popularizou no Brasil nos anos 1990. Por ser mais barato do que a cocaína, dispensar o uso de seringas e ter uma produção doméstica, o *crack* se espalhou rapidamente nas cidades e até na zona rural. Ele é consumido não somente por pobres, mas jovens de classe média e alta.

Uma pesquisa da UNIFESP, divulgada em setembro do ano passado, apontou o Brasil como o maior mercado mundial de *crack*. Estima-se que o país tenha 1,2 milhão de dependentes, segundo dados do IBGE. Uma média de um terço deles morre em cinco anos de vício.

O Sudeste concentra o maior número de usuários (46%), segundo o levantamento da UNIFESP. Em seguida veem as regiões Nordeste (27%), Norte (10%), Centro-oeste (10%) e Sul (7%). O governo brasileiro trata o *crack* como uma epidemia. O programa “*Crack, é possível vencer*” tem um investimento previsto de R\$ 4 bilhões da União, até 2014.

Outra pesquisa, da Fundação Oswaldo Cruz em parceria com o Governo Federal, apontou a existência de 29 cracolândias em 17 capitais brasileiras, que se movem de acordo com as investidas da polícia e o confronto entre traficantes. Nenhuma delas, contudo, possui as dimensões da existente no centro de São Paulo.

Há um ano, a Polícia Militar ocupou o local, para dificultar o acesso dos dependentes às drogas e obrigá-los a procurar ajuda especializada para deixarem o vício. Mas a estratégia apenas dispersou os viciados pelas ruas da cidade.

Por isso, o governador (...) (PSDB), médico de formação, anunciou o plano de internação forçada. O programa é amparado pela lei federal 10.216, de 2001, que estabeleceu um novo modelo de tratamento aos dependentes químicos no país.

A legislação prevê, além da internação voluntária (com o consentimento do usuário), dois tipos de internação à força: a involuntária, que é feita a pedido de terceiros, e a compulsória, determinada pela Justiça.

Na primeira, um caso comum é quando o paciente tem um surto psicótico e a família pede a internação em centros especializados, orientada por um médico. No segundo caso, mais raro de acontecer, o paciente corre risco de morte ou se torna uma ameaça para outras pessoas. Por isso, a internação é determinada por um juiz.

Internações involuntárias e compulsórias, previstas em lei desde 2001, não são uma novidade no país. De acordo com o Ministério Público do Estado de São Paulo, no ano passado foram feitas 5.335 internações involuntárias de usuários de álcool e drogas no Estado. Em uma década, 2010 registrou o maior número de procedimentos desse tipo: 6.103.

A novidade é que a medida deixou de ser aplicada em casos específicos para se tornar uma política pública, ou seja, uma diretriz de ação governamental. Por isso tem recebido críticas.

Os defensores da prática sustentam que os usuários de *crack* não têm mais controle sobre seus atos, e por isso colocam em risco a segurança de sua vida e a de seus familiares. Como o vício tira deles o livre-arbítrio, ou seja, a liberdade de fazer escolhas, a única chance de tratamento é mediante a intervenção de familiares ou do Estado.

“Sempre faço uma pergunta nessas conversas: ‘Se fosse sua filha naquela situação, você deixaria lá para não interferir no livre-arbítrio dela?’ Eu, se tivesse uma filha grávida, jogada na sarjeta, nem que fosse com camisa de força tiraria ela de lá”, afirma o médico (...), um dos apoiadores da proposta.

Há ainda o argumento de que os dependentes químicos apresentam algum tipo de transtorno mental, mesmo que depressão, o que justificaria as intervenções mais drásticas. Tal afirmação é baseada em pesquisas americanas e contestada por outros especialistas.

Já os críticos não questionam as medidas legais de internação forçada, apenas o seu uso como política pública. Para esses profissionais, o programa tem um cunho “higienista”, isto é, seu objetivo não seria tratar dependentes químicos, mas “limpar” o centro da cidade.

“Trata-se de mais uma abordagem simplificadora do problema. Internações forçadas apenas afastam o viciado da droga por um certo período. Não são mais que paliativos. Além disso, enquanto não oferecem riscos, adultos devem ter sua liberdade individual preservada e respeitada pelo Estado”, afirmou o jornal (...), em editorial.

Há ainda questões envolvendo direitos humanos na luta antimanicomial, pois o isolamento de pacientes em manicômios vai de encontro a abordagens comunitárias no tratamento de doentes mentais. A alternativa, para acabar com a cracolândia, seria investir em programas sociais, pois a miséria antecederia o vício.”

FONTE (25 de março de 2013):

(<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/atualidades/epidemia-de-crack-a-polemica-da-internacao-a-forca-de-usuarios.htm>)

A despeito das críticas à internação compulsória como política pública, firmei convencimento de que, no caso concreto, quando o viciado torna-se, aparentemente, uma ameaça à sua própria integridade física ou de terceiros, ou, ainda, quando passa a cometer crimes patrimoniais para sustentar o vício, **há evidente dúvida sobre sua sanidade mental, motivo pelo qual é imperiosa a medida, e por isso a decreto de logo, de instauração do incidente de insanidade mental do autuado, nos termos do art. 149 e seguintes do Código de Processo Penal**, inclusive, se for o caso, para fundamentar decisão sobre a conversão da prisão em flagrante na medida cautelar prevista no inciso VII do art. 319 do mesmo cânone.

Ressalte-se que o exame pericial não pode ser suprido por prova emprestada:

“(...) é indispensável que a verificação decorrente do exame se relacione com o crime praticado e objeto do processo, pois é necessário apurar o estado mental do autor no momento da “ação ou omissão”, não supre o exame o laudo pericial realizado como incidente de outra ação penal, e, muito menos, o efetuado em processo administrativo.” (Código de Processo Penal Interpretado, Julio Fabbrini Mirabete, Atlas, 1995, p. 211).

Determino, outrossim, com fundamento no art. 150 do Estatuto Processual Penal, a imediata internação do autuado no Instituto Psiquiátrico (...) para a realização do exame.

À consideração da douta Promotoria, para a formulação dos quesitos que entender necessários, intimando-se.

Empós, sem necessidade de nova conclusão, à douta Defensoria Pública para o mesmo fim, ficando, desde logo, o nobre defensor onerado pela curatela do examinando, nos termos do §2º do art. 149 do Código de Processo Penal.

Seguem os quesitos do Juízo:

1. O autuado (...) era, ao tempo da infração (8 de julho de 2013), por motivo de doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?
2. O paciente, ao tempo da infração, em virtude de perturbação da saúde mental, ou por desenvolvimento mental incompleto, tinha plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?
3. Qual essa doença mental ou de que natureza era essa perturbação da saúde mental?

4. O paciente foi acometido de doença ou perturbação antes ou depois da infração?
5. Que grau de desenvolvimento mental apresenta o paciente submetido a exame?
6. Considerando que há nos autos do procedimento criminal instaurado contra o autuado, informação de que o mesmo é dependente químico, viciado no consumo da substância popularmente conhecida como *crack*, está o mesmo apto a conviver em sociedade, sem que sua liberdade represente risco à ordem pública, à vida ou integridade física e patrimonial própria ou de outrem?

As respostas devem ser circunstanciadas, devendo os expertos acrescentarem quaisquer informações que julgarem necessárias ao esclarecimento da verdade.

Expeça-se, de imediato, à autoridade administrativa responsável pela custódia, ofício para internação compulsória do autuado, no prazo impostergável de 5 (cinco) dias, no Instituto Psiquiátrico (...), devendo constar na epístola a informação de que fora instaurado o incidente de insanidade mental e que, logo após a oferta de quesitos pelo Ministério Público e pela defesa, será expedido ofício ao referido nosocômio especializado para a realização do exame, com senha para acesso aos autos digitais via *internet*.

Fortaleza/CE, 18 de julho de 2013.

Marlúcia de Araújo Bezerra
Juíza de Direito

Ação Anulatória de Contrato Cumulada com Pedido de Reparação de Danos Morais

Maurício Fernandes Gomes

SENTENÇA

Vistos, etc.

Trata-se de ação anulatória de contrato cumulada com pedido de reparação de danos morais, que foi ajuizada por (...) contra a (...), ambos já devidamente qualificados nos presentes autos.

A medida liminar postulada pelo autor foi indeferida nos termos da decisão de fl. 50.

O autor, em sua petição inicial, alega, em suma, que:

- Contratou os serviços de telefonia móvel junto à empresa promovida, adquirindo a linha de celular nº (...), e optou pelo pagamento das faturas por via de débito automático na conta corrente mantida no banco, até que na data de 22 de outubro de 2007 verificou a suspensão (corte) do serviço contratado, tomando ciência de que isto aconteceu em razão da suposta falta de pagamento da fatura vencida em 17/08/2007, no valor de R\$ 147,28 (cento e quarenta e sete reais e vinte e oito centavos);
- Efetuou vários telefonemas para, em vão, resolver o problema junto à operadora acionada e, objetivando que esta reconhecesse a inexistência do débito, realizou a sua notificação extrajudicial, devidamente recebida em 13/11/2007 pela funcionária (...);
- Além disso, solicitou a rescisão do contrato de prestação de serviços de telefonia e requereu que lhe fosse apresentado, para pagamento, o montante do débito residual acaso existente;
- Não obteve resposta nenhuma e que, depois de alguns meses (janeiro a abril de 2007), quando já considerava cancelado o contrato, tanto que não realizou mais telefonemas ou se utilizou de qualquer outro serviço oferecido, foi surpreendido com a chegada das faturas nos valores de R\$ 0,72 (setenta e dois centavos), R\$ 32,46 (trinta e dois reais e quarenta e seis centavos) e R\$ 38,90 (trinta e oito reais e noventa centavos);
- A empresa promovida tem agido de forma ameaçadora, pois, através de cartas, lhe tem feito cobranças relativas a serviços que já foram cancelados;
- Está sendo muito prejudicado com a falta do serviço e, devido à sua exposição ao ridículo perante aqueles que fazem parte de seu ciclo de

amizade, encontra-se indignado, sendo esta a razão pela qual entende fazer jus a uma indenização, por danos morais, equivalente a 100 (cem) vezes o valor cobrado indevidamente.

Por sua vez, a operadora acionada, em sua contestação de fls. 55 a 76, além das preliminares de inépcia da exordial (por entender que da narrativa dos fatos não decorre pedido lógico) e de impossibilidade jurídica do pedido (entendendo que a inexecução do contrato não enseja reparação moral), alegou, quanto ao mérito, sinteticamente que:

- Devido a uma “inconsistência sistêmica”, o valor pago pelo promovente em 07/08/2007, na monta de R\$ 147,28, relativa à fatura com vencimento em 07/08/2007, não fora imediatamente reconhecido e baixado em seu faturamento, ficando em aberto, o que, de fato, ocasionou “certo desconforto para o promovente”;
- Como prova de sua boa-fé e para compensar o cliente (autor) pelo bloqueio sofrido, lançou o montante de R\$ 147,28 como crédito nas faturas vencidas em 07/12/2007 e 07/01/2008;
- A linha do promovente encontra-se cancelada por motivo de inadimplência, uma vez que ele não pagou as faturas vencidas nos meses de fevereiro, março e abril (?), as quais são devidas já que o serviço contratado permaneceu à disposição dele até o efetivo cancelamento da linha, ocorrido em julho de 2008;
- Jamais agiu na intenção de prejudicar o promovente, não podendo relegar o fato dos instrumentos tecnológicos utilizados pelas empresas mais renomadas do mercado estarem sempre passíveis de falha;
- O erro é justificável, não havendo que se falar em ato ilícito, e que tão logo obteve meios para a correção da falha, diligenciou prontamente para atender aos anseios do promovente;

Instada a replicar a contestação apresentada, o autor, às fls. 99 a 102, salientou que a promovida reconheceu que o bloqueio foi indevido e que ela agiu com descaso, pois, apesar das reclamações, não procurou solucionar o problema até que lhe fosse solicitada a rescisão do contrato por meio de notificação judicial.

O promovente ainda enfatizou que todos os atos posteriores à aludida notificação, uma vez que já tinha como certa a rescisão do contrato, haja vista a promovida tê-la recebido regularmente, não obstante a tenha ignorado, foram praticados sem a sua devida anuência.

Foi designada a audiência preliminar, cujo termo se encontra à fl. 111, sendo que ambas as partes, nessa ocasião, foram concordes quanto à possibilidade de julgamento antecipado da lide, uma vez que, corroborando com o presidente do feito, também entenderam que o caso estava suficientemente instruído para a formulação de um juízo de valor no que diz respeito ao mérito da demanda.

Finalmente, em meio à campanha da Semana Nacional de Conciliação, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, foi designada a audiência conciliatória de que trata o termo de fl. 125, mas, infelizmente, dada a ausência da parte autora, não foi possível a tentativa de acordo.

Este é, em síntese, o relatório. Passo à decisão.

Inicialmente, é importante frisar que as questões preliminares arguidas pela promovida (inépcia da inicial e impossibilidade jurídica do pedido), muito embora não tenham sido objeto de deliberação específica por parte deste juízo, foram rechaçadas, ainda que implicitamente, pois, do contrário, não se teria designado a audiência preliminar prevista no art. 331 do Código de Processo Civil.

De qualquer maneira, deve-se deixar bastante claro que em relação à petição inicial não se observa qualquer das hipóteses previstas no parágrafo único do art. 295 do Código de Processo Civil. Não se vislumbra, por exemplo, qualquer incoerência ilógica entre a narração dos fatos e a conclusão apresentada na petição inicial, tanto que a promovida, ao oferecer sua resposta, demonstrou plena compreensão acerca dos contornos e limites do pedido do autor. Aliás, diga-se de passagem, que o pedido formulado na petição inicial (indenização por danos morais) é juridicamente possível, isto é, não está vedado explícita ou implicitamente pelo ordenamento jurídico, o que não se confunde, porém, com a possibilidade dele ser ou não procedente.

Deste modo, faz-se de bom alvitre reafirmar, desta feita de forma expressa, a rejeição deste juízo quanto às preliminares arguidas.

Analisando-se o mérito da causa, tem-se por certo que o autor faz jus à declaração deste juízo quanto à rescisão do contrato que se deu a partir do momento em que a promovida recebeu a notificação que lhe foi enviada para esse fim, bem como merece o reconhecimento de que sofreu dano moral e que, conseqüentemente, precisa ser indenizado, mesmo que o valor da reparação não chegue ao montante por ele desejado, até porque é indispensável, nessa valoração, atentar-se para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com efeito, o fato principal alegado pelo autor (de que não possuía débito em aberto e que, apesar disto, houve a suspensão dos serviços de telefonia celular e cobranças indevidas acerca do débito inexistente) foi confessado pela promovida, que como sói acontecer transferiu a responsabilidade do seu ato (erro) ao pobre coitado do “sistema” que, de tão sobrecarregado e escravizado, não tem força e nem autonomia para se defender das acusações que lhe são dirigidas pelos próprios que dele usam e abusam na busca desenfreada pelo lucro.

Realmente, a promovida confirmou que devido a uma “inconsistência sistêmica”, o valor pago pelo promovente em 07/08/2007, na monta de R\$ 147,28, relativa à fatura com vencimento em 07/08/2007, não fora imediatamente reconhecido e baixado

em seu faturamento, ficando em aberto, o que, de fato, ocasionou “certo desconforto para o promovente”.

Está igualmente demonstrado nos autos que, apesar das inúmeras ligações e tentativas do autor em resolver o problema, a promovida foi omissa e negligente, pelo menos até a data em que recebeu a notificação judicial acerca da cobrança indevida e da solicitação de rescisão do contrato de prestação de serviços telefônicos.

A ocorrência do ato ilícito praticado pela promovida também se tornou incontestável com o fato de ela, sob o argumento da “boa-fé”, haver compensado o cliente (autor) pelo bloqueio sofrido, lançando o montante de R\$ 147,28 como crédito nas faturas vencidas em 07/12/2007 e 07/01/2008, cujas datas, por outro lado, deixam antever o descaso da empresa acionada com o pedido de rescisão do aludido contrato de prestação de serviços. Na realidade, a compensação realizada pela parte promovida corresponde à confirmação do seu erro. É claro que essa atitude compensatória deve ser levada em conta no momento da quantificação da verba indenizatória, servindo como fator atenuante desta, a exemplo do fato de não ter sido incluído o nome do autor no cadastro de inadimplentes mantido pelos órgãos de proteção ao crédito.

De mais a mais, não se pode deixar de atentar para o fato de que a empresa acionada procedeu à paralisação do serviço sem que para tanto o consumidor (promovente) tenha sido previamente notificado.

Por último, convém ressaltar que o dano moral neste caso, por ser presumido, não prescinde de prova, consoante informa a jurisprudência pátria.

DISPOSITIVO

Em sendo assim, **julgo procedente** o pedido formulado na petição inicial e, por via de consequência, **declaro a inexistência de débitos** referentes à fatura com vencimento em 17/08/2007 e àquelas emitidas no período em que o promovente não mais realizou telefonemas ou se utilizou de qualquer outro serviço oferecido, **bem como a rescisão do contrato de prestação de serviços de telefonia celular** a partir da data em que a empresa acionada recebeu a notificação judicial, ao mesmo tempo em que a **condeno no pagamento**, em favor do promovente, da importância (já atualizada) de **R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)**, a título de indenização por danos morais, cuja quantia, a meu sentir, se coaduna perfeitamente com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade que devem ser utilizados para a reparação do dano moral, pois além de possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória, de outro lado, exerce função de desestímulo a novas práticas lesivas por parte do lesante.

Nos termos do art. 475-J do Código de Processo Civil, advirto a empresa acionada que caso não efetue, no prazo de 15 (quinze) dias, o pagamento da quantia certa

aqui estabelecida, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento), a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, do mesmo diploma processual, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

Por fim, condeno a empresa acionada no pagamento das **custas processuais** e no pagamento dos **honorários do advogado** da parte autora, que ora fixo em **20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação.**

P.R.I.

Sobral (CE), 28 de junho de 2013.

Maurício Fernandes Gomes
Juiz de Direito

Mandado de Segurança com Pedido de Liminar

Maurício Fernandes Gomes

SENTENÇA

Vistos, etc.

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por (...) contra ato do (...), ambos já devidamente qualificados nos autos.

Na petição inicial, o impetrante alega, em suma, que é guarda civil municipal e que foi submetido a processo administrativo perante a Comissão de Sindicância Formal da Guarda Civil Municipal de (...), que - segundo alega - não lhe deu oportunidade de defesa na conformidade do que prevê o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, esclarecendo que o procedimento adotado não obedeceu às formalidades legais, haja vista que não fora processado perante a Comissão de Inquérito Administrativo (CIA), consoante determina o art. 165 e seguintes da Lei Municipal nº 038/92 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos de (...)).

Sustenta, ainda, que após ter sido julgada a transgressão disciplinar pelo Comando da Guarda Civil Municipal, na qual lhe foi imposta a punição de suspensão de 10 (dez) dias, a autoridade coatora resolveu, ao seu alvedrio, agravar-lhe a dita sanção para 30 (trinta) dias.

Argumenta que, ainda que tivesse se submetido a procedimento formal e não apenas material, a penalidade aplicada, em face das peculiaridades do caso, mostrou-se bastante severa, não sendo razoável, portanto, a suspensão pelo prazo de 30 (trinta) dias, cuja agravante foi imposta pelo (...), com o consequente desconto de R\$ 1.139,50 (um mil, cento e trinta e nove reais e cinquenta centavos) em sua respectiva remuneração do mês de junho de 2010.

Por fim, requereu o deferimento de medida liminar para que o impetrado reveja a punição aplicada ao impetrante, bem como a devolução da quantia correspondente aos seus vencimentos individuais, relativos ao mês de junho de 2010, que totalizam o valor de R\$ 1.139,50 (um mil, cento e trinta e nove reais e cinquenta centavos).

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 12 a 43.

À míngua da coexistência dos pressupostos necessários para a concessão da medida liminar pleiteada, esta foi indeferida nos termos da decisão de fls. 46/47, onde

findou por ser ordenada a notificação da autoridade apontada como coatora para prestar informações acerca do caso.

Regularmente notificada, a autoridade impetrada apresentou as informações de fls. 50 a 53, alegando, em suma, que realmente agravou a punição do impetrante, uma vez que ele era reincidente por 04 (quatro) vezes na prática da mesma transgressão disciplinar, bem como que o ato atacado nesta ação mandamental é legal, posto que sua motivação encontra respaldo no Regimento Disciplinar da Guarda Civil Municipal de (...).

Ao final, o impetrado requereu a denegação da ordem, haja vista que o ato impugnado foi justificado, razoável e praticado sem malferir o contraditório e a ampla defesa.

Instado a manifestar-se, o representante do Ministério Público opinou pela concessão da ordem, conforme parecer de fls. 85 a 88.

Este é, em síntese, o relatório. Passo à decisão.

Convém inicialmente lembrar que o Poder Judiciário não pode se imiscuir no mérito ou discricionariedade administrativa, em virtude do princípio da separação de poderes, insculpido no art. 2º da Constituição da República.

Todavia, embora independentes entre si, devem os Poderes pautar-se pela harmonia, na clássica alusão ao sistema dos freios e contrapesos, ou *check and balances*, oriundo da doutrina inglesa, competindo ao Poder Judiciário afastar todos os atos ilegais porventura praticados pelos membros dos outros Poderes.

Isso quer dizer que, mesmo no caso de ato discricionário, praticado por membro de qualquer dos Poderes, uma vez que tal ato não se encontre revestido de legalidade, a exemplo de quando não se encontra devidamente fundamentado, deve o Poder Judiciário declarar a respectiva nulidade, assim o fazendo sob o amparo da aplicação do aludido sistema de freios e contrapesos que tem suporte no princípio da separação de poderes supra mencionado. Tal sistema evita práticas ilegais e arbitrárias por parte dos Poderes da República, já que todos fiscalizam uns aos outros.

Na visão do constitucionalista, mestre e doutor Walter Agra, as funções estatais devem realmente ser repartidas a fim de se evitar o absolutismo, de modo que os Poderes se fiscalizem entre si. Diz o constitucionalista pernambucano, *in verbis*:

“A concentração de poder tende ao arbítrio; com a sua repartição, em que um poder limita o outro, a fiscalização do cumprimento dos parâmetros legais pode ser realizada, evitando a quebra dos princípios democráticos. (...)

Os poderes componentes da federação são independentes – um não necessita do outro para o seu funcionamento – e são harmônicos – o funcionamento de um deles não obstaculiza o exercício da função dos outros. Isso significa que eles podem trabalhar de forma autônoma, mas não de

forma isolada, obviamente porque a seara fática onde eles têm de incidir é a mesma. **Arrefecendo um o arbítrio do outro, quem ganha é a cidadania, que tem os seus direitos preservados.**” (AGRA, Walter de Moura, *in* Curso de Direito Constitucional, 3ª edição, Forense, 2007, págs. 108/109) – *grifos não originais.*

Deste modo, infere-se que no caso em comento não há razão para se falar em intromissão do Poder Judiciário na seara administrativa, pois mesmo o ato discricionário deve ser igualmente motivado e praticado dentro dos parâmetros legais, inclusive respeitando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

No tocante à necessidade de motivação do ato administrativo, o administrativista Hely Lopes Meirelles aduz que:

“Hoje, em face da ampliação do princípio do acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), conjugado com o da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput), a motivação é, em regra, obrigatória. Só não o será quando a lei a dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível. Portanto, na atuação vinculada ou na discricionária, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o que o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência da motivação” (MEIRELLES, Hely Lopes, *in* Direito Administrativo Brasileiro, 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 149)

No caso concreto, observa-se que o ato praticado pela autoridade apontada como coatora, materializado na decisão manuscrita e subscrita constante no anverso do Termo de Comunicação de Punição radicado à fl. 58, apesar de constituir uma providência que, a meu ver, está acobertada pelos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não se mostra, por outro lado, condizente com os princípios igualmente constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade. De fato, a autoridade impetrada, ao majorar a penalidade de suspensão de 10 (dez) para 30 (trinta) dias, até o ponto de o impetrante não receber um só centavo de sua remuneração no mês de junho de 2010, isto no afã de puni-lo exemplarmente, findou por adotar uma medida flagrantemente desarrazoada e desproporcional, sem um motivo maior que justifique tal exacerbação, sobretudo se for considerada a pouca gravidade da conduta reclamada pelo subinspetor (...) (que deve ser mensurada sem deixar de lado a circunstância de o impetrante, na ocasião de sua insubordinação, não estar de serviço e encontrar-se à paisana) e se levar em conta ainda a certeza de que os reflexos negativos do desconto de 100% da remuneração do apenado não haver atingido somente este, mas sobretudo a sua família.

Pelas circunstâncias em que se deu o fato ensejador do procedimento administrativo instaurado em desfavor do impetrante, é forçoso reconhecer que a pena

disciplinar adequada era mesmo a suspensão de 10 (dez) que foi aplicada motivadamente pelo Comandante da Guarda Municipal, pois esse montante não se mostra eivado de qualquer irrazoabilidade ou desproporcionalidade.

Impende afirmar, mais uma vez, que a penalidade em referência foi aplicada após regular instauração de sindicância (devido processo legal) e depois de haver sido oportunizado ao sindicado o exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa, conforme se conclui da documentação acostada nos autos. A simples agravação de punição, por óbvio, não tem o condão de ensejar a instauração de novo procedimento administrativo. Todavia, não é dado à autoridade impetrada fazê-lo sem obedecer aos critérios legais, notadamente sem expor a motivação necessária para tanto.

No caso em tela, vê-se que a agravação se deu sem que a conduta tenha sido classificada como leve, média ou grave, nos termos exigidos no art. 12 do Decreto nº 850, de 29 de maio de 2006 (Regimento Disciplinar da Guarda Civil Municipal), e sem que fossem atendidas todas as regras fixadas no art. 28 do mesmo estatuto legal. Aliás, conforme já foi enfatizado, a autoridade impetrada decidiu agravar a punição imposta ao impetrante sem objetivar os motivos de sua decisão. Com efeito, não bastam referências genéricas à disciplina como “pilastra de sustentação de uma instituição” e nem alusões, igualmente genéricas, de que o ato praticado pelo guarda de 2ª classe Queiroz contra superior hierárquico fere os “princípios norteadores da GCMS”. Deveras, a motivação do ato deve ser clara e objetiva, principalmente para possibilitar ao apenado o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Assim, não há como negar que a autoridade impetrada, muito embora tenha competência para a aplicação de pena disciplinar ao guarda civil que haja praticado a transgressão prevista no art. 21, inciso XX, do referido Regimento (consoante está disposto no parágrafo único do seu art. 27), malferiu direito líquido e certo do impetrante.

Ante o exposto, acolhendo boa parte dos fundamentos exarados no parecer ministerial de fls. 85 a 88 e com fulcro no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a pretensão esposada no presente *mandamus*, especialmente para o fim de ordenar que a Administração Municipal de (...) reveja a punição perpetrada pela autoridade coatora (...) de modo que a pena disciplinar de suspensão, excessivamente aplicada em desfavor do impetrante, não ultrapasse aos 10 (dez) dias que já haviam sido fixados pelo Comandante da Guarda Municipal, bem como promova a devolução da quantia pecuniária correspondente aos dias a mais que foram descontados da sua remuneração no mês de junho de 2010, ou seja, a restituição de 2/3 (dois terços) do que foi descontado por força dos 30 (trinta) dias de suspensão, cujo montante deverá ser corrigido monetariamente com a incidência dos juros legais desde a data em que haveria de ocorrer o pagamento discriminado no demonstrativo de fl. 13 destes autos até o dia em que se efetivar a restituição aqui ordenada, cuja providência

há de ser implementada na próxima folha de pagamento do aludido guarda civil, sob pena de multa no valor igual ao da importância que deve ser devolvida, com incidência em cada mês que não se verificar o cumprimento da presente decisão, sem prejuízo das demais medidas judiciais cabíveis para compelir o adimplemento da obrigação ora imposta.

Por fim, submeto esta decisão ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei 12.016/2009.

Sem honorários advocatícios e nem custas processuais.

P.R.I.

Ciência ao Ministério Público.

Expedientes de praxe.

10 de abril de 2013.

Maurício Fernandes Gomes
Juiz de Direito

Ação Penal Pública

Michel Pinheiro

SENTENÇA

Ação Penal Pública

Tema que têm sido preocupação constante dos operadores do Direito no Brasil é a morosidade do Judiciário. Mesmo tendo o Brasil aderido formalmente aos Pactos de San José da Costa Rica e ao Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos em 1992 - atos multilaterais internacionais de Direitos Humanos que contemplam a previsão de julgamento de processos judiciais em prazo razoável, somente em 2004 fez-se inserir na Constituição o princípio da duração razoável do processo no âmbito judicial e administrativo, com previsão de que se garantam meios de efetivação da celeridade de sua tramitação.¹

Como direito fundamental, a duração razoável do processo penal passou a permear as atenções do Conselho Nacional de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro criado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, com funções eminentemente administrativas. O Regimento Interno do CNJ contempla procedimento para aferição de excesso injustificado de prazos na tramitação de processos judiciais ou administrativos, podendo a reclamação ser formulada contra magistrado quando há demora para a prática de ato de sua competência jurisdicional ou administrativa. Para isso, a provocação pode ser formulada por qualquer pessoa com interesse legítimo, pelo Ministério Público, pelos Presidentes de tribunais ou, de ofício, pelos Conselheiros do próprio Conselho.

Em vários casos, o CNJ tem determinado providência aos juízes e desembargadores que detêm processos com atraso excessivo, no sentido de que seja agilizado o julgamento, inclusive fixando prazo para tanto. No entanto, a falta de celeridade tem diversas causas relevantes antigas que precisam de enfrentamento racional e urgente, sendo algumas delas: volume excessivo de feitos processuais, carências de magistrados e servidores, falta de qualificação adequada de todos os que manuseiam processos e ausência de padronização de procedimentos para evitar atividades funcionais repetitivas.

¹ Constituição Federal, Art. 5º, LXXVIII, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.

No processo penal, o problema surge com ênfase qualificada em face da sensação de impunidade gerada sempre que os processos judiciais se arrastam pelo tempo, sem conclusão. Os meios de comunicação, vez que outra, destacam a demora processual quanto a fatos noticiados que chamam a atenção pela excessiva violência empregada quando da prática de delitos, a deixar o clamor e a indignação na opinião pública.

O processo judicial penal é, na visão de Fernando da Costa Tourinho Filho, citando Frederico Marques, conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal objetivo, a sistematização dos órgãos de jurisdição e respectivos auxiliares, bem como a persecução penal.² Assim, o processo penal é meio estatal de proporcionar a efetivação do Direito Penal. Para isso, o processo penal deve ser eficaz.

A visão do processo como instrumento estatal de aplicação do Direito Penal nos remete aos conceitos básicos de Administração. Em verdade, podemos classificar o processo judicial como “forma de expressão” do Estado na missão de executar a atividade jurisdicional, uma das conhecidas atividades na função de dizer o Direito e dirimir conflitos.

Com isso, surge a necessidade de enxergar o processo judicial como conjunto coordenado de atos administrativos, praticados por agentes do Estado, que podem sofrer reproches, censuras, levando até à declaração de nulidade. Como fruto da atividade administrativa, o processo deve observar a eficácia.

Tal compreensão faz exigir o conhecimento da definição de eficácia. Para Antônio Cesar Amaru Maximiano, reportando-se ao mundo privado corporativo,

As organizações transformam recursos para fornecer produtos e serviços, com o objetivo de resolver problemas de seus usuários e das pessoas que as criaram. Quando as organizações resolvem problemas e são eficientes no uso de recursos, todos ficam satisfeitos: clientes, usuários, funcionários, acionistas, a sociedade de forma geral. O desempenho de uma organização é aceitável ou satisfatório, portanto, quando os problemas dos usuários são resolvidos por meio de utilização correta dos recursos.

Duas palavras são usadas para indicar que uma organização tem desempenho de acordo com as expectativas dos usuários e das pessoas que mobilizam os recursos: *eficiência* e *eficácia*. A primeira é a palavra mais usada para indicar que a organização realiza seus objetivos. Quanto mais alto o grau de realização dos objetivos, mais a organização é eficaz. A segunda é a palavra usada para indicar que a organização utiliza produtivamente, ou de maneira econômica, seus recursos. Quanto mais alto o grau de produtividade ou economia na utilização dos recursos, mais eficiente a organização é.

2 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual do Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54.

Em muitos casos, isso significa usar menor quantidade de recursos para produzir mais.³

Assim, a noção de eficácia traduz, indubitavelmente, a relação entre resultados alcançados e objetivos. Se a organização tem metas e objetivos, ela também faz análises permanentes sobre o atingimento dessas metas e objetivos, tornando-se eficaz sempre quando consegue atingi-los. Enquanto isso, a eficiência reflete a noção da relação entre resultados alcançados e recursos empregados.

Celso Antônio Bandeira de Mello refere que “o ato administrativo é eficaz quando está disponível a produção de seus efeitos próprios”.⁴ Ou seja, eficácia é a situação atual de disponibilidade para a produção dos efeitos típicos, próprios, do ato. O mesmo autor também ressalta que ato eficaz é uma fonte de efeitos.

A Constituição de 1988 foi alterada em 1998 para inserir no caput do art. 37 a palavra “eficiência”. Assim sendo, mais um princípio foi inserido no rol dos princípios da administração pública, com comando de observância obrigatória aos entes da administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Com isso, tem-se por certo o fato de que o Poder Judiciário é alcançado no dever de observar ditos princípios, devendo agir com a busca permanente e vigilante de atingir a eficiência.

No entanto, urge um problema: a Constituição de 1988 não tem expressa previsão sobre a eficácia, somente sobre a eficiência. Neste ponto, há que considerar a eficácia como, necessariamente, um subprincípio da eficiência.

Dos conceitos extraídos acima há uma possível ilação: a busca pela eficiência para a eficácia, inarredavelmente. Assim, se pretendo obter algo com eficiência tem-se em mente conseguir o objetivo com baixo custo operacional e/ou de recursos empregados.

Não se olvide, no entanto, que o atingimento do objetivo é imperioso. Ou seja, de nada vale a eficiência se a eficácia não está presente. E eficaz é o processo que realiza o objetivo.

Dito isso, retornemos ao processo judicial para indagar: tomando como verdadeira a assertiva de que não existe ação humana sem algum tipo de interesse, qual seria a finalidade do processo penal? Garantir a paz social através da aplicação do Direito Penal. O fim primário seria a obtenção de sentença penal condenatória? Talvez, sempre com a observância do devido processo legal para evitar arbitrariedades capazes de nulificar os atos processuais.

3 MAXIMIANO, Antônio Cesar Amaru. **Teoria Geral da Administração**: da revolução urbana à revolução digital. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 5.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 359.

É cediço que o processo judicial cautelar tem a eficácia como principal argumento, tanto civil como penal. Sobre isso, no verbo de Daniel Amorim Assumpção Neves, “o objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito”.⁵ Ou seja, as medidas cautelares têm caráter excepcional e servem para dar garantia de eficácia do direito material pretendido ao final do processo principal de conhecimento - ou cognitivo.

Assim, sendo o processo penal instrumento de aplicação do Direito Penal, deve ser feito com eficiência e eficácia. Pela primeira, deve o processo atender uso razoável do tempo, além de emprego de recursos econômicos racionais, com servidores qualificados que evitem retrabalhos atividades classificadas como inúteis ou repetitivas. Pela segunda, deve o processo penal atingir o objetivo de aplicar o Direito Penal sem vício de nulidade.

Mas quando não é possível levar o processo a cabo em tempo razoável? O Direito Penal tem a previsão da perda do direito do Estado de punir quem responde a processo penal. Eis o instituto da prescrição, definido por Fernando da Costa Tourinho Filho como

meio de se liberar das consequências de uma infração pelo efeito do tempo fixado e sob as condições determinadas pela lei. Ela põe fim à ação ou à pena. Seu fundamento repousa na circunstância de que a ação do tempo faz desaparecer o interesse do Estado, não só em constatar a infração como, também, em executar a pena imposta.⁶

Portanto, o legislador brasileiro optou por priorizar dose considerável de “segurança jurídica” a quem pratica a infração penal por considerar desarrazoado impor sanção penal muito tempo depois da prática do ilícito. A finalidade da pena perder-se-ia nos confins do tempo, tornando-a inútil. Ademais, a atuação da função de punir por parte do Estado somente leva o argumento da utilidade quando feita o mais próximo possível da prática do crime, vez que assume o caráter intimidatório para evitar a prática de novos crimes.⁷

A prescrição penal tem as seguintes modalidades: a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, a prescrição intercorrente e a prescrição retroativa. Além

5 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Método, 2009, p. 1018.

6 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. I. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 577.

7 Há exceção há regra da prescrição penal na Constituição de 1988, vez que tornou imprescritíveis os crimes - e somente eles - de racismo, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Art. 5º, XLII e XLIV).

disso, há a prescrição da pretensão executória. Este trabalho tem o foco na intercorrente em perspectiva, ou seja, com a verificação da provável pena aplicada, em concreto, na sentença penal condenatória.

Para melhor explicar, em qualquer momento do processo, quando o juiz faz um juízo preliminar vislumbrando a possibilidade de condenação, pode prognosticar a provável pena a ser aplicada na decisão. Se tal prognose levar à ilação de que ocorrerá a prescrição de forma irremediável, deve o juiz, racionalmente, declarar a falta de interesse em punir por parte do Estado. Ou seja, o processo já se torna inútil porque não dará fruto algum.

Note-se que o juiz não está livre para fazer conjecturas absolutamente livres quando exerce a atividade de sentenciar condenando em processo penal. A fixação da pena tem atividade controlada pelo artigo 68 do Código de Processo Penal, devendo o julgador fixar a pena-base com a análise de objetividade na apreciação da culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, conforme disposto no art. 59 do Código Penal.

Em seguida, o juiz verifica a existência de agravantes e atenuantes, fixando acréscimo ou diminuição de forma razoável. Por fim, serão verificadas as causas de diminuição e de aumento, sempre com critérios observados no art. 59 do Código Penal.

Assim, o juiz, como agente estatal, exerce atividade vinculada à lei. Se dela se afasta no exercício da jurisdição, quando vai aplicar a pena na sentença, cabe revisão por órgão julgador superior.

Desta feita, surge a possibilidade de aplicar o subprincípio da eficácia - presente em todas as esferas da Administração Pública, considerando que de nada serve ato administrativo ineficaz - para reconhecer a inutilidade do processo judicial penal. Em verdade, é de se considerar que o processo judicial penal em que o Estado perde a possibilidade de punir se equipara a um cadáver insepulcro a esperar somente a solene inumação.

A eficácia dignifica a “utilidade do instrumento” como referência para a atuação do Estado-juiz na busca do provimento judicial condenatório. Por isso mesmo é que ser eficaz é atingir o objetivo pretendido. Repita-se: quanto mais alto o grau de realização dos objetivos, mais o instrumento é eficaz.

Com isso, é permitida outra inferência: no caso em que o processo judicial não vai levar a uma condenação que tenha vida efetiva, que dê os frutos almejados ocasionalmente pelo Estado - a condenação do acusado -, melhor que seja logo extinto para evitar custos desnecessários, o que torna o aparelho judicial mais eficiente, portanto.

Ademais, quando muitos são os feitos processuais que merecem receber esse olhar de eficácia do juiz, o Estado está a perder tempo na inutilidade, pois poderia se ocupar com outros processos que dariam frutos concretos. Manter a atividade forense

em processo inútil significa perder-se no poço fundo na inutilidade. Centenas de outros processos criminais não prescritos aguardam provimento judicial.

A ideia de eficácia se conecta inevitavelmente com a de produtividade. Assim somente o que é eficaz pode levar à noção de satisfação de produtividade. E processo judicial penal eficaz é aquele que dá resultado satisfatório – socialmente falando –, com condenação⁸ a levar, em tese, à paz social, buscado intimidar novos ilícitos.

Com tal ilação, casos há em que não há mais interesse do Estado que persegue, pois de nada valerá a sentença que condenará quando a prescrição chamada retroativa vai tornar inútil todo o processo, tornando inútil toda a atividade estatal forense.

Além das vantagens já apresentadas, a exemplo da celeridade processual e combate à morosidade processual, tem-se como apropriada a economia das atividades jurisdicionais em prestígio da boa utilização do dinheiro público, preservação do prestígio e a imagem do Judiciário e maior atenção aos processos úteis em detrimento daqueles que serão atingidos pela prescrição se levados até o final.

A falta de interesse processual adviria tão somente da certeza de que o processo se perderá na inutilidade de forma indiscutível sem que nada possa ser feito para alterar este caminho. Nisso, falta justa causa para dar prosseguimento ao processo penal, pois ele estará fadado ao arquivamento.

Não se olvide que, como Processo Civil, o Processo Penal também faz uso dos pressupostos processuais e das condições da ação, sendo o interesse processual (interesse de agir) uma delas, além da legitimidade e possibilidade jurídica do pedido.

Na jurisprudência, merece destaque julgamento proferido em apelação no Tribunal Federal de Recurso da 4ª Região:

EMENTA

PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 299 DO CP. TIPICIDADE. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. ART. 1º, IV, LEI Nº 8.137/90. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. EXCEPCIONALIDADE. AUTORIA E DOLO.

1. Em observância ao princípio da consunção, responde por sonegação e não pela prática do crime inculcado no art. 299 do CP, quem emite recibos de pagamento em branco, sem a efetiva prestação dos serviços correspondentes, em favor de terceiros, a fim de que estes obtenham deduções do imposto de renda devido. *In casu*, a falsidade configurou simples meio para a consecução do ilícito fiscal, não se constituindo em prática autônoma.

2. Possível alterar a capitulação em segunda instância, mesmo sem apelo específico da acusação a respeito, desde que não sofram acréscimo as

⁸ Somente quando os requisitos prévios necessários estão presentes, por óbvia necessidade.

sanções fixadas na sentença. 3. A prescrição pela pena em perspectiva, embora não prevista na lei, é construção jurisprudencial tolerada em casos excepcionálíssimos, quando existe convicção plena de que a sanção aplicada não será apta a impedir a extinção da punibilidade.

4. Na hipótese dos autos, há elementos corroborando tal inteligência eis que, considerando o período transcorrido desde os fatos delituosos até o recebimento da denúncia, a prescrição fatalmente incidirá sobre a pena eventualmente majorada para um dos réus ou aplicada em possível decisão condenatória para o outro.

5. Autoria da acusada demonstrada pelas próprias declarações, documentos juntados aos autos e circunstâncias do fato.

6. O dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de agir, revela-se através das evidências trazidas, se não na forma direta, seguramente na modalidade eventual (assunção de riscos). (TRF 4ª R - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2004.70.01.001128-2/PR, Relator: Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO – julg 06 de maio de 2009. Publicado no DJ em 14/05/2009)

Noutros julgados, viu-se o mesmo:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL. EFETIVIDADE. AUSÊNCIA. PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU PROJETADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. A persecução penal, como espécie do gênero das ações estatais, deve ser eficiente, eficaz e efetiva. De nada adianta impulsioná-la quando verificada, ab initio, a impossibilidade de sua futura e eventual execução. Percebida a inutilidade do eventual e incerto provimento condenatório, é de rigor seja declarada extinta a punibilidade do agente em face da prescrição em perspectiva da pretensão punitiva estatal. Inviável seja negada a aplicação do instituto por desproporcional apelo ao formalismo. Tutelar o processo penal natimorto implica malferir os basilares princípios constitucionais do Estado democrático de direito em flagrante e injustificado prejuízo do cidadão. Extinção da punibilidade do agente frente à prescrição em perspectiva. (TRF 4ª Região, ACR Nº 2005.70.03.000769-0/PR, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, julg. em 01/10/2008, public. no DJ de 15/10/2008).

PENAL. ESTELIONATO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. CONFIGURAÇÃO. ARTIGO 19 DA LEI Nº 7.492/86. CONTRATO DE VENDA DE BEM IMÓVEL SIMULADO. FINANCIAMENTO FRAUDULENTO. - É cabível o reconhecimento da prescrição em perspectiva, em casos excepcionais, quando evidente que o prosseguimento da ação penal redundará em nada. - (...) (TRF 4ª Região, ACR Nº 2001.72.04.002771-4/SC, Oitava Turma, Rel. Juiz Fed. José Paulo Baltazar Júnior, julg. em 07/06/2006, public. no DJ de 21/06/2006).

A jurisprudência pátria estadual vem acatando o entendimento prelecionado, como é possível denotar dos Acórdãos a seguir:

CRIMINAL. ADVOGADO QUE CONCORDA COM CÁLCULO ABSURDO DO VALOR REQUISITADO POR PRECATÓRIO E SE APROPRIA DO DINHEIRO. DESCLASSIFICAÇÃO DO ART. 171 PARA O ART. 169. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. PUNIÇÃO PELA TENTATIVA. 1. e 2. (omissis). 3. A prescrição pela pena em perspectiva pode ser reconhecida, em face do caráter finalístico do processo e da utilidade do seu resultado. Estando demonstrado nos autos que as circunstâncias judiciais e legais não justificam a exasperação da pena além do máximo legal, pode ser reconhecida antecipadamente a extinção da punibilidade. 4. A insistência em obter vantagem em cima do erro, provocada por advogado é altamente reprovável, uma vez que também lhe incumbe a função pública de zelar pela justiça. 4. e 5. (omissis). (TRF 4ª Região, ACR nº 1999.04.01.054399-1/RS, 2ª Turma, Relator Juiz João Pedro Gebran Neto, decisão de 20/11/2000, publicada no DJU de 17/01/2001, p. 278).

DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. 'PRESCRIÇÃO RETROATIVA'. LONGO LAPSO TEMPORAL TRANSCORRIDO ENTRE O FATO E A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PENAL. PROBAÇÃO A RECOMENDAR A APLICAÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO MÍNIMO LEGAL - UM ANO DE RECLUSÃO - OU PRÓXIMO A ESTE. BALIZADORAS DO ARTIGO 59 DO DIPLOMA REPRESSIVO TOTALMENTE FAVORÁVEIS À DENUNCIADA. Evidenciação situacional em que cabível a análise antecipada da extinção da punibilidade, quando verificado pelo julgador, à luz das peculiaridades do caso, a impossibilidade ou ineficácia de proferir decreto condenatório, quaisquer que sejam as provas colhidas na fase de cognição, porquanto, após a exaustão dessa fase, ainda que reste prolatado juízo de reprovabilidade, afigura-se despida a reprimenda de executoriedade e esvaziada de praticidade. Recurso ministerial improvido. (TJ/RS, RCR nº 699494647, Câmara de Férias Criminal, Relator Des. Marco Antônio Barbosa Leal, julgado em 14/09/99).

RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. POSSIBILIDADE. 1. Projetada a pena a ser aplicada em cada caso, examinadas todas as circunstâncias criteriosamente, e decorrido lapso, sem marco interruptivo, que demonstre a presença de prescrição, deve, desde logo, ser decretada a extinção da punibilidade. 2. Em tais hipóteses, a persecução penal, daí em diante, torna-se incapaz de gerar qualquer efeito sancionador, havendo, em contrapartida, dispêndio de tempo precioso, desgaste das partes e desprestígio da Justiça. 3. À unanimidade, negaram provimento. (TJ/RS, RCR nº 70003617362, 8ª Câmara Criminal, Relator Des. Roque Miguel Fank, julgado em 06/02/2002).

Mas há um ponto importante a ser perquirido para se saber qual a utilidade do processo: quais são as consequências da extinção da punibilidade em face da constatação da prescrição penal? Esta dúvida importa para permitir sustentar o

argumento de que o processo torna-se inútil. Eis a resposta: uma decisão do Superior Tribunal de Justiça mostra como a prescrição se equipara à absolvição, com nosso destaque:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. SENTENÇA. PENA DE 11 MESES SUBSTITUÍDA POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO PECUNIÁRIA. PUBLICAÇÃO NO DIA 04/03/2004. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL SOMENTE PELA DEFESA. TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL DE 2 ANOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RECONHECIDA DE OFÍCIO. EXTENSÃO DA DECISÃO AOS CO-RECORRENTES.

1. Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausentes omissão, contradição ou obscuridade no acórdão.
2. Não existe omissão na decisão que apresenta fundamentação clara e precisa quanto aos pontos jurídicos relevantes ao deslinde da disputa.
3. Embargos de declaração rejeitados.
4. Conforme disposto no art. 109, VI, do Código Penal, para as penas inferiores a 1 ano, o prazo prescricional é de 2 anos. Se o último marco interruptivo da prescrição que se operou foi a publicação da sentença condenatória recorrível e, constatado o preenchimento do prazo, imperioso que se decrete a extinção da pretensão punitiva do embargante.
5. Por ser matéria de ordem pública, nos termos do art. 61 do CPP, é de se conhecer da prescrição da pretensão punitiva, tanto do embargante quanto dos co-recorrentes.

6. Tratando-se de prescrição da pretensão punitiva, que equivale à absolvição, devem ser cancelados eventuais registros cartorários, ficando o recorrente isento do pagamento das custas processuais.

7. Rejeitados os embargos, de ofício, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva.

(EDcl no AgRg no REsp 781.957/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2008, D.J.E 20/10/2008)

Assim sendo, a própria jurisprudência do S.T.J. já dá os contornos da consequência da morosidade processual: considerar o acusado inocente sem mácula alguma. Com isso, ele volta a ser tecnicamente primário, sem antecedentes que comprometam sua honra.

O próprio S.T.F. vem decidindo em caso de apuração da prática do crime de descaminho pela inutilidade da ação penal quando o valor de débito é menor que R\$

10.000,00 (dez mil reais), montante mínimo legalmente previsto para a execução fiscal sob o comando do art. 20 da Lei 10.522/2002, na redação dada pela Lei 11.033/2004. Eis duas decisões sobre o tema:

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE DESCAMINHO (CP, ART. 334, “CAPUT”, SEGUNDA PARTE) - TRIBUTOS ADUANEIROS SUPOSTAMENTE DEVIDOS NO VALOR DE R\$ 8.135,12 - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DE DESCAMINHO. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. Aplicabilidade do postulado da insignificância ao delito de descaminho (CP, art. 334), considerado, para tanto, o inexpressivo valor do tributo sobre comércio exterior supostamente não recolhido. Precedentes. (HC 100316, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-03 PP-00514)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. Conforme precedentes do Supremo Tribunal

Federal (HC 92.438, de minha relatoria), impõe-se a rejeição da denúncia ou o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, quando o valor do tributo devido pelo acusado de descaminho for inferior ao montante mínimo legalmente previsto para a execução fiscal (art. 20 da Lei 10.522/2002, na redação dada pela Lei 11.033/2004), uma vez que não faz sentido que uma conduta administrativa ou civilmente irrelevante possa ter relevância criminal. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade material da conduta atribuída ao paciente. (HC 96307, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 24/11/2009, DJe-232 DIVULG 10-12-2009 PUBLIC 11-12-2009 EMENT VOL-02386-02 PP-00273).

Com isso, o S. T. F. optou pelo caminho da extinção das ações penais quando o valor do tributo cobrado corresponder à quantia referida, dando nítida força ao argumento da utilidade em face da economia gerada, em franco respeito à escolha de planejamento estratégico feita pelo Poder Executivo Federal. É esta a redação do art. 20 da Lei n. 10.522/2002:

Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

De todo o exposto, sopesar o tema sob o foco das quatro grandezas operacionais - monetária, quantidade, qualidade e tempo, temos que: a extinção do processo quando vislumbrada futura prescrição trará economia para a administração da justiça, pois a atividade forense se debruçará somente sobre processos que darão algum fruto; reduzirá a quantidade de processos tornando mais ágil a Justiça, pois todos os processos inúteis deixarão de ocupar a atenção dos servidores e dos juízes; haverá maior qualidade na prestação jurisdicional uma vez que a utilidade será o foco predominante; os processos que não forem arquivados deverão ser concluído em melhor tempo, reduzindo, por certo, a sensação de impunidade.

É de concluir, portanto:

Com exceção dos casos previstos na Constituição de 1988, o Estado tem prazo determinado para julgar processos judiciais penais sob pena de perder o direito de punir.

A prescrição penal deve sempre ser vislumbrada antecipadamente para evitar atividade forense desnecessária, em atendimento ao princípio constitucional da eficiência - aplicável aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A eficácia é subprincípio da eficiência porque a noção de eficácia traduz,

induidosamente, a relação entre resultados alcançados e objetivos. Toda organização tem metas e objetivos, tornando-se eficaz sempre quando consegue atingi-los. Enquanto isso, a eficiência reflete a noção da relação entre resultados alcançados e recursos empregados para atingir estes resultados.

O processo penal instrumento de aplicação do Direito Penal, deve ser feito com eficiência e eficácia. Pela primeira, deve o processo atender uso razoável do tempo, além de emprego de recursos econômicos racionais, com servidores qualificados que evitem retrabalhos atividades classificadas como inúteis ou repetitivas. Pela segunda, deve o processo penal atingir o objetivo de aplicar o Direito Penal sem vício de nulidade.

A concreta possibilidade de efetivação de um juízo condenatório capaz de prever a prescrição penal leva o processo à inutilidade autorizando o arquivamento por falta de interesse de agir do Estado.

A exclusão dos processos inúteis vai permitir ao Judiciário que dê mais atenção aos feitos que deem frutos.

Assim, no caso presente temos:

Em relação a (...), a denúncia foi recebida em **setembro de 2001 (fls. 50)**. Não há ato processual interrompendo a prescrição.

Verifiquei que o réu tem todos os elementos do artigo 59 do Código Penal favoráveis a ele, o que exige fixar a **pena no mínimo legal de um ano, previsto no art. 171, caput, do Código Penal**.

Se a pena for de até dois anos, a prescrição ocorrerá necessariamente em 4 anos, na forma artigo 109, IV, do Código Penal. Neste caso, já decorreu o prazo de mais de oito anos da data do recebimento da delatária.

Posto isto, com fundamento no art. 395, II do Código de Processo Penal, dado, por estar inexoravelmente constatada a iminente ocorrência da prescrição *ante tempus*, pelo esvaecimento do interesse de agir, condição *sine qua non* para o exercício da *persecutio criminis*, **decreto a extinção desta ação penal sem julgamento do mérito**, determinando que a Secretaria proceda, após o trânsito em julgado, baixa na distribuição, com exclusão do nome do réu do sistema de informática.

Foi declarada extinta a punibilidade em relação a (...), considerando ter ele cumprido as condições de suspensão do processo na forma do art. 89 da Lei n. 9099/95.

Publique-se. Registre-se e Intime-se.

Em 28 de abril de 2010.

Pedido de Desaforamento

Paulo Camelo Timbó

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. DESAFORAMENTO CRIMINAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. EXCESSO DE SERVIÇO. ART. 428, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (ALTERAÇÃO DADA ATRAVÉS DA LEI Nº 11.689/2008). REQUERIMENTO FEITO PELO JUIZ MONOCRÁTICO. ILEGITIMIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE PRESTA A SOLUCIONAR NOTÓRIA SOBRECARGA DE TRABALHO. PEDIDO NÃO CONHECIDO.

1. O desaforamento de julgamento para outra Comarca é medida de exceção ao princípio geral da competência em razão do lugar, justificando-se quando presente uma das hipóteses previstas no art. 427 e art. 428, do Código de Processo Penal, o qual se refere refere este último ao excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, caso o julgamento não possa ser realizado no prazo de 06 (seis) meses, contados do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

2. Na hipótese, o desaforamento foi requerido pelo juiz processante, fundamentado no art. 428, do Código de Processo penal, entretanto, a meu ver, o juiz não é parte legítima para pleitear tal pedido, posto que expresso no referido artigo que serão ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, verificando-se, assim, que o legislador restringiu às partes, a legitimidade para pleitear o desaforamento, no caso de demora de julgamento motivado por excesso de serviço.

3. Não obstante os argumentos do requerente, como já dito, o desaforamento é um ato excepcional, o qual deve ser concedido somente em hipóteses bem delimitadas, sob pena de trazer prejuízos às Comarcas vizinhas, em face da possível sobrecarga de trabalho que seria causada pela transferência de procedimentos originários de outros foros, o que poderia acontecer se concedido o pedido do nobre julgador. Ademais, tal medida não é destinada a resolver problema administrativo da comarca, empurrando para outras a carga de serviço, como é o caso dos autos.

4. Pedido de desaforamento não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Desaforamento de Julgamento, acordam os Desembargadores das Câmaras Criminais Reunidas, à unanimidade de votos, em não conhecer do pedido de desaforamento, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

Fortaleza, 31 de outubro de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de desaforamento formulado pelo JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DO JÚRI DA COMARCA DE (...), lastreado no art. 428, do Código de Processo Penal, com o intuito de ver modificada a competência para o julgamento do réu, (...), o qual foi pronunciado pela prática da infração prevista no art. 121, §2º, inciso IV, c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal Brasileiro.

Sustenta o requerente, que a decisão que pronunciou o réu já tem quase 09 (nove) anos. Alega que a pauta de julgamentos do júri da vara de (...), contempla dois júris por semana e que a existência de mais de 4.000 (quatro mil) processos em andamento na referida vara, impede a ampliação semanal da agenda, considerando que muitos dependem de agendamento de audiências.

Aduz que na seleção dos processos incluídos em pauta foi observado o art. 429, do Código de Processo Penal. Com isso, tem-se a previsão de que a Vara do Júri de (...) vai utilizar muito tempo no julgamento de processos com réus presos e de processos antigos e, por serem muitos, não haveria como julgar todos em tempo adequado.

Por tais motivos, lastreado no art. 428, do Código de Processo Penal, sugeriu a mudança de competência do mencionado julgamento para Fortaleza ou outra comarca, arguindo, ainda, que as varas do Júri de Fortaleza têm acervo bem mais reduzido e que podem agilizar consideravelmente os julgamentos.

Intimação do Ministério Público à fl. 140, bem como do Defensor do acusado à fl. 142, porém, não houve manifestação.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça de fls. 151/154, opinando pelo indeferimento do pedido.

É o breve relato.

VOTO

Como relatado, trata-se de pedido de desaforamento formulado pelo JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DO JÚRI DA COMARCA DE (...), lastreado no art. 428, do Código de Processo Penal, com o intuito de ver modificada a competência para o julgamento do réu, (...), o qual foi pronunciado pela prática da infração prevista no art. 121, §2º, inciso IV, c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal Brasileiro, sustentando, em síntese, haver decorrido quase 09 (nove) anos da decisão que pronunciou o réu, inexistindo perspectiva de julgamento popular em tempo razoável.

Primeiramente, ressalto que apesar de haver acompanhado o voto do eminente relator Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo, ao julgar procedente o pedido de desaforamento nº (...), porém, no presente caso, analisando acuradamente os autos, entendo que não há como conhecer deste pedido.

Vejamos.

É sabido que o desaforamento de julgamento para outra Comarca é medida de exceção ao princípio geral da competência em razão do lugar, justificando-se, quando presente uma das hipóteses previstas no art. 427, do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

“Art. 427 - Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas”.

Entretanto, a alteração realizada no Código de Processo Penal, através da Lei nº 11.689/2008, introduziu a possibilidade de desaforamento por excesso de serviço, quando o juízo, por acúmulo de atividades, não designa data de julgamento nos 06 (seis) meses subsequentes ao trânsito em julgado da decisão de pronúncia, conforme disposto no art. 428:

“art. 428 – O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.
§1º (..)”.

Desta feita, não obstante a referida alteração, a qual passou a prever a hipótese de desaforamento em razão do comprovado excesso de serviço, em casos em que o julgamento não se realiza no prazo de 06 (seis) meses do trânsito em julgado da

decisão de pronúncia, entendo, que, ainda assim, o requerente não é parte legítima para pleitear tal pedido, uma vez que expresso no mencionado artigo, **que serão ouvidos o juiz presidente e a parte contrária.**

Acerca do assunto, leciona Guilherme de Souza Nucci:

“ao fazer referência, apenas, à oitiva do juiz, novamente, a lei não permite ao magistrado que represente pelo desaforamento, se houver excesso de serviço e demora na realização do julgamento. Entretanto, já lembrava Hermínio Alberto Marques Porto, na redação anterior, que ‘não é encontrada justificativa para a não provocação, na hipótese, da motivação do Juiz, através da representação prevista no art. 424, *caput*, [atual, art. 428, *caput*], pois ao Juiz compete velar pelo pronto e normal encerramento do procedimento e, para a satisfação de tal objetivo mostra, então somente em parte, a lei processual, preocupação ao apontar o marco inicial do prazo de um ano [atuais seis meses] (data do recebimento do libelo) [atual, trânsito em julgado da pronúncia]’ (*Júri. p. 110*). A probabilidade de não se ter concedido ao juiz essa oportunidade deve vincular-se a abusos porventura cometidos. Se o magistrado é o senhor da designação e do controle da pauta de julgamentos, poderia agendar processos mais complexos para datas distantes, justamente para, depois, provocar o desaforamento.”¹

No mesmo sentido, doutrina Rogério Sanches Cunha:

“(...)Interessante notar que, na hipótese de desaforamento prevista no parágrafo único do art. 428, não tem o juiz legitimidade para formular o pedido. Ora, se a demora na realização do julgamento não pode ser creditada à inércia do juiz, mas, ao revés, ao volume excessivo de trabalho ou à pauta carregada de julgamentos, deveria se admitir que o magistrado, preocupado com a correta distribuição da justiça e zeloso de sua função, pudesse, por meio de petição fundamentada e devidamente documentada, provocar o tribunal no sentido do deslocamento do Júri para outra comarca menos assoberbada de serviço. Caso se vislumbrasse, com tal iniciativa, eventual intenção do juiz em se esquivar do trabalho, cumpriria à corregedoria adotar as medidas cabíveis à espécie.(...)”²

Desta forma, verifica-se que o legislador restringiu às partes, a legitimidade para pleitear o desaforamento, no caso de demora de julgamento motivado por excesso de serviço, nos termos do art. 428, do Código de Processo Penal.

1 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO. Nucci, Guilherme de Souza, 11 ed. , Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, pág:828.

2 ROGÉRIO SANCHES CUNHA. O desaforamento da lei 11.689/08. Disponível em: <<http://atualidades-dodireito.com.br/rogeriosanches/2011/08/10/o-desaforamento-na-lei-11-68908/>>. Acesso em: 04 out 2012.

Ademais, não obstante os argumentos do requerente de que as varas do Júri de Fortaleza têm acervo bem mais reduzido e que podem agilizar consideravelmente os julgamentos, bem como vislumbrando a sua preocupação em agilizar os processos de competência do Júri, entendo que, a sobrecarga de processos é característica que atinge o Judiciário cearense como um todo, não estando limitado somente à comarca em que atua o requerente.

Ora, como já dito, o desaforamento é um ato excepcional, o qual deve ser concedido somente em hipóteses bem delimitadas, sob pena de trazer prejuízos às Comarcas vizinhas, em face da possível sobrecarga de trabalho que seria causada pela transferência de procedimentos originários de outros foros, o que, a meu ver, poderia acontecer se concedido o pedido do nobre julgador.

Ressalto, ainda, que tal medida não é destinada a resolver problema administrativo da comarca, empurrando para outras a carga de serviço, como é o caso dos autos.

Acerca do assunto, eis o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ementa: DESAFORAMENTO. Excesso de serviço. Hipótese na qual, conquanto decorrido prazo superior a seis meses desde o trânsito em julgado da pronúncia, não se excepcionam a regra da competência territorial e a garantia constitucional do juiz natural. Medida que não se presta a solucionar notória sobrecarga em serviço forense. Pedido de desaforamento indeferido. (Desaforamento de Julgamento 0280054-57.2009.8.26.0000; Relator: Encinas Manfré; **Comarca:** São Vicente; **Órgão julgador:** 8ª Câmara de Direito Criminal; **Data do julgamento:** 16/12/2010; **Data de registro:** 10/01/2011).

DESAFORAMENTO. EXCESSO DE SERVIÇO. EXTRAPOLAR DO PRAZO CONTIDO NO ART. 428, DO ESTATUTO DE RITOS. SITUAÇÃO ASSEMELHADA EM QUASE TODAS AS COMARCAS DO JUDICIÁRIO BANDEIRANTE PELO VOLUMOSO NÚMERO DE PROCESSOS EM ANDAMENTO. PLEITO INEFICAZ. PEDIDO INDEFERIDO.(DESAFORAMENTO DE JULGAMENTO nº 0280058-94.2009.8.26.0000; Comarca: SÃO VICENTE - (Processo nº 26/2006); Juízo de Origem: 1ª. Vara Criminal; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Requerente: 6º Promotor de Justiça da Comarca de São Vicente; Relator: Euvaldo Chaib; Data do julgamento: 15.02.2011; Data de Registro: 16.02.2011)

Além disso, não há nenhuma garantia de que a transferência do presente julgamento a Comarca diversa representará maior celeridade ao feito.

Com efeito, a Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 151/154, manifestou-se pelo indeferimento do pedido de desaforamento, asseverando a douta Procuradora que:

“(…) *In casu*, observa-se que o douto magistrado interpôs, de ofício, pedido de desaforamento com base no art. 428 do Código de Processo Penal, que possui a seguinte redação: (...)”

Em síntese, o aludido artigo preceitua que o desaforamento pode se fundar em comprovado excesso de serviço na Comarca, que impossibilite o julgamento no prazo de seis meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

Ocorre que, da leitura do texto legal, depreende-se que o magistrado não é parte legítima para a propositura do desaforamento, quando o mesmo for requerido com base no multicitado artigo 428 do CPP.

Com efeito, caso seja o juiz solicitante do desaforamento, ele só poderá fazê-lo nas hipóteses do ‘*caput*’ do art. 427 e as partes poderão requerê-la tanto nas hipóteses do ‘*caput*’ do art. 427, bem como a hipótese trazida no art. 428 do CPP.

(...)

Conclui-se, portanto, que não é permitido o magistrado requerer o desaforamento, de ofício, na hipótese de excesso de serviço e demora na realização do julgamento.

Demais disso, apesar de existir, como regra geral, prazo previsto para o julgamento pelo Tribunal do Júri, ou seja, seis meses, a partir do trânsito em julgado da decisão de pronúncia, o desaforamento sob exame, para comarca próxima, alongaria, certamente, ainda mais, o prazo para julgamento do réu.

É que, ninguém desconhece existir grande volume de processos em espera de julgamento não só na Comarca de origem, como também naquelas para onde poderia ser deslocado o feito.

(...)

Diante do exposto e por tudo o mais que dos fólios consta, opina esta Representante do Parquet pelo indeferimento do petitório de desaforamento, articulado pelo magistrado da vara do júri da Comarca de Caucaia/CE.”

DIANTE DO EXPOSTO,

à míngua de legitimidade do requerente, não conheço do pedido.

É como voto.

Fortaleza, 31 de outubro de 2012.

Paulo Camelo Timbó
Relator

Revisão Criminal

Paulo Camelo Timbó

EMENTA: REVISÃO CRIMINAL. ART. 213, CP. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE.

1. A revisão criminal é uma ação penal de competência originária dos tribunais, destinada a rever sentença condenatória, com trânsito em julgado quando presentes uma das hipóteses do art. 621, do Código de Processo Penal.

2. No caso, restou configurada a hipótese do inciso I, do art. 621, do Código de Processo Penal, haja vista estar evidenciada manifesta contrariedade à prova dos autos, não havendo nenhuma prova segura e coerente nos autos a sustentar a condenação do ora requerente e, assim, a absolvição é medida que se impõe.

3. Revisão criminal conhecida e julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da presente Ação de Revisão Criminal, acordam os Desembargadores das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime e, em consonância com o parecer ministerial, julgar PROCEDENTE o pedido de revisão, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 19 de dezembro de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal, ajuizada por (...), a fim de ver cassada a sentença condenatória proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de (...), que o condenou por infringência ao art. 213 do Código Penal, a uma pena de 06 (seis) anos de reclusão.

O ajuizamento da presente ação de revisão criminal tem fundamento no inciso I do artigo 621, do Código de Processo Penal, em razão da contrariedade da

decisão condenatória à evidência dos autos. Em sua peça inicial, argui o requerente que as provas dos autos não demonstram a ocorrência do delito e sua autoria, impondo-se, assim, sua absolvição.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 07/48.

Certidão de trânsito em julgado à fl. 91 dos autos da ação penal (em apenso).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 101/107 dos autos apensos, opinando pelo provimento da revisional, para absolver o requerente.

É o relatório.

VOTO

Como relatado, cuida a espécie de revisão criminal, ajuizada por (...), a fim de ver cassada a sentença condenatória proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de (...), que o condenou por infringência ao art. 213 do Código Penal, a uma pena de 06 (seis) anos de reclusão.

O ajuizamento da presente ação de revisão criminal tem fundamento no inciso I do artigo 621, do Código de Processo Penal, em razão da contrariedade da decisão condenatória à evidência dos autos. Em sua peça inicial, argui o requerente que as provas dos autos não demonstram a ocorrência do delito e sua autoria, impondo-se, assim, sua absolvição.

A revisão criminal é uma ação penal de competência originária dos tribunais, destinada a rever sentença condenatória, com trânsito em julgado quando presentes uma das hipóteses do art. 621, do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 621- A revisão dos processos findos será admitida:

I- quando a sentença condenatória for contrária ao texto da lei penal ou à evidência dos autos.

II- quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III- quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Entendo, *data venia*, assistir razão ao requerente.

Leciona Ada Pellegrini Grinover acerca do fundamento da revisão criminal consistente na contrariedade à evidência dos autos (art. 621, I, parte final) que:

“...a contrariedade há de ser frontal, vista como divórcio dos elementos probatórios existentes nos autos. Somente essa interpretação resguarda o

princípio do livre convencimento do juiz”¹.

Na hipótese, não existe nos autos nenhuma prova segura no sentido de ter o peticionante (...), praticado o delito de estupro, como imputado na peça delatória.

A sentença condenatória do juízo singular (fls. 85/88 da ação penal) não foi fundamentada. O magistrado sequer apontou qualquer elemento constante dos autos que tenha amparado seu convencimento, a não ser o relato da vítima.

A vítima relatou à autoridade policial:

[...] Que, no percurso da viagem, “(...)” parou no caminho e levou a declarante para dentro do mato, tendo pedido para tirar sua roupa, que de princípio foi recusado pela declarante; Que, devido a sua resistência, “(...)” tirou sua roupa à força e por sinal arrancou um botão de sua saia, em seguida deitou a declarante no solo, depois de lhe ameaçar com um revólver na mão e praticou relações sexuais, sobre [sic] **promessa de casamento, uma vez que a declarante podia ficar tranquila que não iria lhe enganar**; [...] Que, depois a declarante foi deixada em casa e **oito dias depois “(...)” lhe chamou para praticar outra relação sexual, no que foi atendido uma vez que não sentia mais dores na sua vagina**; Que dias depois “(...)” andou comentando no povoado da (...), e a declarante sabedora de tais boatos achou por bem de levar o caso ao conhecimento da sua genitora [...]. (Grifo nosso)

Em juízo, a vítima prestou as seguintes declarações (fls. 72/73):

[...] Que depois a declarante e o acusado vieram para casa, e quando já estavam bem pertinho de suas casas, o acusado levou a declarante para debaixo de um pé de manga, dentro do mato e afastada da estrada, e mandou que tirasse a saia e que estava com uma arma na mão e se não fizesse o que ele queria atiraria; Que, nessa ocasião a declarante viu o revólver na mão do acusado; Que, depois o acusado deitou a declarante no chão e colocou a arma ao lado e passou a tirar a roupa da declarante; Que, em seguida pegou novamente a arma, ficou com ela na mão e passou a forçar a ter relação sexual com a declarante; Que, o acusado tirou apenas a sua calça; Que, o acusado conseguiu manter relação sexual com a vítima e **o tempo todo esteve com o revólver na mão; Que o acusado disse a declarante que não se preocupasse que se casaria**; [...] Que depois teve mais duas relações sexuais com o acusado; [...] **Que a declarante teve outras duas relações sexuais com o acusado antes de ser submetida a exame pelos peritos**; [...]. Grifo nosso.

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág: 250.

Verifica-se, nos relatos da vítima, data vênia, certa contradição no suposto comportamento do acusado, que de revólver em punho, praticando o delito de estupro, estaria, ao mesmo tempo, prometendo casamento à vítima, como uma forma de convencê-la a manter a relação sexual. Não parece razoável que um homem, de arma em punho, ameaçando atirar caso a vítima resista ao ato sexual, precisaria, ao mesmo tempo, fazer promessas de casamento.

Destaca-se, de outro lado, que a perícia realizada na vítima não comprova, de forma alguma, a materialidade do delito, pois a própria vítima afirmou, nas duas ocasiões em que foi ouvida, que antes da realização do exame teve outras relações sexuais com o acusado, frise-se, consensuais.

Por fim, mostra-se também contraditório o comportamento da vítima que, apenas 08 (oito) dias após sofrer o repugnante delito de estupro, mantém, por vontade própria, relações sexuais com seu ofensor.

Bem anotado foi o parecer ministerial de fls. 101/107, cujos fundamentos tomo de empréstimo para agregar às razões de decidir do presente voto:

Ao que tudo indica, no caso em tablado a jovem donzela, iludida com as promessas de casamento formuladas pelo revisionando, cedeu aos seus apelos, entregando-se sexualmente a este que, uma vez descumprindo o prometido, foi alvo da fúria da, até então, namorada, a qual resolveu tomar de empréstimo o aparato estatal para vingar-se do promitente faltoso. A conduta que foi atribuída ao revisionando, ocorrida nos idos de 1996, melhor enquadramento encontrava no então vigente crime de sedução, previsto no art. 217, do Código Penal, que consistia em “*seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança*”. Todavia, como é cediço, tal crime foi expungido do arcabouço penal, por força da Lei n. 11.106/2005, de sorte que a conduta não encontra hoje moldura típica.

A meu sentir, respeitadas as opiniões divergentes, tenho que as provas colhidas nos autos não demonstram a ocorrência do delito, e definitivamente não possuem o caráter de certeza necessário a um juízo condenatório.

Ora, de curial sabinça que o ônus da prova recai sobre quem faz a alegação, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Não é o réu que precisa provar que não praticou o delito, mas o órgão acusador é que deve provar, sem margem a dúvidas, que o delito ocorreu e que o réu foi seu autor.

A acusação não logrou êxito em provar suas alegações, especialmente quanto à ocorrência do delito.

Portanto, não se trata apenas de inconformismo do requerente, mas sim, de restar patente que a sentença recorrida contrariou a evidência dos autos, uma vez que

não há no processo, provas claras, seguras e coerentes que se mostrem aptas a embasar a condenação do requerente.

Deste modo, estando a sentença condenatória em total desarmonia com tudo que se apurou no processo, não há como se sustentar a decisão que condenou o réu nas reprimendas do art. 213 do Código Penal. A absolvição é medida que se impõe.

DIANTE DO EXPOSTO,

por configurar, o caso dos autos, a hipótese do inciso I, do art. 621, do Código de Processo Penal, o que autoriza a medida extrema de vulneração da coisa julgada, em consonância com o parecer ministerial, conhecimento da revisão criminal, para julgá-la PROCEDENTE, absolvendo (...), nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e com base no art. 626, do mesmo diploma.

Caso o réu encontre-se preso em decorrência da ação penal que originou essa revisional, expeça-se, *incontinenti*, alvará de soltura, ressalvando-se que o mesmo deverá ser cumprido somente se por outro motivo não estiver preso.

Se, de outro modo, não se encontrar preso o réu, que seja recolhido o mandado de prisão expedido em seu desfavor.

É como voto.

Fortaleza, 19 de dezembro de 2012.

Paulo Camelo Timbó
Relator

Ação Ordinária com Pedido de Tutela Antecipada

Paulo de Tarso Pires Nogueira

SENTENÇA

Vistos, etc...

Cogitam os autos de Ação Ordinária aforada por (...), qualificada e habilitada por seu procurador constituído, em face do requerido, MUNICÍPIO (...), pessoa jurídica de direito público interno, consoante prefacial e documentação anexa, onde deduziu pretensão no sentido de que se considere como base de cálculo do ITBI, na transmissão do imóvel identificado no auto de adjudicação originário da Ação Ordinária que tem trâmite na 12ª Vara Cível de (...), registrado sob o nº (...), o valor constante do referido documento, e, por conseguinte, que seja concedida isenção do citado gravame na operação de transmissão do imóvel para o seu nome.

Enuncia a autora que formalizou, junto à Secretaria de Finanças do Município (...), pedido de expedição da Guia de ITBI, com a finalidade de receber a Carta de Adjudicação do imóvel referente ao Auto de Adjudicação oriundo da Ação de Exercício de Direito de Preferência c/c Manutenção de Posse, Anulação de Escritura e de Registro Imobiliário, Adjudicação de Imóvel e de Perdas e Danos, que se encontra em fase de execução no juízo da 12ª Vara Cível de (...) (Processo de nº (...) – nº atual (...)).

Afirma que o valor constante do Auto de Adjudicação é de R\$ 6.927,12 (seis mil, novecentos e vinte e sete reais e doze centavos), datado este de 06/11/2007, correspondente ao valor de Cr\$ 1.000.000,00 (hum milhão de cruzeiros), acrescido dos rendimentos da caderneta de poupança desde a data de 03/01/1992, data de registro da transferência do domínio, até a data de 21/09/2007, cujo valor foi estabelecido pela Administração Municipal, conforme laudo datado de 05/12/1991, sobre o qual foi recolhido a exação municipal à base de 2% do valor do imóvel.

Assevera, ainda, que o requerido, ao expedir a Guia de Recolhimento do ITBI inobservou o fato de que a adjudicação do imóvel resulta de ação judicial de 1992 e que o mesmo já havia sido pago por ocasião da transferência do domínio a terceiro, tendo arbitrado um valor fictício ao imóvel de R\$ 82.206,00 (oitenta e dois mil e duzentos e seis reais), o qual não corresponde ao valor determinado no processo outrora mencionado, resultante de decisão com trânsito em julgado.

O pleito de caráter provisório restou concedido pelo juízo processante, nos termos da decisão de fls. 47/54 e de fls. 58/59.

O requerido apresentou contestação às fls. 70/74, ocasião em que arguiu quanto à correção do valor cobrado a título de ITBI com base no cálculo apresentado pela SEFIN e a inexistência de requerimento administrativo formulado pela autora, junto ao Fisco Municipal, com vistas à pretendida isenção do gravame.

A requerente acostou réplica às fls. 81/83, no bojo da qual reiterou pela procedência da ação.

O membro do Ministério Público oficiante neste juízo opinou pela procedência da demanda, nos termos do parecer lançado às fls. 89 dos autos.

Eis, em síntese, o relato dos autos. Transpasso ao julgamento da causa, a teor do art. 330, inciso I, do CPC, eis que a questão envolve apenas matéria de direito, não havendo mais nada a sanear.

Depreende-se que a pretensão deduzida no caderno processual concerne à aplicação da base de cálculo do ITBI na transmissão do imóvel identificado no auto de adjudicação originário da Ação Ordinária que tem trâmite na 12ª Vara Cível de (...), registrado sob o nº (...), postulando a autora que o valor correto deve ser aquele referenciado no referido documento, e não o constante de avaliação ulterior realizada pela Municipalidade, e, ainda, à concessão de isenção do citado gravame na operação de transmissão do imóvel para o seu nome.

O tributo de competência dos Municípios, comumente conhecido pela sigla ITBI, cujo extenso nomen juris é também indicativo de seu fato gerador, qual seja, imposto sobre a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição, tem sua base de cálculo estabelecida em lei complementar, como assim prescrito na Carta Republicana de 1988, em seu art. 146, inciso III, alínea a, nos seguintes termos:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

A lei complementar a que faz remissão a Carta Magna é o Código Tributário Nacional, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, à época lei ordinária, e, com o advento da Norma Fundamental, recepcionada como lei complementar, estatuinto o referido regramento, em seu art. 38, que “*A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos*”.

A expressão valor venal deve ser compreendida como o valor de mercado atribuído ao bem, é dizer, o preço de venda, à vista, em condições normais de mercado, sendo irrelevante o preço de venda constante da escritura, sendo de ressaltar que, caso o Fisco Municipal não concorde com o valor atribuído ao bem, poderá se valer do procedimento de arbitramento, nos termos em que preceitua o art. 148 do CTN.

Conveniente se faz, ao deslinde do caso em comento, sua literal transcrição:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base ou tome em consideração o valor ou o preço de bens, direito, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Ressai constatar, no caso em apreço, que o imóvel de propriedade da autora restou a ela adjudicado pelo valor, à época, de R\$ 6.927,12 (seis mil, novecentos e vinte e sete reais e doze centavos), tendo sido objeto de avaliação pela própria Municipalidade, conforme documentação que se vê às fls. 14/16 dos autos.

Ao que se infere de sua defesa, o contestante justifica a aplicação de base de cálculo no montante de R\$ 82.206,00 (oitenta e dois mil e duzentos e seis reais), em razão de nova avaliação por ele feita, invocando, para tanto, a incidência da Lei Municipal 9.133/2006, cujo art. 6º, § 1º, prevê que “*Nas arrematações judiciais, inclusive adjudicações e remissões, a base de cálculo será o maior dentre os valores da avaliação da administração tributária e da avaliação judicial*”.

Entende doutrina abalizada, ilação com a qual perfilhamos, que inexistente hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, valendo destacar que eventuais antinomias a envolver as duas espécies normativas há de ser resolvido no âmbito material reservado às espécies normativas previstas na Constituição Federal, conforme assentou o Excelso Pretório em diversos precedentes (RE 457-884-AgR; RE 419.629; AI 637.299-AgR).

Destarte, é de se concluir que a legislação municipal não pode invadir a esfera material estabelecida na Constituição da República à lei complementar de natureza tributária, como visto em linhas cimeiras, sendo de destacar que o valor venal

do imóvel resultou, no caso em destreame, de adjudicação empreendida por meio de Processo Judicial que tem curso na 12ª Vara Cível da Comarca de (...), e cuja avaliação tem respaldo em documento produzido pela própria Municipalidade.

Em caso análogo que tratava de arrematação de bem alienado judicialmente, considerou-se como base de cálculo do ITBI o valor do bem alcançado em hasta pública, e não o valor contestado pelo Município. Transcrevo, para fins didáticos, o aresto ora mencionado, *verbatim*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. ITBI. ARREMATAÇÃO JUDICIAL. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA ARREMATAÇÃO E NÃO O VENAL. PRECEDENTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. DIREITO LOCAL. SÚMULA 280 DO STF. OMISSÃO – ART. 535, CPC. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO PELA ALÍNEA “C”. 1. A arrematação representa a aquisição do bem alienado judicialmente, considerando-se como base de cálculo do ITBI aquele alcançado na hasta pública. (Precedentes: (REsp 863.893/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 07/11/2006; e REsp 2.525/PR, Rel. Ministro ARMANDO ROLEMBERG, PRIMEIRA TURMA, DJ 25/06/1990). 2. Nesse sentido, o precedente: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO INTER VIVOS. BASE DE CÁLCULO. VALOR VENAL DO BEM. VALOR DA AVALIAÇÃO JUDICIAL. VALOR DA ARREMATAÇÃO. I - O fato gerador do ITBI só se aperfeiçoa com o registro da transmissão do bem imóvel. Precedentes: AgRg no Ag nº 448.245/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 09/12/2002, REsp nº 253.364/DF, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 16/04/2001 e RMS nº 10.650/DF, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 04/09/2000. Além disso, já se decidiu no âmbito desta Corte que o cálculo daquele imposto “há de ser feito com base no valor alcançado pelos bens na arrematação, e não pelo valor da avaliação judicial” (REsp. nº 2.525/PR, Rel. Min. ARMANDO ROLEMBERG, DJ de 25/6/1990, p. 6027). Tendo em vista que a arrematação corresponde à aquisição do bem vendido judicialmente, é de se considerar como valor venal do imóvel aquele atingido em hasta pública. Este, portanto, é o que deve servir de base de cálculo do ITBI. II - Recurso especial provido. (REsp 863.893/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 07/11/2006, p. 277) 3. Deveras, é cediço que o Tribunal a quo assentou: “Instituído o ITBI pelo Município de Porto Alegre, “A base de cálculo do imposto é o valor venal do imóvel objeto da transmissão ou da cessão de direitos reais a eles relativos, no momento da estimativa fiscal efetuada pelo Agente Fiscal da Receita Municipal” (caput do art. 11 da LCM Nº 197/89). Já, o art. 12 da referida legislação dispõe o seguinte: “Art. 12 – São, também, bases de cálculo do imposto: [...] IV – a estimativa fiscal ou o preço pago, se este for maior, na arrematação e na adjudicação de imóvel”. No caso, cuida-se de arrematação judicial efetuada por R\$ 317.000, 00. O arrematante tem responsabilidade tributária pessoal relativamente a esse tributo, que tem por fato gerador a transmissão do domínio (art. 35, I, do Código Tributário Nacional), prevalecendo, portanto, a legislação municipal.” (fls. 114 e ss.) 4. A Súmula 280/STF dispõe que: “Por ofensa a direito local não cabe recurso

extraordinário”. 5. O acórdão recorrido, em sede de embargos de declaração, que enfrenta explicitamente a questão embargada não enseja recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC. 6. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (REsp 1188655/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 08/06/2010)

No que respeita à isenção, convem frisar que o Supremo Tribunal Federal já firmou o juízo de que a concessão de tal benefício fiscal constitui ato discricionário, por meio do qual o Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade, implementa suas políticas fiscais e econômicas, cujo controle escapa à análise do Poder Judiciário. Nesse sentido, trago a lume os arestos que se veem abaixo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECRETO N. 420/92. LEI N. 8.393/91. IPI. ALÍQUOTA REGIONALIZADA INCIDENTE SOBRE O AÇÚCAR. ALEGADA OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTS. 150, I, II e § 3º, e 151, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONSTITUCIONALIDADE. 1. O decreto n. 420/92 estabeleceu alíquotas diferenciadas --- incentivo fiscal --- visando dar concreção ao preceito veiculado pelo artigo 3º da Constituição, ao objetivo da redução das desigualdades regionais e de desenvolvimento nacional. Autoriza-o o art. 151, I da Constituição. 2. A alíquota de 18% para o açúcar de cana não afronta o princípio da essencialidade. Precedente. 3. A concessão do benefício da isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, cujo controle é vedado ao Judiciário. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 630997 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 24/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00107 EMENT VOL-02276-37 PP-07547)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPI. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. ALÍQUOTAS REGIONALIZADAS. LEI 8.393/91. DECRETO 2.501/98. ADMISSIBILIDADE. 1. Incentivos fiscais concedidos de forma genérica, impessoal e com fundamento em lei específica. Atendimento dos requisitos formais para sua implementação. 2. A Constituição na parte final do art. 151, I, admite a “concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país”. 3. A concessão de isenção é ato discricionário, por meio do qual o Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade, implementa suas políticas fiscais e econômicas e, portanto, a análise de seu mérito escapa ao controle do Poder Judiciário. Precedentes: RE 149.659 e AI 138.344-AgR. 4. Não é possível ao Poder Judiciário estender isenção a contribuintes não contemplados pela lei, a título de isonomia (RE 159.026). 5. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 344331, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 11/02/2003, DJ 14-03-2003 PP-00040 EMENT VOL-02102-04 PP-00831)

À luz do exposto, e atento à fundamentação fática e jurídica acima delineada, hei por bem JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES os pleitos deduzidos na prefacial, com resolução do mérito, a teor do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, ao fito de determinar a aplicação, como base de cálculo do ITBI incidente sobre o imóvel objeto dos autos, do valor venal constante do Auto de Adjudicação da Ação Ordinária que tem trâmite na 12ª Vara Cível (...) registrado sob o nº (...), documento repousante às fls. 14, é dizer, no valor de R\$ 6.927,12 (seis mil, novecentos e vinte e sete reais e doze centavos).

Indefiro o pleito concernente à isenção, haja vista o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, acima exposto.

Defiro o pedido de gratuidade de justiça, vez que preenchidos os pressupostos do art. 4º da Lei 1.060/1950.

Em face da sucumbência, condeno o requerido ao pagamento de honorários advocatícios, os quais arbitro no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos moldes do art. 20, *caput* e § 4º, do CPC, isentando-o quanto ao pagamento das custas processuais, por expressa disposição legal, conforme prescrição do art. 10, inciso I, da Lei 12.381/1994.

Provimento sujeito ao duplo grau de jurisdição (art. 475, inciso I, do CPC).

P.R.I. Cumpra-se.

Fortaleza/CE, 25 de outubro de 2012.

Paulo de Tarso Pires Nogueira
Juiz de Direito

Ação Ordinária de Repetição de Indébito

Paulo de Tarso Pires Nogueira

SENTENÇA

Vistos, etc...

Cuidam os autos de Ação Ordinária de Repetição de Indébito aforada por COMPANHIA (...), sociedade de economia federal e habilitada por procurador constituído, em face do requerido, MUNICÍPIO DE (...), pessoa jurídica de direito público interno, cuja pretensão concerne à declaração de inexigibilidade de relação jurídico-tributária com relação ao pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) dos imóveis matriculados na Prefeitura Municipal de (...) sob os números (...), (...) e (...), de propriedade da União Federal e que se encontram na área na qual exerce a atividade portuária como delegatária da União, abstendo-se de adotar qualquer providência em seu desfavor.

Afiança a parte autora que vem efetuando o pagamento ao promovido do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana cobrado sobre a área na qual exerce, por delegação da União, a administração do Porto do (...), sendo que, nos últimos cinco anos, o montante recolhido aos cofres municipais totaliza o valor de R\$ 1.827.811,24 (hum milhão, oitocentos e vinte e sete mil e oitocentos e onze reais e vinte e quatro centavos). Afirma que os referidos imóveis, os quais tem inscrição na PMF sob os números (...), (...) e (...), não são de sua propriedade, mas sim da União, atuando como delegatária desta para fins de gestão do Porto do (...), área onde estão localizados os citados imóveis. Assevera que tem seus objetivos ajustados à Lei Federal 8.630, de 25/12/1993 (Lei dos Portos), que autoriza à União a delegação, mediante convênio, a gestão da execução da exploração de portos, e que não ocupa o bem público na qualidade de possuidor previsto nos arts. 32 e 34 do CTN, não estando configurado o *animus domini*, motivo pelo qual não se sujeita à incidência do IPTU, pois está alcançada pela imunidade recíproca estatuída no art. 150, inciso VI, alínea a, da Constituição Federal.

O pleito de caráter precário restou concedido pelo juízo então processante da 7ª Vara da Fazenda Pública, conforme decisão repousante às fls. 100/104.

O requerido apresentou contestação às fls. 109/115, onde arguiu a preliminar de carência de ação em face da ausência de interesse de agir, e, no mérito, aduziu que a imunidade tributária não pode ser estendida às sociedades de economia mista à vista do disposto no art. 173, § 2º, da CRFB/1988.

Reiterou a autora pela procedência da ação, conforme réplica de fls. 118/127.

O membro do Ministério Público oficiante neste juízo deixou de opinar quanto ao mérito da demanda, nos termos do parecer lançado às fls. 130/134.

É o sucinto relatório. Traspasso ao julgamento da causa, a teor do art. 330, inciso I, do CPC, inexistindo nada que sanear nos autos.

Veicula a autora pretensão no sentido de que seja reconhecida a imunidade recíproca estatuída no art. 150, inciso VI, alínea a, da Constituição Federal, e, por conseguinte, a declaração de inexigibilidade de relação jurídico-tributária com relação ao pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) dos imóveis de propriedades da União Federal, integrantes do acervo patrimonial do Porto do (...), objeto de delegação para realização das atividades portuárias.

Inicialmente, entendo descabida a preliminar de carência de ação, vez que o tema decidendo se reporta à incidência ou não incidência de norma imunizante ao caso concreto, e não à existência de vício na constituição do crédito tributário ou à retenção de valores pelo Fisco Municipal, motivo pelo qual aprecio, doravante, o mérito da causa.

Insta assentar, no tocante ao mérito, que a imunidade é espécie qualificada de não incidência tributária, instituto jurídico impeditivo a que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que se acha sob o manto daquela, configurando robusta limitação ao poder de tributar, pois decorre diretamente da Norma Ápice do ordenamento jurídico, a demandar quorum mais dificultoso para sua alteração.

A Carta Cidadã, em seu art. 150, inciso VI, alínea a, retirou do campo da tributação, não fosse a regra imunizante, os impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, cobrados pelos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), de forma recíproca, é dizer, uns dos outros. Confira-se a redação da regra de imunidade em apreço:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

Regra de igual teor vem prevista no art. 9º, inciso IV, alínea a, do Código Tributário Nacional, valendo destacar o disposto no seu § 2º, quando estabelece que a aplicação de tal exceção se verifica, exclusivamente, aos serviços próprios das pessoas jurídicas de direito público a que se refere o dispositivo e inerentes aos seus objetivos.

Excepciona o Texto Maior as situações que tem relação com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel, *ex vi* do § 3º do art. 150 da CRFB/1988.

O preceito imunitório busca o resguardo do princípio federativo, cláusula pétrea insculpida no art. 60, § 4º, inciso I, da CRFB/1988, e tem como premissa fundante a isonomia dos entes constitucionais, a ensejar o tratamento paritário entre os membros do pacto federativo, ante a ausência de hierarquia entre tais entidades.

Nesse sentido, assim se expressou Eduardo Sabbag, em seu “Manual de Direito Tributário” (São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 251):

De fato, os entes políticos apresentam-se, reflexamente, parificados, e não hierarquizados. Essa forma de organização das entidades, uma perante outra, tende a rechaçar a cobrança mútua do imposto, porquanto este gravame, como exação unilateral, presume um poder de sujeição que une aquele que o exige àquele de que se cobra, refletindo uma postura genuflecta inconciliável com a estrutura de parificação imposto pelo pacto federativo. Nesse diapasão, afastada estará a mútua cobrança de impostos, exclusivamente, permanecendo, pelo menos, em tese, a cobrança recíproca dos demais tributos, v.g., as taxas, as contribuições de melhoria.

É fato incontestado que a exploração econômica das atividades portuárias marítimas, fluviais e lacustres, seja por via direta ou indireta, esta por meio de autorização, concessão ou permissão, é de competência da União, como ressaí da regra material inscrita no art. 21, inciso XII, alínea f, da Constituição da República de 1988.

No caso em deslinde, exerce a requerente atividade de gestão portuária mediante delegação do Poder Público, cujo imóvel integra o patrimônio do ente político federal, fato corroborado com o documento acostado às fls. 90 dos autos, onde o Cartório de Registro de Imóveis da 5ª Zona certificou a inexistência de imóveis na circunscrição sob sua atuação de propriedade da requerente.

De todo modo, o Guardião Supremo já sedimentou sua interpretação ao tema decidendo, quando deu solução ao caso envolvendo a Companhia (...) do Estado de São Paulo, assentando naquela ocasião que:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU. IMÓVEIS DO ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS, INTEGRANTES DO DOMÍNIO DA UNIÃO. CODESP - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INCUMBIDA DE EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO DE PORTO MARÍTIMO (ART. 21, XII, “F”, DA CF). IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, “A”, DA CF). ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DESTA CORTE (RE N. 253.472). AGRAVO IMPROVIDO. 1. No julgamento do RE n. 253.472, Redator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 01.02.11, o Plenário do STF reconheceu, por efeito da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, “a”, da CF), a inexigibilidade, por parte do Município tributante, do IPTU

referente às atividades executadas pela CODESP – entidade delegatária de serviços públicos a que se refere o art. 21, XII, “f”, da CF, na prestação dos serviços públicos de administração de porto marítimo e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. (Precedentes: RE n. 253.394, Relator o Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 11.4.03; AI n. 458.856, Relator o Ministro Eros Grau, 1ª Turma, DJ de 20.4.07; RE n. 265.749-Ed-Ed, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 22.08.11; AI n. 738.332-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 26.11.10, entre outros). 2. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “IMPOSTO – Predial e Territorial Urbano – Município de Santos – CODESP – Pretensão à imunidade do lançamento fiscal – Inviabilidade – Imunidade se aplica aos bens e serviços de ente estatal, não às sociedades de economia mista que os exploram – Isenção não renovada depois da Constituição Federal de 1.988 – Tributo devido. (...)” 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (RE 462704 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 04/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-022 DIVULG 31-01-2013 PUBLIC 01-02-2013)

E M E N T A: CODESP - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INCUMBIDA DE EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO DE PORTO MARÍTIMO - MATÉRIA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO ESTATAL (CF, ART. 21, XII, “f”) - POSSIBILIDADE DE A UNIÃO FEDERAL OUTORGAR, A UMA EMPRESA GOVERNAMENTAL, O EXERCÍCIO DESSE ENCARGO, SEM QUE ESTE PERCA O ATRIBUTO DE ESTATALIDADE QUE LHE É PRÓPRIO - OPÇÃO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA - CODESP COMO INSTRUMENTALIDADE ADMINISTRATIVA DA UNIÃO FEDERAL, INCUMBIDA, NESSA CONDIÇÃO INSTITUCIONAL, DE EXECUTAR TÍPICO SERVIÇO PÚBLICO - CONSEQÜENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA GOVERNAMENTAL, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, “a”) - O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA FEDERAÇÃO - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA CODESP, EM FACE DO IPTU, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO, QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. - A CODESP, que é sociedade de economia mista, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de administração de porto marítimo constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea “f”, da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, “a”),

do poder de tributar dos entes políticos em geral, inclusive o dos Municípios. - Conseqüente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do IPTU referente às atividades executadas pela CODESP na prestação dos serviços públicos de administração de porto marítimo e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. - Para que o julgamento se mostre legítimo, basta que se observe, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 83, § 1º, do RISTF, o interstício temporal mínimo de 48 horas entre a data da publicação da pauta e a da realização da sessão de julgamento, não sendo necessário, para tal fim, que conste, da pauta, o dia em que se procederá à apreciação do litígio. Precedentes. Observância, no caso, de lapso superior a 48 horas. Plena regularidade do julgamento assim realizado. (RE 265749 ED-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, DJe-160 DIVULG 19-08-2011 PUBLIC 22-08-2011 EMENT VOL-02570-02 PP-00273)

No que concerne à prescrição quinquenal dos créditos oponíveis contra a (...), deve-se levar em conta a retroação dos créditos em favor da autora a contar da data de interposição da demanda, operando-se o fenômeno preclusivo com relação às parcelas que ultrapassem o lustro legal.

Diante do exposto, e tendo em conta os fundamentos fáticos e jurídicos acima delineados, hei por bem JULGAR PROCEDENTES os pleitos requestados na exordial, ao escopo de decretar a inexigibilidade de relação jurídico-tributária com relação ao pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) dos imóveis matriculados na Prefeitura Municipal de (...) sob os números (...), (...), (...) e (...), de propriedade da União, os quais se encontram na área na qual exerce a autora, COMPANHIA (...), a atividade portuária como delegatária do ente político federal, bem assim, para condenar o requerido à repetição do indébito com relação ao IPTU lançado e pago dos últimos cinco anos a contar da interposição da demanda, à vista da norma prescritiva inscrita no art. 1º do Decreto 20.910/1932, com aplicação de juros moratórios a contar do trânsito em julgado da sentença (Súmula 188/STJ) e correção monetária pelo INPC/IBGE a partir dos referidos desembolsos, com observância ao disposto no art. 1º F da Lei 9.494/1997. Por conseguinte, ratifico a decisão interlocutória outrora concedida em todos os seus termos.

Em razão da sucumbência, condeno o requerido a restituir à autora as custas processuais por ela despendidas e ao pagamento de honorários advocatícios, os quais arbitro no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), na forma do art. 20, *caput* e seu § 4º, do CPC, isentando-o quanto ao pagamento de custas, por expressa disposição legal (art. 10, inciso I, da Lei 12.381/1994).

Submeto esta decisão ao reexame necessário (art. 475, § 2º, do CPC).

P.R.I. Cumpra-se.

Paulo de Tarso Pires Nogueira
Juiz de Direito

Agravo de Instrumento - Mandado de Segurança com Pedido de Tutela Antecipada

Sérgia Maria Mendonça

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. TRIBUTÁRIO. ICMS. RECOLHIMENTO DO TRIBUTO QUANDO DA ENTRADA DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS NÃO CONTRIBUINTE. CRIAÇÃO DE NOVA ESPÉCIE TRIBUTÁRIA POR DECRETO E EXIGÊNCIA DE EXAÇÃO. ILEGALIDADE. SITUAÇÃO NÃO CONTEMPLADA PELA LEI ESTADUAL Nº. 14.237/2008. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE ESTRITA. INTELIGÊNCIA DOS ART. 37, 150, I e 155, VII, “B” TODOS DA CF/88. APREENSÃO DE MERCADORIAS COM FINALIDADE DE PAGAMENTO DE TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 323 DO STF E 31 DESTE TRIBUNAL(TJCE). RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº (...), em que figuram como partes o **ESTADO DO (...)** (agravante) e (...) (agravado). Acorda a 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do (...), por unanimidade, em conhecer do agravo de instrumento para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de **Agravo de Instrumento com pedido de atribuição de efeito suspensivo** manejado em face de decisão prolatada em sede de Mandado de Segurança (**processo nº(...)**), impetrado por (...), na qual foi deferido pedido de suspensão de exigibilidade de tributo.

Em mandado de segurança impetrado pelo agravado, o MM. Juiz *a quo* deferiu pedido de liminar para que se abstenha de cobrar o adicional de alíquota do ICMS nas operações interestaduais realizadas pela impetrante, especialmente no que se referir à remessa de mercadorias e bens entre os estabelecimentos de propriedade da firma impetrante, oriundos de outros Estados da Federação.

No mérito, o Douto Magistrado concedeu a segurança pleiteada, determinando a selagem das notas fiscais objeto dos termos de retenção e apreensão de nº (...) que acobertam operações com mercadorias destinadas à filial da impetrante, acima individualizada, bem assim, eventuais notas fiscais relativas à matéria objeto do *mandamus*.

Finalmente, seja determinado à impetrada expedição quando requerida, as competente certidões conjuntas positivas de débito com efeito de negativas, além de que se abstenham de incluir o nome dos envolvidos no CADINE.

Inconformado, aduz o agravante, preliminarmente, sobre a carência da ação mandamental, vez que não direciona concretamente qual o ato ilegal ou abusivo foi praticado pela autoridade coatora, além de inadequação da via eleita, face à impossibilidade de utilização da ação cautelar para pedir reconhecimento da nulidade dos lançamentos tributários e suspensão de sua exigibilidade, pretensões afeitas a processo de conhecimento, vez que tais pedidos, na verdade, são adiantamento de parte dos efeitos de uma ação principal e não de mera cautelar, mormente quando se pede o reconhecimento de nulidade de lançamento tributário.

Discorre sobre considerável montante de débito devido, a título de ICMS, pela empresa agravada, a qual se esquivou do pagamento das exações, respaldada em liminares concedidas nas diversas ações em tramitação.

Defende, ainda, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, sendo dever de quem alega comprovar a nulidade dos autos de infração.

Sustenta, ainda, a impossibilidade de determinação genérica de não apreensão de mercadorias, com base no entendimento do STF, que reconheceu a constitucionalidade do art. 163, § 7º, do CTN, o qual prevê a apreensão de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal idônea.

Discorre, ainda, sobre a discussão judicial do débito, no tocante à exclusão do nome da agravada do Cadastro de Inadimplentes – CADINE, em face do que estabelece o art. 7º, inciso I, da Lei nº 10.522/2002, segundo o qual só é possível esse procedimento se houver garantia idônea e suficiente ao Juízo.

Ao final, requer pela concessão imediata de efeito suspensivo ao agravo e, dado provimento ao recurso, seja anulada a decisão recorrida

Às fls. 150/154, consta decisão desta relatoria indeferindo o pleito de suspensividade.

O agravado, devidamente intimado para responder este agravo, manifestou-se, às fls. 159/170, pelo total improvimento do recurso, confirmando a decisão agravada.

Requisitadas as informações ao magistrado “*a quo*”, estas não foram prestadas no decêndio legal, conforme certidão de fl. 171.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 175/187, opinou pelo improvimento do recurso, com a conseqüente manutenção integral da decisão agravada.

É, em síntese, o relatório. Fundamento e Decido.

VOTO

Conheço do agravo de instrumento, por observar presentes os requisitos de admissibilidade **intrínsecos** (cabimento, legitimação para recorrer e interesse em recorrer) e **extrínsecos** (tempestividade, preparo dispensado em virtude de ser recorrente a Fazenda Pública, regularidade formal e inexistência de causa impeditiva ou extintiva do direito de recorrer), passando, doravante, à análise do pleito.

No caso dos autos, a agravada alega, na origem, estar sendo vítima de cobrança indevida de diferença de alíquota interna e interestadual de ICMS, porquanto o Estado recorrente está cobrando o referido imposto, mesmo quando se trata de mercadoria comercializada diretamente para consumidor final (não contribuinte do imposto).

Frise-se, conforme sustenta o Estado do (...), que houve a realização de operação de circulação de mercadorias provenientes de outros Estados da Federação (compra e venda de máquinas e equipamentos), destinados ao consumidor final, que é a autora/agravada. Este é o alegado fato gerador.

Do exame apriorístico dos autos, verifico que a questão nele agitada comporta solução à luz das disposições do art. 155, inciso II e § 2º da Constituição Federal, bem como da Lei Complementar nº 87/96, que disciplinam e regulamentam a instituição e cobrança do ICMS, tributo que, nas operações interestaduais, tem seu recolhimento pautado por sistemática *sui generis*, a depender da atividade exercida pelo destinatário e, sobretudo, de sua condição pessoal de contribuinte ou não-contribuinte do ICMS.

O Decreto (CE) nº 30.542/11 é o resultado do consenso mantido pela maioria dos Estados da Federação, que culminou na formalização do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, no Rio de Janeiro-RJ, abrangendo Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, **Ceará**, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe e o Distrito Federal, em decorrência da fuga de parte da receita tributária decorrente da aquisição ocorrida na forma não presencial no estabelecimento remetente.

Já o Decreto nº 29.817/2009, no seu art. 6º, ao gerar a figura de um outro substituto tributário e exigir o pagamento da diferença de ICMS quando o remetente de mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto for estabelecido em outra unidade da federação, maltrata de sobremaneira o princípio da legalidade estrita, conforme destaca-se, *in verbis*:

Art.6º-A. Nos termos do art.11 da Lei nº 14.237, de 10 de novembro de 2008, nas entradas, no território deste Estado, das mercadorias ou bens, oriundos de outras unidades da Federação, será exigido do fornecedor ou do transportador, quando da sua passagem pelo posto fiscal de entrada neste Estado, o recolhimento do ICMS correspondente a uma carga tributária líquida a seguir indicada, aplicada sobre o valor da operação constante do respectivo documento fiscal, independentemente de sua origem:

I - *Omissis* ;

II - 7,50% (sete vírgula cinqüenta por cento), nas operações com produtos com carga tributária de 12% (doze por cento) e 17% (dezessete por cento);

III - 10% (dez por cento), nas operações com produtos com carga tributária de 25% (vinte e cinco por cento);

Art.6º-B. O disposto no caput do art.6º-A aplica-se, inclusive, nas operações:

I - destinadas a pessoa jurídica, não contribuinte do imposto, inscrita ou não no Cadastro Geral da Fazenda (CGF), da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará;

II - realizadas por empresa, emitente do documento fiscal, sediada em outra unidade da Federação e que possua estabelecimento neste Estado;

III - destinadas a órgão público da Administração Direta ou Indireta da União, Estado ou Município, inclusive suas autarquias ou fundações.

Art. 6º-C. Quando o fornecedor ou o transportador deixar de recolher o imposto nos termos estabelecidos no caput do art. 6º-A, o destinatário da mercadoria ou bem, a seu critério, poderá assumir a responsabilidade pelo recolhimento do imposto.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso III do caput do artigo 6º-B, o órgão público poderá firmar convênio com a Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, para reter o imposto devido pelo fornecedor ou transportador e repassar ao Estado através de GNRE ou DAE, conforme o caso.

Com efeito, o ato fustigado determina separação e restrição sobre estabelecimentos comerciais domiciliados em outros Estados da Federação, condição simplesmente escolhida como fato gerador de obrigação tributária de natureza principal, isto é, impõe prestação pecuniária sem ser espécie normativa de Lei em sentido formal, que é condição essencial para exigência tributária principal, de acordo com os princípios de ordem constitucional e infraconstitucional para a imponibilidade tributária.

O art. 37 da Constituição Federal escolhe, dentre outros princípios, a obediência ao princípio da legalidade como inalienável elemento de validade dos atos administrativos praticados no âmbito de todos os entes políticos federados, *in verbis*:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (grifos e negritos nossos).

Ademais, administração Pública só pode agir nos limites vinculadamente definidos pelo comando normativo, sob pena de nulidade dos atos praticados pelo agente em viés contrário ao expressamente ditado pelo regramento jurídico, ficando o caminho estreito da discricionariedade reservado para excepcionalidades atinentes ao âmbito interno da Administração.

Em conjugação do disposto no caput do art. 37 com a regra do art. 150, I, da Constituição Federal, extrai-se que a limitação do poder de tributar do Estado é corolário de cidadania que assegura a vedação à instituição de tributo sem lei que estabeleça, conforme o texto constitucional, *verbis*:

Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; Assim, em confronto com este comando, incontestável o Decreto nº 29.817/2009, ao criar nova hipótese de substituto tributário e exigir obrigação tributária principal em decorrência disso, isto é, de natureza pecuniária, viola o princípio da legalidade erigido no art. 150, I, da Carta Magna, já que na hierarquia das normas aquele se constitui mero ato administrativo, que é falecido de aptidão jurídica válida para a imponibilidade de obrigação tributária de cunho principal, condição reservada constitucionalmente para a lei em sentido formal.

Por outro lado, como se não bastasse violação ao princípio da legalidade estrita, também restou ofendido o princípio da não diferenciação ou da uniformidade tributária, em que o legislador constituinte tratou de vedar a possibilidade de estabelecimento de diferenças tributárias pelos entes políticos federados em razão da procedência ou destino de mercadorias ou serviços de qualquer natureza, conforme dita o art. 152 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 152 - É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Apesar do Decreto nº 29.817/2009 impor discriminação ou diferenças tributárias em razão da origem e destino de mercadorias adquiridas em outras unidades federadas estaduais e que tenham como adquirentes destinatários ou consumidores domiciliados no Estado do (...), implicando em frontal ofensa ao dispositivo constitucional acima destacado.

Destarte, de formar basilar, é assentado o entendimento de que nas operações interestaduais de circulação de mercadoria, para a ocorrência dos fatos geradores, leva-se em conta a atividade desempenhada pelo destinatário (consumidor final), dentre elas a capacidade para instituir imposto sobre operações de circulação de mercadorias destinados a consumidores estabelecidos em outra unidade estadual federada, a Constituição Federal disciplina objetivamente a matéria informando que será adotada a alíquota interna do Estado remetente quando o destinatário não for contribuinte do imposto, como dispõe o art. 155, II e VI, “b”, *in verbis*:

Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(omissis)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) A alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

(...). (grifos e negritos nossos).

Por isso o Decreto nº 29.817/2009 é também lesivo à regra do art. 155, VII, “b”, da Constituição Federal, vez que a competência normativa do Estado (...) para instituir cobrança de ICMS circunscreve-se tão só aos contribuintes sediados nos seus limites territoriais, já que nas operações relativas a mercadorias destinadas a consumidores não contribuintes endereçados noutros Estados, por vontade do legislador constituinte, é adotada a alíquota interna da unidade federada estadual remetente, ficando vedado ao Estado destinatário impor qualquer meio de cobrança de imposto adicional.

No âmbito da ordem constitucional do Ceará o Decreto nº. 29.817/2009, que acrescentou os arts. 6-A, 6-B e 6-C, a pretexto de regulamentar o art. 11 da Lei Estadual nº. 14.237/2008, criou nova hipótese de substituição tributária, usurpando a competência do Poder Legislativo Estadual na medida em que referidos dispositivos reservam para Lei Complementar todas as matérias relativas ao sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas estaduais.

Portanto, o ato em questão é também atentatório a esta regra na medida em que dita preferências desarrazoadas a mercadorias vendidas a consumidores endereçados no Ceará por empresas sediadas nos limites territoriais daquele ente federado estadual, causando ofensa ao pacto federativo.

Registre-se que a suspensão da exigibilidade do tributo em comento não importa em indevida influência na atividade tributária do Estado, sendo certo que a legislação pertinente admite a celebração de convênios, instruções e protocolos pelos Estados em relação ao ICMS, todavia todos estes atos normativos devem guardar perfeita sintonia com as limitações federativas impostas pela Constituição Federal.

De outra parte, com relação à possibilidade de apreensão de mercadorias como forma de coagir o contribuinte ao pagamento de imposto, sobreleva notar que o Excelso Supremo Tribunal Federal, agastando as controvérsias existentes em torno da matéria, editou a Súmula nº 323, cujo enunciado determina que **‘é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos’**.

Corroborando tal entendimento, tem decidido o STJ:

“TRIBUTÁRIO. APREENSÃO DE MERCADORIA COM FINALIDADE DE COERÇÃO AO PAGAMENTO DE TRIBUTO EXIGIDO. LEGITIMIDADE ATIVA. SÚMULA 323, DO COLENDO STF.

1. *Omissis*

2. É pacífico no âmbito jurisprudencial desta corte o entendimento de que “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. (Súmula num. 323/STF).

3. Recurso improvido.”

(RESP 162034/RS; DJ 15/06/1998, pág. 51, LEXSTJ Vol. 111, pág. 222, Relator: Min. José Delgado).

Na mesma esteira, fixou-se a jurisprudência deste Sodalício, pacificada por meio da Súmula de nº 31, aprovada em sessão ordinária de nº 45, do Tribunal Pleno, em ocorrida 13.12.2007, vazada nos seguintes termos:

“Súmula 31 - Padece de ilegalidade e ilicitude a apreensão de mercadorias pelo fisco como forma coercitiva de pagamento de tributos, devendo a satisfação do crédito tributário ocorrer mediante a instauração de procedimento administrativo e jurisdicional próprios à sua constituição e execução, respectivamente.”

Ademais, em decisões sobre o tema, entendo que o Poder Público detém meios judiciais para executar seus créditos, desfrutando, inclusive, de prerrogativas processuais, não se configurando justificável, porém, a prática de tais expedientes.

Quanto ao perigo da demora, tal requisito resta, por demais, evidenciado na medida em que as ditas mercadorias apreendidas, são, em verdade, equipamentos que, ao aguardar recolhidas, o regular processamento da demanda judicial, até seu trânsito em julgado, pode gerar dano irreparável ao recorrente.

Acrescento, ainda, que com a vigência do Decreto Estadual em alusão, a questão começa a ser debatida nos Tribunais de Justiça dos diversos Estados signatários do Protocolo referido, inclusive nesta Corte, onde liminares estão sendo concedidas no sentido de suspender a cobrança ora questionada.

ISTO POSTO, Sem mais delongas, decido conhecer do Agravo de instrumento interposto pelo Estado do (...), porém, para negar-lhe provimento, e confirmar, por consequência lógica, a decisão de fls. 136/143, por seus próprios fundamentos, submetendo-a, todavia, à fiel apreciação desta Câmara.

É o meu voto.

Sérgia Maria Mendonça Miranda
Desembargadora

Apelação Cível - Transporte Marítimo de Mercadorias

Sérgia Maria Mendonça

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCADORIAS - CONTRATO DE AFRETAMENTO MARÍTIMO NA MODALIDADE *CHARTER PARTY* (CARTA PARTIDA) - REGRAMENTO PRÓPRIO EM CONSONÂNCIA COM A PARTE AINDA VIGENTE DO CÓDIGO COMERCIAL - INAPLICABILIDADE DO CDC - AQUISIÇÃO DE BENS PARA IMPLEMENTAR A ATIVIDADE EMPRESARIAL - COBRANÇA LEGÍTIMA FUNDAMENTADA NA EXISTÊNCIA DE SOBRESTADIAS (*DEMURRAGE*) E FRETE MORTO (*DEAD FREIGHT*) - APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

1 - “A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária”. (Precedente STJ - REsp nº 541.867 - BA).

2 - Nos contratos *charter party* são dispostas todas as regras e condições para o afretamento, como o objeto do transporte, as obrigações dos contratantes, o preço do frete, os prazos e demais elementos essenciais, sendo comum em tais avenças, embora não se ignore a liberdade contratual, que as partes recorram a contratos padronizados, chancelados por comitês internacionais (compostos por representantes de afretadores e fretadores) e organizados por modelos conforme as particularidades de cada transporte ou carga. No caso dos autos as partes utilizaram um contrato modelo GENCON 94 elaborado por um conselho internacional denominado *Baltic and International Maritime Council* - BIMCO, exatamente um dos modelos com mais larga aplicação para os ajustes de afretamento por viagem ou *Voyage charter party*, instrumento que não sustenta qualquer dissonância com a legislação brasileira pertinente, vez que observa os elementos exigidos pelos artigos 566 e 567 da parte ainda vigente do Código Comercial.

3 – Na cláusula 12 da carta partida (*charter party*) restou estabelecido a carga mínima de “20.000 TM (vinte mil toneladas métricas) mais 5% (cinco por cento), a opção pela (...), de calcário a granel”, isto é, fixou-se 21.000 TM (vinte uma mil toneladas métricas) de brita calcária como o mínimo a ser embarcado pela apelada, de modo que o embarque de apenas 20.456 TM (vinte mil quatrocentos e cinquenta e seis toneladas métricas), gerou frete morto de 544 TM (quinhentas e quarenta e quatro toneladas métricas).

4 – A documentação carreada aos autos, mormente a cláusula 16, itens a e b, da carta partida, demonstra que efetivamente houve *demurrage* tanto no embarque quanto no desembarque da carga, operações cuja responsabilidade era da afretadora, pois enquanto foi acertado para o carregamento o prazo, a partir do aviso de “pronto para operar” pelo navio, de 4 (quatro) dias, 2 (duas) horas e 11 (onze) minutos, a operação levou 4 (quatro) dias, 4 (quatro) horas e 26 (vinte e seis) minutos para ser concluída, gerando um atraso de 2h15min (duas horas e quinze minutos), da mesma forma ocorreu no descarregamento, isto é, restou estipulado o prazo, contado do aviso de “pronto para operar”, de 5 (cinco) dias, 2 (duas) horas e 44 (quarenta e quatro) minutos, mas a operação foi concluída em 9 (nove) dias e 45 (quarenta e cinco) minutos, resultando no atraso de 3 (três) dias 22 (vinte e duas) horas e 01 (um) minuto.

5 – Constatada a efetiva existência de frete morto e sobrestadias é legítima a cobrança dos valores prévia e contratualmente ajustados.

6 – Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível ACORDAM os Desembargadores membros da Sexta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria, em conhecer do recurso para dar-lhe provimento, nos termos do Voto-Vista lançado pela Relatora designada para lavrar o Acórdão.

Fortaleza, 20 de fevereiro de 2013

VOTO - VISTA

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão trazida à análise pelo eminente Desembargador (...), a qual, como é de conhecimento desta Câmara Cível, em breves linhas, consiste na irresignação da apelante com a sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da Comarca de Independência, que, em sede de Ação de Cobrança, declarou a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de transporte marítimo de carga firmado entre as partes, declarando nula a avença e improcedente o pleito da autora, ora apelante.

Iniciado o julgamento do presente recurso, votou o insigne Relator no sentido de negar-lhe provimento, mantendo inalterado o *decisum* hostilizado, em suma, sob o fundamento de que: *“Está pacificado na doutrina e na jurisprudência pátria que o contrato de transporte marítimo, de cargas ou de pessoas, assim como o transporte aéreo e o transporte terrestre, configura relação de consumo, razão pela qual deverá ser observado o disposto no CDC, norma de natureza principiológica e constitucional, sobrepondo-se, ipsi facto, ao princípio pacta sunt servanda. (...) Nesse contexto, torna-se viável a possibilidade de se intervir nas cláusulas do contrato de transporte marítimo sem malferir o princípio pacta sunt servanda representante da autonomia da vontade das partes no contrato.”*

Após empreender acurada análise aos autos, passo a expor as razões que me levam a divergir do entendimento apresentado pelo nobre Relator.

Ab initio, impõe-se salientar que a relação comercial travada entre as partes, qual seja, um contrato de transporte (afretamento) de carga pela via marítima, se sujeita a normas e regulamentações específicas, fato que vem a confrontar diretamente com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor declarada na sentença monocrática e confirmada no Voto lançado pelo eminente Relator.

A meu sentir, ao contrato firmado entre as partes, cujo inadimplemento de obrigações motivou a Ação de Cobrança manejada pela ora apelante, não incidem as determinações da legislação consumerista, isto porque, a premissa fundamental para a incidência do CDC é a existência efetiva de uma relação de consumo nos moldes fixados pelo referido *Códex*, sendo imprescindível a identificação de seus protagonistas, mormente, do consumidor, este entendido como *“toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”* (Art. 2º do CDC).

Nesse azo, embora não se questione a possibilidade de enquadramento da pessoa jurídica como consumidora, vez que expressamente previsto no supracitado artigo 2º do CDC, a comprovação da destinação final do serviço ou produto transacionado nos casos de relações comerciais envolvendo pessoas jurídicas ganha especial relevo, sendo critério fundamental para a classificação destas como consumidoras, posto que o fundamento maior da lei consumerista é nivelar a situação de desproporcionalidade

existente entre fornecedor e consumidor, de modo que se aplicada a situações em que inexistente tal desnivelamento, isto é, quando as partes envolvidas já ostentam uma situação de equivalência, dotar o adquirente do produto ou do serviço das proteções e garantias destinadas aos consumidores finda por criar uma situação de desigualdade, onerando sobremaneira o prestador do serviço ou provisor da mercadoria.

É, pois, imperativo observar que tendo o produto ou serviço sido adquirido pela empresa para compor a sua cadeia produtiva não há que se falar em destinação final, tampouco em relação de consumo, nos moldes da teoria finalista, conforme assentado pela Terceira Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça no REsp 1281164/SP: “O critério adotado para determinação da condição de consumidora da pessoa jurídica é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a pessoa jurídica deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido”.

Dessarte, não se pode pretender reputar a apelada como destinatária final do serviço de transporte de carga contratado, isto porque, tal serviço se integra à sua atividade comercial, qual seja a mineração, constituindo o escoamento, a remessa e a entrega do mineral explorado, no caso, brita calcária, nada mais do que partes de sua cadeia produtiva, não configurando o enlace comercial travado entre (...) (transportadora ou fretadora) e (...) (afretadora) relação de consumo, mas atividade de consumo intermediária, como bem delineado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça na ocasião do julgamento do REsp nº 541.867 – BA: “A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária”, e, também do REsp 872.666/AL: “só há relação de consumo quando ocorre destinação final do produto ou serviço, e não na hipótese em que estes são alocados na prática de outra atividade produtiva”

Na lição de Claudia Lima Marques:

“O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e **não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir**, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, **incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de**

1 (AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1281164/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe 04/06/2012)

2REsp nº 541.867-BA, STJ, Segunda Seção, Relator p/ Acórdão Min. Barros Monteiro, julgado em 10/11/2004, publicado em 16/05/2005

construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção³⁹. Grifo nosso. *In casu*, a apelada, (...), contratou a recorrente para realizar o transporte de 21.000 t (vinte e uma mil toneladas) de brita calcária de (...), onde seria o mineral industrializado e transformado em calcário agrícola, conforme se extrai de sua contestação às fls.111/123, de maneira que o serviço de transporte prestado pela (...) foi plenamente agregado a atividade produtiva da (...), tendo, obviamente, seus custos sido incorporados ao produto e repassados ao adquirente da brita calcária por esta comercializada, de maneira que se me afigura inviável, conforme já explanado, admitir a incidência da legislação consumerista ao caso, vez que inexistente relação de consumo propriamente dita, mas mera atividade de consumo intermediária destinada a garantir a comercialização do produto ofertado pela apelada.

Afastada a incidência do Código de Defesa do Consumidor, resta perquirir acerca da legitimidade da cobrança empreendida na presente demanda, através da qual requer a autora/apelante a condenação da recorrida ao pagamento de R\$ 119.275,20 (cento e dezenove mil, duzentos e setenta e cinco reais e vinte centavos) corrigidos monetariamente, decorrentes do embarque de quantidade menor de brita calcária do que fora acertado (frete morto) no valor R\$ 20.269,44 (vinte mil, duzentos e sessenta e nove reais e quarenta e quatro centavos), e dos atrasos (*demurrage*) para embarque, R\$ 2.314,02 (dois mil, trezentos e quatorze reais e dois centavos), e desembarque, R\$ 96.691,74 (noventa e seis mil, seiscentos e noventa e um reais e setenta e quatro centavos), da carga contratada.

Para o destreme da quizila é necessária uma breve rememoração de conceitos relativos aos contratos de transporte marítimo a fim de verificar se houveram os eventos descritos pela apelante, bem como se é exigível a quantia reclamada.

Inicialmente, convém esclarecer que os contratos de afretamento marítimo, quanto à forma de utilização da embarcação, podem ser dispostos em duas formas principais, quais sejam, *charter party* (carta partida) ou *bill of lading* (conhecimento de embarque), utiliza-se corriqueiramente a segunda modalidade para os casos de transporte de pequenos volumes de mercadoria, os quais não serão suficientes para ocupar toda a embarcação, enquanto a primeira, ou seja a *charter party*, é utilizada para o embarque de grandes lotes que ocuparão todo o navio ou sua maior parte, sendo justamente esta a modalidade de contrato utilizada pelos litigantes.

Nos aludidos contratos *charter party*, convém salientar, são dispostas todas as regras e condições para o afretamento, como o objeto do transporte, as obrigações dos contratantes, o preço do frete, os prazos e demais elementos essenciais, sendo comum em tais avenças, embora não se ignore a liberdade contratual, que as partes

3 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do consumidor. São Paulo: RT, 2003, p. 71-72.

recorram a contratos padronizados, chancelados por comitês internacionais (compostos por representantes de afretadores e fretadores) e organizados por modelos conforme as particularidades de cada transporte ou carga. No caso dos autos as partes utilizaram um contrato modelo GENCON 94 elaborado por um conselho internacional denominado *Baltic and International Maritime Council* - BIMCO, exatamente um dos modelos com mais larga aplicação para os ajustes de afretamento por viagem ou *Voyage charter party*, instrumento que não sustenta qualquer dissonância com a legislação brasileira pertinente, vez que observa os elementos exigidos pelos artigos 566 e 567 da parte ainda vigente do Código Comercial:

TÍTULO VI
DOS FRETAMENTOS

Capítulo I
DA NATUREZA E FORMA DO CONTRATO DE FRETAMENTO E DAS
CARTAS-PARTIDAS

Art. 566 - O contrato de fretamento de qualquer embarcação, quer seja na sua totalidade ou em parte, para uma ou mais viagens, quer seja à carga, colheita ou prancha. O que tem lugar quando o capitão recebe carga de quanto se apresentam, deve provar-se por escrito. No primeiro caso o instrumento, que se chama carta-partida ou carta de fretamento, deve ser assinado pelo fretador e afretador, e por quaisquer outras pessoas que intervenham no contrato, do qual se dará a cada uma das partes um exemplar; e no segundo, o instrumento chama-se conhecimento, e basta ser assinado pelo capitão e o carregador. Entende-se por fretador o que dá, e por afretador o que toma a embarcação a frete.

Art. 567 - A carta-partida deve enunciar:

- 1 - o nome do capitão e o do navio, o porte deste, a nação a que pertence, e o porto do seu registro (artigo nº. 460);
- 2 - o nome do fretador e o do afretador, e seus respectivos domicílios; se o fretamento for por conta de terceiro deverá também declarar-se o seu nome e domicílio;
- 3 - a designação da viagem, se é redonda ou ao mês, para uma ou mais viagens, e se estas são de ida e volta ou somente para ida ou volta, e finalmente se a embarcação se freta no todo ou em parte;
- 4 - o gênero e quantidade da carga que o navio deve receber, designada por toneladas, nºs, peso ou volume, e por conta de quem a mesma será conduzida para bordo, e deste para terra;
- 5 - o tempo da carga e descarga, portos de escala quando a haja, as estadias e sobre estadias ou demoras, e a forma por que estas se hão de vencer e contar;
- 6 - o preço do frete, quanto há de pagar-se de primagem ou gratificação, e de estadias e sobre estadias, e a forma, tempo e lugar do pagamento;
- 7 - se há lugares reservados no navio, além dos necessários para uso e acomodação do pessoal e material do serviço da embarcação;
- 8 - todas as mais estipulações em que as partes se acordarem.

Há que se frisar, no entanto, que não se discute o cumprimento do ajuste, isto é, a realização do transporte da carga, ou o preço do frete, pois o serviço foi prestado e o valor da carga transportada foi pago, pleiteia a apelante, apenas, o pagamento de “indenizações” por frete morto (*dead freight*) e pelos atrasos (*demurrage*) no carregamento e descarregamento do navio.

No que pertine ao chamado frete morto ou *dead freight*, cumpre esclarecer que se trata de uma multa estabelecida para os casos de embarque de carga menor do que o mínimo acertado, encontrando fundamento no fato de que os fretadores reservarão no navio o espaço necessário para o transporte da quantidade de carga definida pelos afretadores, logo, o embarque a menor frustra os cálculos de armazenagem e importa no desperdício de parte da capacidade de transporte da embarcação, trazendo evidente prejuízo aos fretadores que poderiam dispor do espaço reservado, porém, não utilizado.

Nesse azo, na cláusula 12 da carta partida (*charter party*) restou estabelecido a carga mínima de “20.000 TM (vinte mil toneladas métricas) mais 5% (cinco por cento), a opção pela (...), de calcário a granel”, isto é, fixou-se 21.000 TM (vinte uma mil toneladas métricas) de brita calcária como o mínimo a ser embarcado pela apelada, de modo que o embarque de apenas 20.456 TM (vinte mil quatrocentos e cinquenta e seis toneladas métricas), gerou frete morto de 544 TM (quinhentas e quarenta e quatro toneladas métricas), logo, uma vez que fora estipulado no ajuste o valor de US\$ 10,00 (dez dólares dos Estados Unidos da América) por tonelada métrica (cláusula 13), gerou-se o débito de US\$ 5.440,00 (cinco mil, quatrocentos e quarenta dólares dos Estados Unidos da América), valor que convertido em reais – observado o câmbio do dia em que foi emitida a nota de débito, 26 de outubro de 2002, quando US\$ 1,00 (um dólar dos Estados Unidos da América) equivalia a aproximadamente R\$ 3,73 (três reais e setenta e três centavos) – o montante devido importa no valor cobrado pela apelante em razão do frete morto, qual seja, R\$ 20.269,44 (vinte mil, duzentos e sessenta e nove reais e quarenta e quatro centavos).

No que se refere à cobrança da chamada *demurrage* relativa aos atrasos no embarque e no desembarque da carga, convém definir antes o que se denomina *laytime*, que é o período de tempo estabelecido para que o fretador coloque o navio à disposição dos afretadores para as operações de carga e descarga sem o pagamento de frete adicional, ou seja, é o tempo da estadia definida pelos contratantes para a realização do embarque e desembarque da carga, ultrapassado tal período se inicia a contagem das sobrestadias ou *demurrage*.

Nas palavras de Carla Adriana Comitre Gilbertone: “a sobrestadia, definida no comércio internacional marítimo pela palavra inglês *demurrage*, é a indenização paga pelo afretador num fretamento por viagem, pelo tempo que exceder das estadias nas operações de carga e descarga de um navio, conforme estiver estipulado na carta partida⁴²”.

4 GILBERTONE, Carla Adriana Comitre. Teoria e Prática do Direito Marítimo. 2ª ed. Brasília: Ed.Renovar, 2005. p. 196.

A exigibilidade das sobrestadias ou *demurrage*, frise-se, é explicitamente reconhecida pelo citado artigo 567, item 5, do Código Comercial ao impor que deve constar na carta partida “o tempo da carga e descarga, portos de escala quando a haja, as estadias e **sobre estadias ou demoras, e a forma por que estas se hão de vencer e contar**” (grifo nosso).

O cálculo do referido *laytime* decorre de uma operação muito simples, na qual se divide o total da carga a ser carregada ou descarregada pela vazão média de embarque (cláusula 23) e desembarque (cláusula 24) que o afretador se comprometeu a realizar, no caso em comento se firmou a vazão média de carregamento em 5.000 TM/DIA (cinco mil toneladas métricas por dia) e de descarregamento em 4.000 TM/DIA (quatro mil toneladas métricas por dia).

Nessa esteira, a documentação carreada aos autos, mormente a cláusula 16, itens a e b, da carta partida, demonstra que efetivamente houve *demurrage* tanto no embarque quanto no desembarque da carga, operações cuja responsabilidade era da afretadora, pois enquanto foi acertado para o carregamento o prazo, a partir do aviso de “pronto para operar” pelo navio, de 4 (quatro) dias, 2 (duas) horas e 11 (onze) minutos, a operação levou 4 (quatro) dias, 4 (quatro) horas e 26 (vinte e seis) minutos para ser concluída, gerando um atraso de 2h15min (duas horas e quinze minutos), da mesma forma ocorreu no descarregamento, isto é, restou estipulado o prazo, contado do aviso de “pronto para operar”, de 5 (cinco) dias, 2 (duas) horas e 44 (quarenta e quatro) minutos, mas a operação foi concluída em 9 (nove) dias e 45 (quarenta e cinco) minutos, resultando no atraso de 3 (três) dias 22 (vinte e duas) horas e 01 (um) minuto.

Dessarte, uma vez que restara acordada a quantia de US\$ 6.400,00 (seis mil e quatrocentos dólares dos Estados Unidos Unidos da América) por dia de atraso, perfizeram-se os débitos de US\$ 600,00 (seiscentos dólares dos Estados Unidos Unidos da América) no embarque e US\$ 25.071,11 (vinte e cinco mil e setenta e um dólares dos Estados Unidos Unidos da América e onze centavos) no desembarque, valores que convertidos em moeda nacional – observado também o câmbio do dia de emissão da nota de débito, 22 de outubro de 2002, ocasião em que US\$ 1,00 (um dólar dos Estados Unidos Unidos da América) correspondia a aproximadamente R\$ 3,86 (três reais e oitenta e seis centavos) – equivalem justamente à quantia cobrada pela apelante em razão da *demurrage*, R\$ 99.005,76 (noventa e nove mil e cinco reais e setenta e seis centavos).

Cumpra, ainda, asseverar que é descabida a argumentação da apelada no sentido de que os atrasos teriam ocorrido por culpa exclusiva da fretadora/apelante, pois teria esta se comprometido a embarcar a brita calcária entre os dias 1º e 10 de setembro de 2002, mas iniciou a operação apenas em 21 de setembro daquele ano por ter desviado o navio para transportar uma carga de sal para a Nigéria, pois, além de não haver comprovação de tal desvio, o que ocorreu na realidade, fato inclusive admitido pela apelante, foi o extrapolamento do chamado *laydays*, isto é, do período de tempo

acertado para que o navio chegue ao ponto de embarque ou desembarque, evento cuja consequência única é a possibilidade de o afretador cancelar a operação rescindindo a carta partida por força da cláusula *cancelling date* ou data de cancelamento (cláusula 21), estipulada pelo contrato como o dia 10 de setembro de 2002, contudo, se o afretador optar por manter o acordo com data diversa, como feito pela (...), permanecem as condições avençadas sem qualquer modificação do *laytime*, ou das penalidades decorrentes das sobrestadias, até porque calculadas, como já dito, em razão do total da carga e das vazões médias de embarque e desembarque.

Diante de todo o exposto, pedindo vênias ao nobre Relator, inauguro a divergência e voto no sentido de dar provimento ao recurso para julgar procedente a Ação de Cobrança proposta pela (...) condenado a (...) ao pagamento de R\$ 20.269,44 (vinte mil, duzentos e sessenta e nove reais e quarenta e quatro centavos), relativo ao frete morto, e de R\$ 99.005,76 (noventa e nove mil e cinco reais e setenta e seis centavos) referentes as sobrestadias, corrigidos monetariamente pelo INPC a partir da data de emissão das notas de débito e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação.

É como voto.

Sérgia Maria Mendonça Miranda
Desembargadora

Ação de Reintegração de Posse

Tácio Gurgel Barreto

SENTENÇA

Vistos, etc.

Cuida-se de ação de reintegração de posse ajuizado por (...) e sua esposa (...) contra (...), cuja pretensão objetiva a reintegração de posse de imóvel localizado na Rua (...), n. (...), Bairro (...), neste Município de (...).

Os autores relatam que o referido imóvel era de (...) e este, em primeiras núpcias com (...), doou, por testamento, a esta sua esposa, metade de seus bens, dentre eles o imóvel objeto desta ação.

A Sra. (...), por sua vez, segundo relataram os autores, em 25/04/1953, teria contraído novo matrimônio, desta vez com (...), conforme comprovante de certidão de casamento religioso anexa à exordial.

(...), de seu tumo, após a morte de (...), teria vendido o imóvel ao casal (...) e (...), isso em 24/10/2008.

Logo em seguida, em 02/12/2008, os autores teriam adquirido, por meio de contrato de compra e venda firmado com o casal (...) e (...), o imóvel.

Ocorre que, o requerido praticou ato esbulhatório, na data de 27/10/2008, ao invadir o referido imóvel, alegando que este havia sido doado a sua esposa, ora falecida, por (...), através de escritura pública de doação, só que, consoante alegam os requerentes, o bem doado por (...) à esposa falecida do requerido, na verdade, seria outro, no caso o Sítio (...).

Segundo os autores, o requerido sustenta seu ato esbulhatório também na alegação de que o imóvel pertence a (...), adquirido por doação do mesmo (...).

Por fim, informam os autores que o esbulho ocorreu logo após a Sr. (...) se ausentar deste Município, quando foi tratar de problema de saúde na cidade vizinha de (...).

A ação foi ajuizada perante a Comarca de (...), tendo aquele MM juízo declinado de sua competência para esta Comarca de (...).

Recebida a peça inicial, este juízo negou a medida liminar antecipatória e determinou a citação do requerido.

O requerido, então, apresentou sua contestação, alegando que os fatos são outros, bem diferentes dos fatos narrados na petição inicial.

Alega o requerido que os autores nunca foram possuidores, porque nunca exerceram poderes inerentes ao domínio ou à propriedade sobre imóvel.

Sustenta que, na realidade, o bem imóvel nunca foi de propriedade do (...) e, por consequência, do casal (...) e (...), pois o imóvel havia sido deixado, por (...), através de testamento, a seus sobrinhos e estes renunciaram a tal direito em favor do requerido, primeiro verbalmente e, após, por meio de termo de renúncia do bem doado acostado à contestação.

O requerido informa mais, tendo dito que não ocupou, mediante violência, a referida casa. A rigor, vendo-a desocupada e tendo ele morado nela por mais de 20 anos, inclusive, ao final, tendo cuidado de (...), quando do início de seus problemas de saúde, o requerido adentrou na casa para realizar benfeitorias e obras com o fim de evitar a invasão de vândalos, movido por sentimento, zelo e responsabilidade com relação ao imóvel.

Após, regularmente intimada, a parte autora apresentou réplica à contestação, impugnando a matéria fática deduzida pelo requerido, tendo, logo em seguida, apresentado nova petição, juntando uma série de documentos comprobatórios da posse sobre o imóvel em litígio.

Realizada audiência de conciliação, esta restou infrutífera.

Na sequência, a parte autora apresentou nova petição, pleiteando a reconsideração da decisão inicial, com a concessão de tutela liminar, tendo este juízo postergado a análise do pedido por ocasião da audiência de justificação/instrução.

A parte requerente, então, apresentou petições com o rol de testemunhas, e, depois, a parte requerida pugnou a substituição do requerido, uma vez que ele veio a falecer, por pessoa indicada por seus herdeiros.

Este juízo, enfim, realizou a instrução processual e, encerrada a audiência, concedeu prazo para as partes apresentarem memoriais finais escritos, tendo a parte autora reiterado a matéria de fato suscitada na exordial, dizendo que os testemunhos comprovam o direito da parte, enquanto a parte requerida ratificou os argumentos fáticos contrários à pretensão dos autores deduzidas na contestação.

É o relatório, segue a sentença.

De início, é de se conceder à parte requerida os benefícios da assistência judiciária gratuita, na forma da lei n. 1.060/50.

Passo a analisar a presente ação.

Preliminarmente, é de se reconhecer que este processo tramitou sem qualquer nulidade processual, estando pronto para julgamento.

No mérito, a pretensão da parte autora merece prosperar.

Algumas questões se põem para análise deste juízo.

Primeiro a questão relativa aos testamentos.

Inicialmente, impende afastar eventual declaração de nulidade dos testamentos certificados nos autos (fls. 25/28), inclusive a nulidade decorrente da natureza conjuntiva – caracterizada pelo fato de o testamento ter mais de uma autor, o que era vedado pelo revogado Código Civil de 1916, em seu artigo 1.630, vedação esta reproduzida pelo artigo 1.863 do Código Civil de 2002 atualmente em vigor – do testamento que beneficiou (...), eis que há bastante tempo já transcorreu o prazo quinquenal decadencial para tanto, previsto no artigo 1.859 do Código Civil, decadência esta, diga-se de passagem, que convalida, na espécie, tanto a nulidade relativa, como a absoluta dos referidos testamentos, de sorte que, no presente caso, encontram-se convalidadas eventuais nulidades dos testamentos objetos desta lide.

Ao analisar os testamentos, observa-se que o teor e o conteúdo dos mesmos, de fato, estão de acordo com as alegações dos autores.

Os testamentos conferiram à (...), conhecida por “(...)”, o imóvel em questão.

É que, por força do testamento (fls. 27/28) celebrado por (...), este deixava sua herança, na falta de herdeiros necessários, para sua esposa (...).

Com a morte de (...), (...) ficou com sua meação dos bens do casal, por direito decorrente da espécie de regime de divisão dos bens do casal, e herdou a outra metade do patrimônio, a meação do falecido, por força do citado testamento.

A este respeito, não procede a alegação do requerido de que o imóvel teria sido deixado por (...) para (...). Na verdade, no testamento (fls. 25/26) (...), em conjunto com (...), deixaram para (...) um imóvel denominado Sítio (...), nada dispondo, em favor de (...), a respeito do imóvel aqui em litígio.

Da mesma forma não procede a alegação do requerido de que o imóvel teria sido deixado por (...) para seus irmãos, e na falta destes, para seus sobrinhos.

A bem da verdade, a cópia do testamento anexado pelo requerido, às fls. 64/69 dos autos, é praticamente ilegível e do pouco que se pode entender de seu texto, observa-se que a liberalidade contida no testamento da Sra. (...) tinha natureza condicional, pois somente beneficiaria os irmãos e sobrinhos em caso de o seu falecimento ocorrer antes do falecimento de seu esposo (...), o que não aconteceu, de sorte que a liberalidade firmada no testamento ficou sem efeito.

Assim, é de se concluir que o bem imóvel foi deixado por (...) para (...), sendo que este passou a compor o acervo patrimonial levado por (...) para o seu casamento com (...).

Não bastasse, o testamento celebrado por (...) que alegadamente beneficiava seus irmãos e sobrinhos, se existente, teria ficado sem efeito por ocasião do posterior casamento dela com (...), pois, como legítimo herdeiro, este não pode ter seus direitos sucessórios suprimidos por força de testamento.

Vale dizer, o testamento firmado antes da celebração de casamento pelo testador, deixando a integralidade do acervo patrimonial a terceiros que não são legítimos herdeiros do instituidor do testamento, frustra (burla), a meu ver, a ordem de vocação hereditária legítima que passa a se configurar por ocasião do falecimento do testador que posteriormente veio a contrair matrimônio, o que não pode ser admitido, razão pela qual, mesmo que o testamento de (...) tivesse beneficiado seus sobrinhos, este ficou sem efeito após o casamento dela com (...), que passou a ser herdeiro necessário da testadora.

Aliás, extrai-se da instrução probatória que, em maior parte, as declarações das testemunhas amparam as alegações fáticas e jurídicas deduzidas pelos autores, pois, à quase unanimidade, as testemunhas negam que o imóvel tivesse sido deixado por (...) para (...) ou para seus irmãos e sobrinhos. As poucas testemunhas que afirmam que o imóvel teria sido deixado para os sobrinhos, prestaram tal afirmação a partir de informação obtida do próprio requerido, prevalecendo, por isso mesmo, as declarações testemunhais em contrário.

Não bastasse, é de se notar, a despeito das questões suscitadas pelas partes no tocante aos efeitos dos testamentos e considerado o teor das declarações das testemunhas, que a postura do requerido e de seus parentes interessados, ao saberem da venda da casa por (...), a princípio foi passiva e em nenhum momento foi de se opor à venda do imóvel, somente vindo a discutir referida venda quando os requerentes procuraram iniciar o exercício de seus direitos possessórios sobre a casa.

Com isso, é forçoso concluir que o imóvel objeto desta ação integrava o patrimônio de (...), quando contraiu matrimônio com (...), não tendo este imóvel sido deixado, por força de seu falecimento, para (...) ou para seus irmãos e sobrinhos.

Em segundo lugar, questão difícil (e polêmica) a ser analisada, diz respeito ao fato de o casamento de (...) e (...) ter sido contraído apenas no plano religioso, não tendo eles contraído casamento civil, e se, mesmo assim, (...) pode ser qualificado como herdeiro legítimo e necessário de (...), considerando que as núpcias foram contraídas antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou a figura da união estável.

A princípio, é de se declarar a premissa de que o casamento celebrado entre (...) e (...) cingiu-se apenas ao plano religioso e não há nos autos prova de que eles tenham convertido este em casamento civil, na forma da legislação civil vigente na época, sendo de se analisar se a relação entre os dois pode ser enquadrada no conceito de união estável e se, em caso positivo ou negativo, (...) era herdeiro necessário de (...).

A matéria é bastante insipiente tanto na doutrina, como na jurisprudência.

Em pesquisa sobre a matéria, este juízo não encontrou a abordagem do tema na doutrina, encontrando, apenas, poucos precedentes jurisprudenciais sobre a questão.

Precedente do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhece que as normas da Constituição Federal devem sim retroagir em benefício do reconhecimento como união estável de relação iniciada antes de sua promulgação, em 1988 (Apelação Cível 70032382228, Relator Desembargador RUI PORTANOVA).

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, consagrou entendimento no sentido de que *“conquanto o relacionamento havido tenha se iniciado antes da promulgação da nova ordem constitucional e encartado todos os pressupostos indispensáveis à sua qualificação como união estável, não é passível de ser enquadrado e modulado com essa natureza antes da data em que entrara a vigor a Constituição Federal de 1988, à medida que antes da edição dessa novel carta política não subsistia lastro normativo emoldurando e conferindo tratamento o instituto, obstando que, em vassalagem ao princípio da irretroatividade, seja conferida retroatividade à preceituação constitucional, ainda que de forma mínima (CF, art. 226, § 3º)”*, concluindo que *“o relacionamento mantido antes da vigência da nova Constituição Federal com os predicados inerentes à união estável somente é passível de ser emoldurado e enquadrado como sociedade de fato conjugal, o que implica efeitos similares na esfera patrimonial, à medida que, antecipando-se às formulações legais, a jurisprudência, diante do descortino dos relacionamentos e dos fatos, que sempre se antecipam ao legislador, engendrara criação, no âmbito do direito obrigacional, destinada a abrigar os relacionamentos até então estabelecidos à margem do casamento e modular os efeitos e implicações que irradiavam (STF, Súmula 380; CC/1916, art. 1.363)”* (Apelação Cível n. 20120610082745APC, Relator Desembargador TEÓFILO CAETANO).

A peculiaridade nestes dois precedentes que os distinguem do caso destes autos, é que o relacionamento entre os conviventes iniciou-se antes da vigência da atual ordem constitucional, mas findou-se após a entrada em vigor da Carta Política de 1988.

É que, na espécie, a dissolução do relacionamento entre (...) e (...), com a morte desta, ocorreu em 1976, antes, portanto, da entrada em vigor da atual Constituição Federal, que expressamente reconheceu e consagrou a figura da união estável.

Destarte, este juízo inclina-se no sentido de afastar o reconhecimento da figura legal da união estável entre (...) e (...), porém não pode deixar de reconhecer a existência de uma relação amorosa e afetiva estável, própria de pessoas casadas, publicamente aceita pela sociedade deste Município como tal, cujo enquadramento legal, considerada a legislação vigente na época e a modalidade de sociedade afetiva, deve ser inserida na figura jurídica da sociedade de fato, nos moldes consagrados na jurisprudência daquele tempo, sedimentada na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, submetendo-se, com isso, ao regramento das normas legais que regiam a referida figura jurídica.

Logo, na presente hipótese, nada obstante não se atribua a natureza de união estável, cumpre-se conferir à relação existente entre (...) e (...) a qualidade de sociedade de fato e submetê-la aos efeitos das normas legais de regência, no caso os artigos 1.363 e seguintes do Código Civil de 1916, como forma de se proteger os direitos patrimoniais dos conviventes.

Referidas normas do Código Civil de 1916 submetiam a sociedade de fato formada pelo casal, no que coubesse, às regras que tratavam da partilha de bens entre herdeiros (CC/16, artigo 1.409) e, a meu ver, por óbvio, às normas que regiam o direito sucessório entre as pessoas casadas, por força de interpretação analógica. Assim, com o falecimento de um dos conviventes, sob a égide da ordem jurídica anterior à 1988, cumpria se observar as mesmas regras de sucessão que regiam as pessoas que houvessem contraído matrimônio.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em caso similar ao do presente processo, em que o relacionamento entre os conviventes iniciou-se e encerrou-se antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, firmou precedente exatamente neste sentido: Apelação Cível n. 70023392384, Relator Desembargador CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA.

Na época do falecimento de (...), estava em vigor o Código Civil de 1916, cujas normas previam que o cônjuge era herdeiro necessário e, na ordem de vocação hereditária, somente não tinha preferência sobre descendentes – que estavam na primeira classe – e ascendentes – que estavam na classe seguinte –, de sorte que o cônjuge, independentemente do regime de bens fixados no casamento, estava na terceira classe da ordem de sucessão legítima.

Com isso, (...), na ausência de filhos ou pais vivos de (...), era seu sucessor, quando ela faleceu, e, nesta condição, herdou todos os bens do acervo patrimonial dela, dentre eles o imóvel objeto desta ação.

Reforça ainda mais esta conclusão o fato de a sociedade deste Município, segundo pode se extrair das declarações das testemunhas, em nenhum momento questionou a existência do casamento entre (...) e (...) e nem a admissão de (...) como herdeiro, na qualidade de cônjuge de (...), do acervo patrimonial deixado por ela por conta de sua morte.

Enfim, solucionadas as questões polêmicas acima, infere-se que o imóvel em litígio foi herdado por (...), por conta da morte de (...), e, diante disso, (...) era sim proprietário – ou pelo menos legítimo possuidor – do imóvel, não havendo qualquer ilegalidade nos contratos de compra e venda celebrados entre (...) e (...) e (...), respetivamente cunhado e irmã de (...), e entre este casal e os requerentes, anexados às fls. 16/17 e 23/24 dos autos.

Curioso notar que o valor do contrato firmado entre (...) e o casal (...) e (...), tem preço de compra bem inferior do valor negociado no contrato compra e venda subsequente celebrado entre este casal e os autores da presente ação, apesar de os contratos terem sido celebrados com pouco mais de um mês de diferença.

De qualquer forma, a despeito de eventual ilegalidade/fraude praticada por (...) e sua esposa (...) em desfavor de (...), tal fato não prejudica a pretensão dos autores, pois o valor pago por estes para aquisição do imóvel revela-se aparentemente justo.

Em razão disso tudo, é forçoso reconhecer que a pretensão da parte autora merece prosperar, revestindo-se de juridicidade os pedidos contidos na peça inicial, sendo totalmente procedentes.

Ante todo o exposto, **julgo procedente a pretensão deduzida na exordial pela parte autora**, extinguindo, com resolução de mérito, o presente processo (CPC, artigo 269, I), e, com isso, concedo aos autores a reintegração de posse do imóvel descrito na inicial.

Deixo de condenar a parte requerida em custas processuais, pois é beneficiária da gratuidade judiciária, mas **condeno-a no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais**, estes no montante de R\$ 2.500,00, correspondente a 10% do valor do proveito econômico da parte vitoriosa, **crédito este cuja exequibilidade fica suspensa**, por fora do artigo 12 da lei n. 1.060/50.

Após o trânsito em julgado desta sentença, **arquivem-se os presentes autos**.

02 de julho 2013.

Tácio Gurgel Barreto
Juiz Auxiliar

Ação Penal - Tráfico e Associação para o Tráfico

Tácio Gurgel Barreto

SENTENÇA

Vistos, etc.

Cuida-se de ação penal ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra (...), (...), (...) e (...), cuja denúncia imputa-lhes as condutas criminosas de tráfico ilícito de drogas e de associação para o tráfico de drogas, condutas estas tipificadas, respectivamente, nos artigos 33 e 35 da lei n. 11.343/06.

A peça delatória narra que, no dia 05/11/201, os acusados (...), (...) e (...) (pai, mãe e filha, respectivamente) foram flagrados na posse e na guarda de substância entorpecente – 01 grama de maconha, 80 gramas de crack e 45 gramas de cocaína –, além de valor em dinheiro – R\$ 1.736,10 –, no interior de sua residência.

Narra, ainda, a peça acusatória, que, na abordagem policial, foi presa, também, (...), que tentava se evadir do local, portando droga e dinheiro.

Aliás, as informações, segundo a acusação, são de que há ligação da associação criminosa aqui denunciada com a prática de crime de homicídio, praticado por indivíduo conhecido por (...), pois o mencionado assassinato teria sido cometido a mando de (...), ora acusada, e seu companheiro, de alcunha “(...)”.

Regularmente notificados, os acusados apresentaram suas defesas preliminares.

Este juízo, por sua vez, recebeu a denúncia, tendo sido ordenada a citação dos réus.

Realizou-se, então, a instrução criminal, com a oitiva das testemunhas de acusação, tendo o *Parquet* dispensado uma das testemunhas arroladas na peça acusatória, e das testemunhas de defesa, defesa que dispensou a oitiva de algumas delas, e, em seguida, os interrogatórios dos acusados, tendo sido, por fim, encerrada a instrução probatória e, após, concedido prazo sucessivo para as partes apresentarem suas alegações finais escritas.

O MINISTÉRIO PÚBLICO ratificou os termos da exordial delatória, requerendo a condenação dos acusados nas penas cominadas aos crimes a eles imputados na inicial.

A defesa dos acusados (...) e (...), por SUA VEZ, requereu a absolvição dos acusados, por falta de provas, e, subsidiariamente, em caso de condenação por este juízo,

a aplicação da pena em seu mínimo legal, bem como a incidência da minorante prevista no artigo 41 da lei.

A defesa da acusada (...), de seu tumo, da mesma forma requereu sua absolvição por deficiência do conjunto probatório e, subsidiariamente, em caso de condenação, a aplicação das penas no mínimo legal.

Por fim, a defesa da acusada (...) pugnou sua absolvição, sob a mesma alegação de insuficiência das provas, e, subsidiariamente, em hipótese de decreto condenatório, a incidência da causa minorante do artigo 33, §4º, da lei especial.

É o relatório. Segue a sentença.

Inicialmente, impende ressaltar que o presente processo não padece de qualquer nulidade, tendo tramitado dentro dos ditames legais e constitucionais.

No mérito, é forçoso reconhecer que as condutas dos acusados são penalmente típicas, ilícitas e culpáveis.

A materialidade das condutas criminosas e as respectivas autorias restaram manifestamente comprovadas no processo.

O exame preliminar realizado pela autoridade policial e o exame pericial toxicológico realizado pelo órgão de perícias da Polícia comprovam a natureza entorpecente da substância apreendida, sendo tal substância ilegal.

Além disso, a materialidade das condutas de tráfico de substâncias entorpecentes e de associação para a comercialização de drogas também restaram comprovadas pela prova oral produzida em audiência. Vale dizer, a prova testemunhal produzida pela acusação é conclusiva quanto à materialidade e às autorias delitivas, individualizando a participação de cada acusado na empreitada criminosa

Os policiais militares que realizaram as diligências que culminaram nas prisões são firmes e suas declarações são coerentes entre si a respeito da prática, pelos acusados, dos crimes a eles imputadas, nos exatos termos contidos na peça inicial acusatória.

Os acusados (...), (...) e (...), pai, mãe e filha, respectivamente, realizavam o comércio de drogas, utilizando-se de sua própria residência como ponto de venda.

Ademais, a acusada (...) exercia a função de entregadora das drogas àqueles consumidores que se dirigiam à residência dos demais acusados, onde, como se disse, funcionava um ponto de vendas de drogas, exercendo, assim, a função cognominada de “avião” do tráfico de drogas.

Aliás, o depoimento da testemunha (...), capitão da Polícia Militar, que, à época, era subcomandante da Companhia da Polícia Militar em (...) e comandou a operação eu resultou nas prisões, é rico em detalhes sobre a materialidade, a coautoria e as circunstâncias dos crimes, detalhando as condutas individualizadas de cada um dos acusados, informando, inclusive, que, já antes das prisões, havia realizado diligências

investigativas e confirmado que, na residência dos réus (...), (...) e (...), era realizada a comercialização de drogas (a chamada “boca de fumo”), e que a função de (...) era receber o dinheiro do usuário, buscar a droga vendida e entregar ao usuário.

As prisões, inclusive, ocorreram a partir de informações dadas por pessoa chamada (...), arrolada como testemunha de acusação, mas dispensada pelo Ministério Público, presa em flagrante, após suposta prática de um crime de homicídio, cometido a mando de (...), como forma de pagamento de dívida que (...) tinha por compra de drogas junto aos acusados.

Os eventuais conflitos entre as declarações dos policiais são de pouca importância, pois referentes a circunstâncias periféricas dos fatos criminosos, que não influenciam na materialidade e na coautoria delitivas.

Invaldar a credibilidade do depoimento de testemunha, policial que atendeu a ocorrência, por conta de divergências nas suas declarações referentes a mínimos detalhes circunstanciais do delito, além de revelar verdadeiro apego a um rigor desmedido, constituir-se-ia exigência ao policial de exercício mental de memória impossível, em especial considerando que, não raras as vezes, quando o policial é chamado a depor em juízo sobre determinado fato delituoso, já tem atendido, antes ou depois, inúmeras outras ocorrências criminais.

A propósito, impende ressaltar, só para afastar qualquer tipo de questionamento, que *“é inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório”* (TJSP, Apelação Criminal n. 157.320-3, Relator Desembargador IRINEU PEDROTTI), ou seja, *“o simples fato de serem policiais as testemunhas não basta para desqualificar a prova. Palavra segura e coerente dos policiais em consonância com as demais evidências”* (TJ/RS, Apelação Crime 70041275751, Relator Desembargador IVAN LEOMAR BRUXEL), é assaz suficiente para a formação, em juízo de cognição plena e exauriente, de certeza de convencimento a respeito da conduta delituosa. Assim, consoante orientação da jurisprudência do colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, *“os depoimentos dos policiais que prenderam em flagrante o réu, por tráfico ilícito de entorpecentes, gozam, em princípio, da mesma credibilidade que, em geral, gozam as provas testemunhais. Apenas porque são policiais não estão impedidos de depor, tampouco possuem tais depoimentos menor valor, sobretudo se os mesmos estão em harmonia com as demais provas dos autos (...)”* (Ap. 20030110632367, Relator Desembargador EDSON ALFREDO SMANIOTTO), de sorte que, consoante firme magistério jurisprudencial também do Supremo Tribunal Federal, *“o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em*

juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos (doutrina e jurisprudência)” (RTJ 169/864, Relator Ministro CELSO DE MELLO).

Assim, o fato de as testemunhas de defesa declararem que desconheciam que os acusados comercializavam substância entorpecente e que se tratavam de pessoas trabalhadoras não significa dizer que, a rigor, não praticavam a conduta típica penal, em especial porque a atividade de tráfico de drogas é conduta que se desenvolve na clandestinidade, em regra sendo somente de conhecimento dos usuários de substâncias entorpecentes, e por pessoas que dissimulam o desempenho de atividade laboral lícita, a fim de justificar a evolução patrimonial decorrente da comercialização de drogas.

Todas essas provas, portanto, formam um conjunto de elementos informativos assaz idôneos para provar que os réus praticaram os núcleos do tipo penal do artigo 33 da lei n. 11.343/06 “adquirir” e “trazer consigo”, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a substância entorpecente apreendida, assim como do tipo penal de associação para a narcotraficância.

Importante consignar, por outro lado, que a modalidade privilegiada do crime de tráfico – a causa especial de diminuição da pena – prevista no §4º do artigo 33 da lei não encontra ressonância nas provas produzidas nos autos, não devendo incidir no presente caso, pois todos os acusados compõem um grupo organizado cujas condutas individualizadas, mas associadas, convergem para um fim comum, que é a delituosa comercialização de drogas ilícitas.

Por fim, o requerimento de incidência da causa especial de diminuição decorrente da delação premiada, prevista no artigo 41 da lei especial, deduzida pelos acusados (...) e (...) não merece prosperar.

É que, a rigor, em nenhum momento os acusados (...) E (...) colaboraram com as investigações e apuração das responsabilidades penais, de sorte que as informações prestadas pelos acusados de nada serviram à elucidação de circunstância – identificação dos coautores ou partícipes dos crimes e/ou recuperação total ou parcial do produto do crime – do delito (neste sentido: TJRS, Apelação Crime 70037640992, Relator Desembargador JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ), além do que o acusado LUIZ ALVES tenta, em seu interrogatório, excluir, falsamente, a responsabilidade penal dos demais acusados.

Em razão disso tudo, firmadas estas premissas, forte nas provas dos autos, considerando os elementos informativos probantes dos autos e que este conjunto de provas produzido em juízo fortalece a prova coletada durante as investigações policiais, sem qualquer contradição que mereça destaque, é forçoso reconhecer provada a materialidade e a autoria dos acusados quanto aos delitos de tráfico de substância entorpecente e de associação para o narcotráfico, sendo de se concluir que a conduta dos infratores realiza subjetiva e objetivamente os tipos penais previstos nos artigos 33 e 35 da lei n. 11.343/06.

Ante todo o exposto, **julgo procedente a pretensão punitiva do Estado deduzida na presente ação penal e, em consequência, condeno os réus (...), (...), (...) e (...), nas sanções penais dos artigos 33 e 35 da lei n. 11.343/06, em concurso material, na forma do artigo 69 do Código Penal**, razão pela qual passo à dosimetria das penas a serem cominadas para os réus condenados, na estrita forma prevista nas normas do artigo 68 do Código Penal, fazendo-o com esteio no artigo 42 da lei n. 11.343/06, cumulado com o artigo 59 do Código Penal.

Ao confrontar os elementos contidos nos autos com a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 42 da lei n. 11.343/06 e no artigo 59 do Código Penal, é de se observar que as circunstâncias referentes à natureza e à quantidade de substância entorpecente objeto da presente ação devem ser consideradas desfavoráveis a todos os acusados, pois, na busca residencial realizada pelos policiais, foi encontrada considerável quantidade e variedade de drogas destinadas ao comércio praticado pelos réus, de três tipos, no caso crack, cocaína e maconha, espécies de substâncias entorpecentes estas das mais perigosas e nocivas, em especial o crack, talvez a mais perigosa à saúde e à incolumidade física de seus usuários.

Ademais, as informações das testemunhas são deletérias aos réus (...), (...) e (...) na fixação da pena base, pois demonstram a maior culpabilidade (mais intensa reprovabilidade) da conduta dos referidos réus, na medida em que exerciam a liderança da quadrilha e aliciaram, para a venda de drogas, a acusada (...), bem como uma menor, que prestou informações aos policiais.

A circunstância judicial referente à personalidade também pesa contra os acusados (...), (...) e (...), pois há notícia do envolvimento dos mesmos com o crime organizado neste Município, responsável inclusive, por crimes de homicídios, demonstrando tratar-se de pessoas perigosas.

Além disso, outra circunstância judicial é negativa aos acusados (...), (...) e (...), a saber, a circunstância de realizaram, inclusive, verdadeiro serviço de entrega em domicílio das substâncias entorpecentes comercializadas pelo grupo criminoso.

Assim, não havendo outros elementos informativos de que as demais circunstâncias judiciais elencadas no artigo 42 da lei n. 11.343/06 e do artigo 59 do

Código Penal sejam favoráveis ou desfavoráveis aos acusados, não existindo, portanto, outro fator positivo ou negativo a ser valorado quanto a estas circunstâncias judiciais senão os já decorrentes da própria sanção cominada ao tipo penal praticado, fixo a pena-base, respectivamente, do crime de tráfico e de associação para o tráfico, em 08 anos e 800 dias-multa e em 05 anos e 900 dias-multa para os acusados (...), (...) e (...), e em 06 anos e 550 dias-multa e em 04 anos e 750 dias-multa para a acusada (...).

Impende observar que incide, em desfavor dos acusados (...), (...) e (...), a agravante prevista no artigo 62, II, do Estatuto Penal, pois induziram a acusada (...) à execução material dos crimes, razão pela qual aumento a pena para os referidos acusados para 09 anos e 900 dias-multa e para 06 anos e 1.000 dias-multa para o delito de associação.

Não se verificam, nos autos, outras circunstâncias legais agravantes ou atenuantes, de sorte que as penas, em desfavor dos acusados (...), (...) e (...), ficam em 09 anos e 900 dias-multa para o tráfico de drogas e em 06 anos e 1.000 dias-multa para o delito de associação, enquanto as penas em desfavor da ré (...) deve ser mantida em 06 anos e 550 dias-multa, para o narcotráfico, e em 04 anos e 750 dias-multa, para o delito de associação para a narcotraficância.

Como não existem causas gerais ou especiais de aumento ou de diminuição da pena, **fixo como definitivas as penas, respectivamente, para o crime de narcotráfico e para o delito de associação para o tráfico, de 09 anos de reclusão e 900 dias-multa e de 06 anos de reclusão e 1.000 dias-multa para os acusados (...), (...) e (...), e de 06 anos e 550 dias-multa e de 04 anos e 750 dias-multa para a acusada (...), dia-multa este cujo valor**, considerada a condição financeira dos apenados e, principalmente, a sua finalidade punitiva enquanto sanção penal, **arbitro em 1/20 do salário mínimo vigente ao tempo do fato para os acusados (...), (...) e (...) e em 1/30 do salário mínimo para a acusada (...).**

O cumprimento da pena deve iniciar-se no regime fechado, dada a natureza hedionda do crime de narcotráfico (lei n. 8.072/90, artigo 2º, §1º) e da melhor adequação do referido regime prisional, notadamente diante da ponderação das circunstâncias judiciais desfavoráveis e do quanto de pena aplicada.

Incabível a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, por óbvio para os acusados contra os quais fixado regime prisional fechado, mas também quanto aos demais, em razão da quantidade da pena corporal aplicada (CP, artigo 44).

Mantenho a prisão cautelar dos acusados e, por isso, **nego-lhes o direito de recorrerem em liberdade**, eis que responderam a todo o processo presos, além do que os motivos justificadores da manutenção da custódia cautelar, pressupostos da prisão preventiva (CPP, artigo 312), permanecem presentes, notadamente para a garantia

da ordem pública, dada a reiteração criminosa, a periculosidade concreta dos réus e a nocividade ao meio social da conduta de tráfico (STF, HC 98116, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI; STF, HC 105858, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA; STJ, HC 89667, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; STJ, HC 116665, Relatora Ministra LAURITA VAZ; STJ, HC 136577, Relator Ministro JORGE MUSSI).

Além disso, é de se concluir, ao analisar os autos, que não se mostram idôneas, na hipótese, as demais medidas cautelares substitutivas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, que, segundo a nova redação das normas dos artigos 282 e seguintes, introduzida pela recente reforma do CPP, promovida pela lei n. 12.403/11, estabelece que estas medidas cautelares devem prevalecer sobre a decretação da privação cautelar da liberdade do indivíduo (TJ/RS, HC 70045133881, Relator Desembargador NEREU JOSÉ GIACOMOLLI).

É que, como se disse acima, os elementos dos autos revelam a periculosidade concreta dos acusados e nocividade social da conduta típica penal, demonstrando a inidoneidade das demais medidas cautelares para preservar a ordem pública, notadamente contra a reiteração criminosa.

Deixo de fixar valor mínimo a título de reparação de danos resultantes da infração penal (CPP, artigo 387, IV), dada a inexistência de dano.

Condeno os apenado ao pagamento das custas processuais.

Por fim, **determino a incineração das drogas apreendidas**, cumprindo-se preservar, para eventual contraprova, 1/2 grama de cada uma das espécies das substâncias entorpecentes apreendidas (lei n. 11343/06, artigo 58, §1º), bem como **decreto, ainda, o perdimento, em favor da União, dos bens apreendidos**, pois não comprovaram os acusados a sua origem lícita, sendo certo concluir que se trata de produto da venda de drogas ilícitas e/ou de bem utilizado na atividade da organização criminosa (lei n. 11343/06, artigo 63).

Após o trânsito em julgado da presente decisão, tomem-se as seguintes providências: **(I) lançar o nome dos condenados no Livro de Rol dos Culpados desta Comarca; (II) extrair guias de recolhimento, observando-se o disposto nos artigos 105 à 107 da lei n. 7.210/84, para o acompanhamento da execução das penas impostas, computando-se como cumprimento de pena o período de prisão provisória, encaminhando-as, com as cópias das peças necessárias, ao juízo da execução penal competente; (III) proceder o recolhimento dos valores atribuídos a título de pena pecuniária, em conformidade com o artigo 686 do Código de Processo Penal, e, em caso de descumprimento pelos condenados, encaminhe-se cópia desta sentença, com a certidão de trânsito em julgado, à Procuradoria do Estado do Ceará, para fins de cobrança da quantia fixada; (IV) proceder como disposto no artigo 63, §4º, da lei n. 11.343/06, remetendo-se ao SENAD relação dos bens e dos valores**

declarados perdidos em favor da União; (VI) oficial à Justiça Eleitoral, comunicando a condenação dos réus, com suas identificações, acompanhada de fotocópia da presente decisão, para cumprimento do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal e no artigo 71, §2º, do Código Eleitoral.

Após a adoção de todas as providências acima, **arquivem-se os presentes autos**, com baixa na distribuição.

Publique-se, registre-se e intimem-se.

15 de maio de 2013.

Tácio Gurgel Barreto
Juiz Auxiliar

Agravo de Instrumento - Guarda Provisória

Teodoro Silva Santos

Agravo de instrumento. Medida Cautelar. Guarda provisória. Aferição da prevalência entre o cadastro de adotantes e a adoção *intuitu personae*. Aplicação do princípio do melhor interesse do menor. Verossímil estabelecimento de vínculo afetivo da menor com o casal de adotantes não cadastrados. Relacionamento constante com a criança durante os primeiros meses de vida. Fatos que, por si, não denotam a prática de ilícito. Precedentes: TJCE e STJ. Recurso provido.

DECISÃO MONOCRÁTICA

(...) e (...) ajuizaram medida cautelar pertinente à guarda provisória de F. W., tendo o Juízo *a quo* denegado a cautelar postulado, em consideração ao cadastro nacional de adotantes.

Adota-se o relatório inserto no parecer emitido pela Procuradoria Geral de Justiça (fls. 127/131), aditando-o como segue.

Após redistribuição, vieram os autos.

É o Relatório.

DECIDE-SE, de plano.

O recurso manejado é adequado, foi interposto por quem tinha legítimo interesse, é tempestivo e não depende de preparo (artigo 198, I, ECA). Atende, ainda, aos pressupostos elencados nos artigos 524 e 525 do CPC.

A hipótese é de, consoante fundamentos declinados na decisão que concedeu efeito suspensivo e no parecer da PGJ, reformar a decisão interlocutória agravada, posto que contrária à orientação firmada no STJ, em textual:

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protetorista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

II - [...] Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo;

III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade;

IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente;

V - [...] Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança;

VI - Recurso Especial provido.

(REsp 1172067/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2010)

RECURSO ESPECIAL - ADOÇÃO - CADASTRO DE ADOTANTES - RELATIVIDADE - PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM CASAL DE ADOTANTES DEVIDAMENTE CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO - [...] PRECEDENTES DESTA CORTE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1.- A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial. Precedente.

2.- No caso dos autos, a criança hoje com 2 anos e 5 meses, convivia com os recorrentes há um ano quando da concessão da liminar (27.10.2011), permanecendo até os dias atuais. Esse convívio, sem dúvida, tem o condão de estabelecer o vínculo de afetividade da menor com os pais adotivos.

3.- Os Recorrentes, conforme assinalado pelo Acórdão Recorrido, já estavam inscritos no CUIDA - Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo o que, nos termos do artigo 197-E, do ECA, permite concluir que

eles estavam devidamente habilitados para a adoção. Além disso, o § 1º, do mesmo dispositivo legal afirma expressamente que “A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando”. [...]

5.- A inobservância da preferência estabelecida no cadastro de adoção competente, portanto, não constitui obstáculo ao deferimento da adoção quando isso refletir no melhor interesse da criança. [...]

7.- Recurso Especial provido.

(REsp 1347228/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 20/11/2012)

CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA PROVISÓRIA. COMÉRCIO DE MENOR. INEXISTENTE. FAMÍLIA AFETIVA. INTERESSE SUPERIOR DO MENOR. OBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOÇÃO.

- Mesmo em havendo aparente quebra na lista de adoção, é desaconselhável remover criança que se encontra, desde os primeiros dias de vida e por mais de dois anos, sob a guarda de pais afetivos. A autoridade da lista cede, em tal circunstância, ao superior interesse da criança (ECA, Art. 6º).

(REsp 837324/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, DJ 31/10/2007, p. 325)

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES [...]. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS [...]. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. [...]

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. [...]

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. [...]

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. [...]

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido.

(REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010)

O Juízo *a quo* não agiu acertadamente.

CONCLUSÕES

DISPOSITIVO

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO, consolidando a decisão que concedera o efeito suspensivo ativo (fls. 115/121)

Comunicar e intimar. Expedientes necessários.

Decorrido o prazo recursal sem que nada tenha sido apresentado pelas partes, certifique-se o trânsito em julgado, dê-se baixa nos sistemas eletrônicos de acompanhamento processual e arquivem-se os autos.

Fortaleza, ____ de _____ de 2013.

Teodoro Silva Santos
Relator

Agravo Regimental em Face de Decisão Monocrática que Julgou Procedente o Pleito Autorial - Consumidor - Contrato de Plano de Saúde

Teodoro Silva Santos

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM FACE DE DECISÃO MONOCRÁTICA QUE JULGOU PROCEDENTE O PLEITO AUTORAL. CONSUMIDOR. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DE MATERIAL CIRÚRGICO. STENT. CLÁUSULA LIMITADORA. ABUSIVIDADE VERIFICADA. RELAÇÃO CONSUMERISTA. APLICAÇÃO DO CDC. RESSARCIMENTO AO CONSUMIDOR DEVIDO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Cinge-se o presente embate jurídico à tentativa da empresa agravante de excluir o fornecimento de material cirúrgico das hipóteses de cobertura do plano de saúde contratado pelos consumidores agravados. Diante da recusa por parte da empresa agravante no referido fornecimento, os agravados pagaram o valor de R\$7.000,00 (sete mil reais) para aquisição do material, os quais requerem o ressarcimento nesta demanda.
2. Verifica-se, *in casu*, a essencialidade do fornecimento do material cirúrgico, denominado “*stent*”, à perfeita e necessária conclusão de tratamento médico, pois somente por meio da utilização deste a parte agravada poderia obter cura da patologia.
3. A exclusão de cobertura do material cirúrgico, colocaria em risco à vida do paciente, bem como a realização da intervenção médica, tendo em vista que tratava-se de procedimento médico essencial para garantir a incolumidade física do segurado.
4. “*O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura*”. (Resp n. 668.216/SP, relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito).
5. Resta, portanto, caracterizada a abusividade da cláusula contratual limitadora, conforme inteligência dos artigos 39 e

51 do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes desta Egrégia Corte Estadual.

6. Agravo Regimental conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo Regimental, autuados sob o nº (...), em que são partes as pessoas acima indicadas, **ACORDAM** os Desembargadores da 4ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de sessão, por unanimidade de votos, em **CONHECER** do recurso, para **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo incólume a decisão guerreada, tudo nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 24 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Regimental interposto (...). (fls. 180/186) em face de decisão monocrática da lavra deste Relator (fls. 172/177), que, com base em vasta jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, negou seguimento à apelação interposta anteriormente, julgando procedente o pleito autoral, condenando a empresa agravante ao ressarcimento do valor pago pelos consumidores, ora agravados, para aquisição de material cirúrgico (*stent*), supostamente não incluso no plano de saúde objeto desta demanda.

Em suas razões recursais, a empresa agravante defende a impossibilidade de ressarcimento aos agravados diante da inexistência de previsão contratual nesse sentido. No mérito, requer a reconsideração da decisão recorrida a fim de que seja julgado improcedente o pleito autoral.

Sem revisão e desnecessária a inclusão em pauta.

Eis o que vale relatar.

VOTO

Em juízo de prelibação, conheço do presente recurso, eis que interposto tempestivamente e encontrando-se presentes os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

O presente agravo regimental não traz fundamento capaz de modificar a convicção alcançada na decisão monocrática, visto que nos termos da jurisprudência

dominante dos Tribunais pátrios, em especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, resta sedimentado o entendimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde, devendo serem interpretados da forma mais benéfica e favorável ao consumidor.

Assim, vislumbra-se com isso que a exclusão de cobertura de órteses ou próteses, argumentadas pela empresa agravante, quando ligadas a ato cirúrgico, se torna abusiva, já que a falta desse material comprometerá a cirurgia. Caso contrário, fugiria da finalidade do contrato, que é a proteção do direito à vida, assegurado, inclusive pela Constituição Federal de 1988. Em sendo assim, para evitar repetição desnecessária, transcrevo a fundamentação da decisão monocrática agravada, em textual:

“(...) No mérito, razão não assiste à empresa recorrente, diante da invalidade da cláusula que restringe ou limita direitos inerentes à natureza do contrato de seguro de saúde, por afrontar seu próprio objeto, qual seja, garantir a saúde e a vida dos usuários.

Desse modo, as razões da apelação não merecem acolhimento, tendo em vista que é dever do plano de saúde prezar pela vida do paciente, e isso não aconteceu no momento em que a empresa/apelante negou o custeio do material cirúrgico necessário à realização do procedimento médico.

É necessário perceber que, a decisão ora discutida nestes autos coaduna-se com o entendimento jurisprudencial consolidado, e, uma vez comprovada a necessidade de utilização de dois stents para a eficácia da cirurgia, tem-se que o plano de saúde não poderia ter negado tal material cirúrgico, já que era essencial para o êxito da cirurgia.

Vale ressaltar que se aplica ao presente caso o Código de Defesa do Consumidor, já que ambas as partes contratuais enquadram-se nos conceitos de consumidor (art. 2º) e de fornecedor (art. 3º) previstas nessa legislação. No mesmo sentido a Súmula nº 469 do Superior Tribunal de Justiça aduz que:

‘Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.’

Assim, vislumbro que a exclusão de cobertura de órteses ou próteses, quando ligadas a ato cirúrgico, se torna abusiva, já que a falta desse material comprometerá a cirurgia. Caso contrário, fugiria da finalidade do contrato, que é a proteção do direito à vida, assegurado, inclusive pela Constituição Federal.

Conforme verifica-se no caso em deslinde, os autores fazem jus ao ressarcimento de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), pagos pelos dois stents utilizados. Custear a cirurgia, bem como o material cirúrgico é de extrema importância para a manutenção da vida, sendo uma obrigação do plano de saúde.

Colaciono a seguir, jurisprudência pacífica desta Egrégia Corte de Justiça, no sentido do posicionamento acima exposto:

‘Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE PRIVADO. MATERIAL ESSENCIAL PARA A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, COM VIAS DE

TRATAR DOENÇA CARDÍACA GRAVE. NEGATIVA DE COBERTURA. ALEGADA EXCLUSÃO CONTRATUAL DO CUSTEIO DE ÓRTESES E PRÓTESES. DIFERENÇA CONCEITUAL ENTRE ESTAS E OS STENTS. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ E DOS DE MAIS TRIBUNAIS. CONTRATO DE TRATO SUCESSIVO. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 9.656/98. APLICAÇÃO DO CDC. ART. 47. CLÁUSULA ABUSIVA. TÉCNICA INDICADA POR MÉDICO. TRATAMENTO NÃO EXCLUÍDO DA COBERTURA CONTRATUAL. INSTITUIÇÃO COMPLEMENTAR AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (ARTS. 196 E 199, CF). DEVER DE COBERTURA DOS CUSTOS ASSISTENCIAIS, NOS TERMOS LEGAIS (ART. 12, II, LEI Nº 9.656/98). APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. (Relator(a): CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 5ª Câmara Cível Data de registro: 23/04/2012).’

‘Ementa: DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI N. 9.656/98. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CDC. RECUSA NO FORNECIMENTO DE STENT CORONARIANO. CLÁUSULA ABUSIVA. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. No caso, apelação em ação de reparação de danos materiais, concernente ao valor de stent farmacológico indispensável para procedimento cirúrgico a qual o apelado foi submetido, diante da recusa do seu fornecimento por parte do plano de saúde. 2. A colocação do stent não constitui procedimento autônomo e isolado, haja vista encontrar-se vinculada à angioplastia, a qual não está excluída da cobertura do contrato de plano de saúde firmado com a cooperativa. 3. Deve ser declarada nula de pleno direito, à luz do Código de Defesa do Consumidor, cláusula que nega o fornecimento de stent ao segurado. 4. Deve ser mantida a condenação do plano de saúde no ressarcimento do valor despendido pelo insurgente no que concerne ao pagamento do referido procedimento. - Apelação conhecida e desprovida. - Sentença confirmada. - Unânime. (Relator(a): MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 4ª Câmara Cível Data de registro: 09/05/2011).’

‘Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. COLOCAÇÃO DE STENT FARMACOLÓGICO. 1. Negar o fornecimento do tratamento ao recorrido encontra-se em descompasso com a legislação do consumidor, além de ofender o princípio da dignidade humana, consagrado a nível constitucional, e observado pela Lei nº 9.656/98. LIMITAÇÃO CONTRATUAL. CLÁUSULA ABUSIVA. DANOS IRREPARÁVEIS. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 9.656/98 DE MANEIRA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. 2. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, considerando-se, ainda, o princípio da boa-fé. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta e. Corte de Justiça. RECURSO ADESIVO. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. VALOR NÃO IRRISÓRIO. LIMITES LEGAIS OBEDECIDOS. 3. A verba estipulada a título de honorários advocatícios não pode ser considerada irrisória, pois além de não se distanciar das

finalidades da lei, o valor fixado foi compatível e razoável com o grau de zelo do profissional e a importância da causa. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre a licitude de valores abaixo de 10%, desde que não irrisórios. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. (Relator(a): VERA LÚCIA CORREIA LIMA Órgão julgador: 4ª Câmara Cível Data do julgamento: 21/10/2009 Data de registro: 22/10/2009).’

De acordo com a jurisprudência acima, tem-se que é nula a cláusula que impõe a negativa de fornecimento de material imprescindível para a realização da intervenção cirúrgica por impor ao consumidor manifesta e excessiva desvantagem.

Desta forma, tem-se que o apelo encontra-se em manifesto confronto com a jurisprudência consolidada desta Corte Estadual, atraindo, pois a incidência do art. 557, caput, do CPC, verbis:

‘Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.’

Por todo o exposto, considerando que o recurso desafia jurisprudência dominante do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, NEGO SEGUIMENTO ao recurso, na forma do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, mantendo a sentença incólume.

Após decorrido o prazo recursal, sem que nada tenha sido apresentado, certifique-se o trânsito em julgado e arquivem-se os autos.(...)”

Assim, não há razões para afastar o entendimento anteriormente adotado em decisão monocrática, mormente porque também amparado em vasta jurisprudência, devendo, pois, ser mantida a decisão recorrida.

DISPOSITIVO

Ao impulso dessas considerações, mantenho na íntegra a decisão monocrática proferida, julgando, de consequente, pelo **CONHECIMENTO** e **NÃO PROVIMENTO** do presente recurso.

É como voto.

Fortaleza, 24 de abril de 2013.

Teodoro Silva Santos
Relator

Ação Cautelar Inominada Preparatória de Ação Ordinária Anulatória de Ato Administrativo

Tiago Dias da Silva

SENTENÇA

Vistos etc.

Trata-se de ação cautelar inominada preparatória de ação ordinária anulatória de ato administrativo ajuizada por V.A.M. e outros, todos professores da rede municipal de ensino, em face do município de (...).

Pela presente ação, visam os autores a obtenção de tutela de urgência que suste os efeitos do ato administrativo que suprimiu de suas remunerações a gratificação de regência de classe, além de outros pedidos contidos na exordial.

Petição inicial de fls. 02-17, acompanhada de documentos de fls. 18-100.

Segundo a exordial, o ato combatido apoiou-se na Lei municipal n.º 09/2013, sancionada em 08 de março do presente ano, a qual revogou a Lei municipal n.º 77/2010. Esta última previa a gratificação de regência de classe, equivalente a 10% do salário-base do professor.

Alega a parte autora que a novel legislação municipal infringiu diversos princípios constitucionais e legais que regem a matéria, mormente o princípio da irredutibilidade salarial e o princípio da vedação ao retrocesso social, dentre outros. Sustenta que seu pleito está acobertado pelo *fumus boni iuris* e pelo *periculum in mora*.

Pede a concessão de liminar *inaudita altera pars*, para que sejam suspensos os efeitos do ato que retirou da remuneração dos autores a regência de classe no percentual de 10% sobre o vencimento base dos profissionais do magistério e, por fim, a procedência da presente ação para que se declare a nulidade do ato administrativo de supressão da gratificação aludida, bem como a declaração incidental da inconstitucionalidade da Lei Municipal 09/2013 com eficácia *ex tunc*, além de condenação da parte requerida ao pagamento dos valores retroativos de regência de classe.

Em decisão de fl. 135, foi deferida a justiça gratuita aos autores e determinada a citação da parte ré.

Contestação apresentada tempestivamente às fls. 137-147, acompanhada de documentos de fls. 149 a 184 (contracheques dos servidores).

Em síntese, arguiu o requerido a preliminar de inadequação da via eleita, pugnando pela extinção do processo nos termos do art. 267, VI do CPC e, no mérito, a constitucionalidade da Lei Municipal n.º 09/2013, bem como a inocorrência de violação à irredutibilidade salarial, haja vista o caráter *propter laborem* da gratificação de regência.

Petição da parte autora à fl. 185-v, informando a anterior juntada dos contracheques que comprovam a supressão remuneratória alegada.

É, em abreviado, o relatório.

Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, cumpre observar que não há prova a ser produzida em audiência, cabendo o julgamento antecipado da lide, consoante art. 803, parágrafo único (*a contrario sensu*) e art. 330, I do Código de Processo Civil. Nesse caso, a designação de audiência serviria apenas para procrastinar o feito, com inegável menoscabo aos princípios da celeridade processual e do acesso à justiça.

Nesse sentido é a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni:

*“O julgamento antecipado só não deve ocorrer quando o fato, ainda que controvertido, pertinente e relevante, não se encontre devidamente provado”.*¹

Nessa senda também o processualista Alexandre Freitas Câmara:

*“(...) o julgamento antecipado do mérito será adequando nas hipóteses em que o prosseguimento do feito se revele desnecessário, que se dá pelo fato de todos os elementos de que se precise para a apreciação do objeto do processo já se encontrem nos autos”.*²

DA PRELIMINAR

Sustenta o requerido em sua contestação que o presente processo deve ser extinto sem resolução de mérito, em virtude de inadequação da via eleita. Afirma que os requerentes ajuizaram ação cautelar para alcançar dois pedidos incompatíveis com esta via processual, quais sejam, um pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental e um provimento de caráter satisfativo (restabelecimento da gratificação de regência e pagamento retroativo).

A preliminar procede, em parte.

É preciso analisar o conteúdo desta preliminar tomando a precaução de separar cada um dos pedidos formulados na inicial. Com efeito, dentro do mesmo

1 MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

2 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. I, 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

processo pode haver uma pluralidade de ações (demandas), cada uma correspondendo a um pedido deduzido.

A leitura atenta da inicial revela que a parte autora formulou ao todo cinco pedidos, sendo eles: **1)** a suspensão imediata do ato que retirou da remuneração dos autores a gratificação de regência de classe no percentual de 10% sobre o vencimento base dos profissionais do magistério; **2)** a declaração de nulidade do ato administrativo de supressão da gratificação aludida; **3)** a suspensão imediata dos efeitos da Lei Municipal 09/2013; **4)** a declaração incidental da inconstitucionalidade da Lei Municipal 09/2013 com eficácia *ex tunc*; **5)** a condenação da parte requerida ao pagamento dos valores retroativos a março de 2013, título de regência de classe.

Urge, portanto, neste primeiro momento de análise das condições da ação cautelar e de seus pressupostos processuais, escoimar os pedidos que podem ou não podem ser objeto deste tipo de demanda, isto é, em relação a quais pedidos existe o interesse de agir, em seu aspecto de adequação da via eleita.

A despeito do que sustentou a parte ré, não se trata de simplesmente negar cabimento pela via cautelar às demandas de feição satisfativa. Há demandas de caráter satisfativo que se amoldam perfeitamente aos pressupostos do processo cautelar, de acordo com processualística moderna.

Aqui, vem a calhar a precisa lição de Alexandre Freitas Câmara, *in verbis*:

“É de se notar que o processo cautelar é um instrumento de proteção de outro processo. O que se quer dizer é que com o processo cautelar vai-se combater situações em que existe risco para a efetividade de um processo. Quando o tempo de duração do processo gerar uma situação de perigo para o próprio direito material, não será adequada a utilização do processo cautelar, mas sim do instituto – anteriormente estudado – da tutela antecipada.”

Prossegue o autor:

“Não se pode deixar de afirmar que para alguns juristas existiria a possibilidade de, tendo o demandante pleiteado uma medida cautelar, o juiz conceder medida diversa da devida. Existiria, assim, uma autorização para que o juiz do processo cautelar decidisse extra petita, concedendo medida diversa da pleiteada. Assim, porém, não nos parece. Não há norma autorizando o Estado-juiz a prover fora do pedido no processo cautelar. Deve-se observar, pois, o princípio da adstrição da sentença ao pedido, previsto expressamente no CPC para o processo de conhecimento, mas aplicável também aos processos executivos e cautelares. Assim, tendo o demandante pedido medida cautelar inadequada para solucionar a situação de crise por ele narrada em sua petição inicial, deverá o juiz considerá-lo “carecedor de ação”, por falta de interesse de agir.

Não faltará interesse de agir, todavia, se o demandante propuser a “ação cautelar” para pedir medida satisfativa, que deveria ter sido pleiteada

*no bojo do processo cognitivo, através da técnica conhecida como tutela antecipada. E isto se dá em razão do disposto no § 7º do art. 273 do CPC, que cria uma fungibilidade entre os meios de obtenção da tutela jurisdicional de urgência. Abre-se, aqui, uma exceção à regra geral, e se permite a obtenção de tutela jurisdicional por meio que, a princípio, não seria o adequado. Legitima-se a exceção, porém em razão da urgência da medida postulada.*³³ (grifei)

O entendimento transcrito supra ainda se congrua com os princípios da primazia do mérito e da tutela jurisdicional adequada, ambos com fundamento axiológico no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Por suposto, havendo a necessidade da tutela cautelar para garantir a efetividade da justiça e diante dos requisitos específicos que compõem o mérito da ação cautelar – *o fumus boni juris* e *o periculum in mora* –, não é o caráter antecipatório um obstáculo para que o magistrado conceda a tutela devida.

Portanto, embora os pedidos formulados guardem feição antecipatória (satisfativa) mais do que propriamente uma utilidade para resguardar a eficácia do processo de conhecimento vindouro, esse não é fundamento idôneo para afastar a cognição da tutela cautelar. Ainda mais quando se observa, sob certo prisma, que a cautelar preparatória em demandas desse jaez se justifica plenamente, vez que o fator temporal é extremamente pernicioso para o servidor que pleiteia acréscimos remuneratórios em face da Fazenda Pública, dados os privilégios desta quando devedora.

Não obstante aqui se tenha afastado a argumentação do requerido, impende reconhecer a falta de interesse-adequação em alguns dos pedidos formulados, por outras razões.

Quanto ao pedido de declaração de nulidade do ato administrativo de supressão da gratificação aludida (pedido n.º 2), além de esgotar completamente o objeto da futura ação de conhecimento, teria caráter irreversível. Destarte, incabível este provimento em sede de ação cautelar, que se funda numa tutela de aparência e de urgência. Daí se concluir que já é suficiente, em sede de cautelar, o pedido de sustação dos efeitos do ato, vez que a declaração de sua nulidade é própria da ação de conhecimento correspondente. Faltam, pois, em relação a este pedido, o interesse-necessidade e o interesse-adequação, sem contar com o óbice do art. 273 § 2º do CPC. Há, pois, carência de ação cautelar quanto ao pedido n.º 2.

No tocante aos pedidos de número 3 e 4, ou seja, a suspensão imediata dos efeitos da Lei Municipal 09/2013 e a declaração incidental da inconstitucionalidade da Lei Municipal 09/2013 com eficácia *ex tunc*, verifico também a falta de condições da ação, notadamente a falta de interesse de agir, pela inadequação da via eleita.

3 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, Volume III**. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 09.

Isto porque nem mesmo a ação principal a ser ajuizada – da qual este processo cautelar é preparatório – poderia ter como objeto tais pedidos. A constitucionalidade das leis é objeto de outra sorte de ações, *ex vi* dos arts. 102, I, “a”, “p” e § 1º, art. 103, art. 125 § 2º, todos da Constituição Federal, bem como art. 108, VII, “f” da Constituição do Estado do Ceará.

Ao inserir tais matérias no rol dos pedidos, a parte autora buscou que este juízo sobre elas se manifestasse *principaliter tantum*, quando é certo que no controle difuso e concreto de constitucionalidade das leis – franqueado em nosso ordenamento a qualquer juízo, seguindo a tradição da *judicial review* norte-americana -, a inconstitucionalidade das normas e a suspensão dos seus efeitos devem ser conhecidas *incidenter tantum*, isto é, na fundamentação e não no dispositivo. Por conseguinte, caberia à parte invocar tais argumentos de inconstitucionalidade e invalidade abstrata da lei tão somente na causa de pedir da demanda, como de fato já o fez. Assim, há patente carência de ação quanto aos pedidos de número 3 e 4.

O pedido de condenação da parte requerida ao pagamento dos valores suprimidos de regência de classe retroativos a março de 2013, pela via da ação cautelar, esbarra em impedimento legal consubstanciado no art. 1º da Lei n.º 8.437/92 c/c art. 7º, § 2º da Lei n.º 12.016/09, ora transcritos.

⁴Lei n.º 8.437/92:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

Lei n.º 12.016/09:

Art. 7º. (...)

(...)

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Sobre a temática, trago à baila o magistério de Leonardo José Carneiro da Cunha:

“O legislador, em exame prévio, já descartou a possibilidade de concessão de liminar para situações em que não se revela presente o risco de dano grave

4 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 8 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 234.

*lesão ou de difícil reparação. Se o servidor público, por exemplo, pretende obter vantagem que agregue valores a seus vencimentos, não há, evidentemente, qualquer periculum in mora. Os demais casos não são igualmente admitidos, ou porque ausente a situação de perigo, ou porque a medida se revela irreversível. **Caso, por exemplo, o servidor público tenha suprimida uma vantagem de sua remuneração, aí caberá a medida de urgência, pois não se trata de concessão, mas de restauração ou recomposição de vantagem, havendo risco de dano irreparável ou de difícil reparação.***

Se, concreta e excepcionalmente, estiver demonstrado pela parte autora o grave risco de dano, deverá, afastando-se a vedação legal, ser concedida a medida, em prol da efetividade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Não demonstrada a situação de excepcionalidade, impõe-se rejeitar o pedido de concessão de provimento de urgência, mercê das prescrições legais que impedem seu deferimento.⁵⁵ (grifei)

No pedido em análise não se pretende mero restabelecimento de situação fática anterior (obrigação de fazer), mas a cobrança de valores já descontados. Além disso, o pleito de ressarcimento não gera uma situação de extrema urgência, a tal ponto de se afastar a incidência dos regramentos legais citados para dar guarida à inafastabilidade da tutela jurisdicional, como admitem a doutrina e a jurisprudência pátrias em casos extremos nos quais o bem a tutelar-se *in concreto* possua especial relevo.

Não se trata de impossibilidade jurídica do pedido de ressarcimento, pois tal desiderato pode ser alcançado por meio de ação ordinária, respeitados os privilégios da Fazenda Pública. Entretanto, a via da ação cautelar mostra-se absolutamente inadequada para esse mister, mesmo na hipótese de concessão da medida após a oitiva da parte requerida. Isto porque a audiência da parte contrária não retira do processo cautelar sua essência, isto é, sua natureza de uma tutela de evidência e urgência, dotada de referibilidade em relação à tutela principal (cognitiva ou executiva). Daí se conclui que a limitação cognitiva da via cautelar é incompatível com a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de diferenças salariais. Por esses motivos, há carência de ação também quanto ao pedido de nº 5.

Por conseguinte, acolho em parte a preliminar arguida e julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI do Código de Processo Civil, apenas no tocante aos seguintes pedidos: declaração de nulidade do ato administrativo de supressão da gratificação aludida; suspensão imediata dos efeitos da Lei Municipal 09/2013; declaração incidental da inconstitucionalidade da Lei Municipal 09/2013 com eficácia *ex tunc*; condenação da parte requerida ao pagamento dos valores retroativos a março de 2013, a título de regência de classe.

5 NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.331.

Passo à análise do mérito do pedido de n.º 1, de suspensão imediata do ato que retirou da remuneração dos autores a gratificação de regência de classe, no percentual de 10% sobre o vencimento base dos profissionais do magistério, e conseqüente restabelecimento da verba.

DO MÉRITO

Primeiramente, há que se diferenciar o mérito da presente ação cautelar do mérito da futura ação de conhecimento indicada pela parte autora na petição inicial.

A análise do mérito da presente ação radica única e especificamente no preenchimento dos requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada, sendo eles o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (*fumus boni iuris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução”⁶

Sendo espécie de tutela de urgência e evidência, voltada para a salvaguarda de direitos patentes e efetividade da futura tutela jurisdicional, prescinde de um juízo de certeza sobre o direito pleiteado, de sorte que a medida cautelar se apoia num juízo de probabilidade, numa cognição sumária e não exauriente.

Por isso mesmo, a procedência ou improcedência da ação cautelar não implica formação de coisa julgada material, salvo acolhimento de decadência ou prescrição, consoante interpretação do art. 810 do CPC.

Postos esses delineamentos, cabe analisar se os requisitos aludidos estão presentes, relativamente ao pedido de suspensão do ato que suprimiu da remuneração dos autores a gratificação de regência de classe.

DO FUMUS BONI IURIS

Sobre o conceito de *fumus boni iuris*, invocamos lapidar esboço de Alexandre Freitas Câmara:

6 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, Volume III**. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 09.

Não é pacífica, porém, a doutrina quando se trata de definir o fumus boni iuris. Há quem afirme tratar-se ele da mera “aparência do bom direito”. Outros autores, por sua vez, definem o fumus boni iuris como a “plausibilidade do direito”. Outros, ainda, referem-se a este requisito de concessão das medidas cautelares como a verossimilhança do direito afirmado pelo demandante. Todos estes conceitos, embora tenham sutis diferenças entre si, conduzem, todos, a uma mesma ideia: a de que a cognição a ser realizada no processo cautelar é sumária, não se exigindo, nesta sede, a certeza quanto à existência do direito substancial. Parece-nos, porém, que mais adequado é definir o fumus boni iuris como o fez importante processualista e magistrado pátrio: “probabilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar”.⁷

A par dessa lição, verifico que a parte autora elencou diversos argumentos com o fito de concluir pela invalidade da supressão da gratificação de regência. Alegou, em síntese, ofensa aos seguintes postulados: **1)** princípio da irredutibilidade salarial (art. 37, XV da Constituição Federal e art. 3º, III da Lei Municipal n.º 234/95); **2)** princípio da proibição do retrocesso social (art. 7º da Constituição Federal, art. 56 § 3º da Lei Orgânica do Município de (...) e art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos); **3)** princípio da valorização dos servidores públicos (art. 205, V da Constituição Federal); **4)** princípio da valorização do magistério (art. 67 da Lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação); princípio do direito ao piso (art. 206, VIII da Constituição Federal e art. 3º, § 2º da Lei Federal 11.738/2008); **5)** previsão da gratificação por exercício de magistério no estatuto do servidor público de (...), em seu art. 103, VI.

Contraditando tais argumentos, a parte requerida sustenta a constitucionalidade da Lei Municipal n.º 09/2013, à luz da lição de que não existe direito adquirido a regime jurídico de servidor público. Aduz ainda que a mudança do regime jurídico dos servidores respeitou a irredutibilidade dos vencimentos que estejam efetivamente incorporados, o que não é o caso da gratificação de regência, a qual tem caráter *propter laborem*.

No tocante às supostas lesões ao princípio da proibição do retrocesso social, ao princípio da valorização dos servidores públicos, ao princípio da valorização do magistério, ao princípio do direito ao piso e à previsão da gratificação por exercício de magistério no estatuto do servidor público de (...), não vislumbro suficiente grau de verossimilhança para concessão da medida cautelar.

Com efeito, tais argumentos precisam ser analisados com maior grau de profundidade – o que poderá ser enfrentado na ação principal -, inclusive porque demandam análise global da legislação relacionada, até mesmo a perquirição de eventuais textos legais supervenientes à ab-rogação da Lei Municipal n.º 77/2010 e que regulem a matéria. Isto porque não é tão demarcado o limite entre a discricionariedade legislativa e o núcleo essencial que forma o princípio da vedação do retrocesso social,

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 998

e demais princípios correlacionados. De modo que este debate vem a calhar na ação de conhecimento, em cognição exauriente e maior amplitude de prazos e formas.

No que atine à previsão da gratificação por exercício de magistério no estatuto do servidor público de (...), há que se deslindar melhor se realmente corresponde à gratificação de regência, pois outras há, como se vê, por exemplo, à fl. 123.

Sem embargo, no tocante à afronta ao princípio da irredutibilidade salarial (art. 37, XV da Constituição Federal e art. 3º, III da Lei Municipal n.º 234/95), verifico que há plausibilidade no pedido autoral.

Compulsando-se a prova documental acostada aos autos por ambas as partes, vê-se claramente que a gratificação de regência era paga normalmente aos autores até fevereiro de 2013, no percentual de 10% do vencimento-base, deixando de ser paga a partir de março de 2013, sem que outro estipêndio a tenha substituído.

Por outro lado, a interpretação feita pela parte requerida acerca do princípio da irredutibilidade salarial não condiz com a melhor compreensão jurídica deste postulado. O requerido colaciona diversos arestos em que se decidiu pela impossibilidade de incorporação da gratificação de regência para fins de aposentadoria, vez que possui caráter *propter laborem*. Esta questão, porém, não se confunde com a controvérsia posta nos presentes autos.

O fato de semelhante gratificação não se incorporar aos proventos de aposentadoria não significa que pode ser suprimida pelo ente municipal em detrimento dos servidores em atividade, sem qualquer compensação, acarretando-lhes decréscimo remuneratório.

O próprio requerido, em sua contestação, à fl. 109, colacionou julgado recente do Supremo Tribunal Federal no AI 857137, Rel. Ricardo Lewandowski, onde se lê nesse sentido:

“A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, sendo legítima a alteração da fórmula de cálculo da remuneração, desde que não provoque decesso remuneratório. Precedentes.”

Embora inexista direito adquirido a determinado regime jurídico, ao modificar tal regime, deve o ente público garantir a manutenção do montante global da remuneração do servidor. Nesse sentido, recentes julgados do Pretório Excelso e do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. LEI SUPERVENIENTE ESTABELECE VENCIMENTO ÚNICO PARA A CARREIRA. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA, ASSEGURADA A IRREDUTIBILIDADE DO VALOR PERCEBIDO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal consolidou-se no sentido de que não existe direito adquirido nem a regime jurídico, nem aos critérios que determinaram a composição da remuneração ou dos proventos, desde que o novo sistema normativo assegure a irredutibilidade dos ganhos anteriormente percebidos. 2. Não havendo redução dos proventos percebidos pelo inativo, não há inconstitucionalidade na lei que estabelece, para a carreira, o sistema de vencimento único, com absorção de outras vantagens remuneratórias. 3. Agravo regimental desprovido. (STF – 2ª Turma; RE 634732 AgR-segundo / PR; Rel. Min. Teori Zavascki; Dje 19-06-2013)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DECRETO ESTADUAL Nº 11.562/2004. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DO ADICIONAL DE FUNÇÃO. PERDA COMPENSADA COM AUMENTO DO VENCIMENTO-BASE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO OU DE VENCIMENTOS. PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE REMUNERATÓRIA OBSERVADO. PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO VENCIMENTAL COM BASE NA ISONOMIA. SERVIDORES PARADIGMAS COM SITUAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA DIVERSA. EXTENSÃO DE DECISÃO JUDICIAL A TERCEIROS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 339/STF. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Este Tribunal Superior possui jurisprudência firmada no sentido de não possuir o servidor público direito adquirido a regime jurídico, tampouco a regime de vencimentos ou de proventos, sendo possível à Administração promover alterações na composição remuneratória e nos critérios de cálculo, como extinguir, reduzir ou criar vantagens ou gratificações, instituindo, inclusive, o subsídio, desde que não haja diminuição no valor nominal global percebido, em respeito ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

2. Embora o percentual pago a título de Adicional de Função tenha sofrido redução após a edição da Lei Estadual nº 2.781/2003, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 11.562/2004, ocorreu, em contrapartida, majoração do vencimento-base, de modo que houve, na realidade, aumento do valor total da remuneração, a preservar a irredutibilidade vencimental.

3. Se a situação fática e jurídica entre os impetrantes e os servidores apontados como paradigmas é diversa, não há falar em equiparação remuneratória com base na isonomia.

4. “Os limites da coisa julgada não podem ser extrapolados sob o fundamento de isonomia entre servidores, tendo em vista que a igualdade deve ser reconhecida com base nas leis, e não com base nas decisões judiciais. A eventual alteração do entendimento jurisprudencial não autoriza a revisão da coisa julgada” (AgRg no Ag nº 1.016.025/RS, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 25/8/2008).

5. “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia” (Súmula nº 339 do STF).

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ – 5ª Turma; AgRg no RMS 30304 / MS; Rel. Min. Marco Aurélio Belizze; DJe 23/05/2013) (grifei)

Ademais, essa garantia abrange não apenas o vencimento-base, mas também as demais vantagens pecuniárias pagas em caráter permanente, ainda que *propter laborem*. Nesse sentido já decidiu o Colendo STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL - LEI ESTADUAL Nº 2.781/2003 - REDUÇÃO DO PERCENTUAL PAGO A TÍTULO DE ADICIONAL DE FUNÇÃO - ABSORÇÃO DO VALOR PELA MAJORAÇÃO DO VENCIMENTO - BASE - AUMENTO DO VALOR TOTAL DA REMUNERAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS - RECURSO DESPROVIDO.

1. Assente na doutrina e na jurisprudência que a expressão “vencimentos”, que se garantem como irredutíveis, pelo art. 37, XV, CR/88, corresponde à somatória da remuneração do servidor, isto é, o vencimento-base, acrescido das vantagens pecuniárias.

2. A despeito do decréscimo do percentual pago a título de adicional de função, após a Lei Estadual nº 2.781/2003, regulamentada pelo Decreto 11.562/2004, ocorreria majoração do vencimento - base, que implicou no aumento do valor total da remuneração.

3. Por conseguinte, não cabe alegar ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, inexistindo, outrossim, direito líquido e certo à permanência do regime remuneratório anterior, dado o caráter legal do vínculo de trabalho que se estabelece entre o Estado e os Recorrentes.

4. Recurso ordinário desprovido. (STJ – 6ª Turma; RMS 19778 / MS; Rel. Min. Paulo Medina; DJ 20/02/2006) (grifei)

Pondera-se, entretanto, que tal irredutibilidade se refere ao valor nominal da remuneração, como leciona Marçal Justen Filho:

“Tal como já decidiu a jurisprudência (a propósito da magistratura), a garantia da irredutibilidade dos vencimentos não assegura compensação contra a perda do poder aquisitivo da moeda, derivada da inflação, tampouco assegura o direito à não incidência de imposto de renda. Portanto, trata-se de impedir que o valor nominal da remuneração seja reduzido.”

À luz desses argumentos, sendo verossímil a alegação de que a aplicação da Lei Municipal n.º 09/2013 implicou afronta ao direito à irredutibilidade de vencimentos, assegurado constitucionalmente, afigura-se plausível o direito dos requerentes à recomposição do montante global de seus vencimentos, com a inclusão em seus contracheques do valor nominal da última gratificação de regência paga pelo município ao respectivo servidor.

DO PERICULUM IN MORA

Os elementos coligidos aos autos bem demonstram o fundado receio de dano grave, de difícil reparação.

Não se trata sequer de dano iminente, mas sim de dano atual, visto que comprovada nos autos a supressão da gratificação de regência sem qualquer outra reposição.

Embora seja possível o futuro pleito de ressarcimento em face da municipalidade, diante do caráter alimentar da verba remuneratória, tem-se que a diminuição aparentemente ilegal dos estímulos dos autores lhes acarreta inegavelmente um grave dano patrimonial.

Ademais, se considerados os privilégios legais em prol da Fazenda Pública, que muitas vezes significam óbices ao pronto restabelecimento do patrimônio jurídico dos lesados, visualiza-se claramente o *periculum in mora*, na sua dimensão identificada pela doutrina italiana como *pericolo de tardività* (perigo de morosidade).

DISPOSITIVO

Ante o exposto, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente ação cautelar, com fulcro no art. 798 do CPC, para **DETERMINAR** ao Município de (...), em caráter mandamental, que imediatamente restabeleça na remuneração dos requerentes o montante correspondente ao último valor nominal pago a título de gratificação de regência, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Sentença a ser executada imediatamente, independentemente de reexame necessário, dado o caráter mandamental, urgente e provisório do provimento, que de resto está embasado em jurisprudência pacífica do STF e STJ.

Custas e honorários pelo requerido, estes últimos fixados equitativamente no montante de 20% do valor atualizado da causa, consoante art. 20 § 4º do CPC.

Ajuizada a ação principal (art. 806 do CPC), traslade-se para o bojo dos autos principais cópia desta sentença.

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

22 de agosto de 2013

Tiago Dias da Silva
Juiz Substituto Titular

Ação de Desconstituição de Débito com Reparação de Danos

Tiago Dias da Silva

SENTENÇA

Trata-se de ação de responsabilidade civil, ajuizada por (...) em face do BANCO (...), já qualificados nos presentes autos, na qual requer a autora que seja o réu condenado ao pagamento de indenização por danos materiais (devolução em dobro de parcelas descontadas) e morais, além da extinção dos descontos em seus proventos oriundos do suposto contrato celebrado com a requerida.

Dispensado o relatório nos termos do artigo 38 da Lei nº 9.099/95.

Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

Do julgamento antecipado da lide

Verifica-se ser desnecessária audiência de instrução, vez que toda a matéria fática está suficientemente provada pela via documental, razão pela qual se impõe o julgamento antecipado da lide, nos termos preconizados pelo art. 330, I do CPC.

O cotejo da inicial com a contestação, somado à análise documental, revela que a controvérsia posta nos autos é apenas de direito, de sorte que a designação de audiência de instrução neste caso apenas frustraria os princípios da celeridade, economia processual e acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF e art. 2º da Lei 9.099/95).

Nesse sentido é a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni:

“O julgamento antecipado só não deve ocorrer quando o fato, ainda que controvertido, pertinente e relevante, não se encontre devidamente provado”.

Por sua vez, leciona Alexandre Freitas Câmara:

“(...) o julgamento antecipado do mérito será adequando nas hipóteses em que o prosseguimento do feito se revele desnecessário, que se dá pelo fato de todos os elementos de que se precise para a apreciação do objeto do processo já se encontrem nos autos”.

Na espécie, verifica-se ainda que foi deferida a inversão do ônus da prova em favor da autora (cf. decisão de fls. 12-14) e as partes foram intimadas a especificar provas que desejassem produzir (cf. fls. 46-53), mas quedaram-se inertes.

Além disso, este Juízo despachou à fl. 81 determinando a realização de perícia documental, mas o uso de tal meio de prova restou prejudicado, haja vista que o demandado, embora regularmente intimado a apresentar os documentos originais de fls. 36-40, isto é, o contrato celebrado com a autora, deixou transcorrer *in albis* o prazo (cf. fls. 89-92).

Dito isto, e não havendo preliminares suscitadas pelas partes, passo à análise do mérito propriamente dito.

DO MÉRITO

A requerente afirma que percebeu descontos em seus proventos, no valor de R\$ 25,57 (vinte e cinco reais e cinquenta e sete centavos), referentes a empréstimo consignado que não contratou. Após diligenciar junto ao INSS, descobriu que se tratava de um contrato celebrado com o Banco (...), no valor total de R\$ 794,59, a ser pago em 60 parcelas de R\$ 25,57, sendo que tal avença jamais foi feita por ela.

Aduz ainda que o início dos descontos deu-se em novembro de 2009, sendo que houve exclusão em 05/10/2010 e nova inclusão do mesmo empréstimo em 20/06/2011, com retorno dos descontos em julho de 2011. Narra ainda que até o ajuizamento desta ação, 22 (vinte e duas) parcelas haviam sido descontadas de seus proventos.

Os descontos alegados pelo autor estão provados nos autos, consoante documentos de fls. 05-08 e fl. 35. Pelas informações prestadas pela demandada, até julho de 2012, haviam sido realizados 26 (vinte e seis) descontos, de novembro de 2009 a julho de 2012.

Observe-se que em decisão de fls. 12-14, datada de 28/05/2012, este Juízo concedeu liminar determinando a imediata suspensão dos descontos referentes ao empréstimo combatido, assim como deferiu a inversão do ônus da prova em favor da parte autora.

Não há dúvida acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, considerando o enquadramento das partes nos artigos que definem consumidor e fornecedor (arts. 2º e 3º do Diploma Consumerista).

A parte ré, por sua vez, alega, em sua contestação de fls. 56-65, que o contrato foi assinado a rogo por pessoa da confiança da autora, o que demonstra que ela anuiu com a formação do vínculo contratual e que o valor da operação foi depositado em conta corrente indicada pela autora.

Todavia, não é isso que se depreende da análise dos autos. Na cópia do instrumento contratual juntada aos autos pela requerida, consta aposição de impressão digital – visto que a requerente não é alfabetizada – e assinatura de testemunhas que aparentemente não possuem nenhum vínculo com a autora. Caberia à demandada demonstrar que tais signatários agiram em nome da autora. Ao revés, ficou silente nas oportunidades conferidas por este Juízo.

Ademais, a instituição requerida não juntou aos autos cópia do comprovante de transferência bancária, embora faça menção na peça contestatória. O que consta do instrumento contratual (fl.37) e do comprovante de operação (fs. 44) é o número de agência e conta bancária, na qual supostamente haveria sido depositada a quantia emprestada. Procedendo a uma simples busca pelo número da agência bancária no sítio da instituição financeira, constata-se ser localizada em (...), concluindo-se facilmente a partir desse dado que procede a narrativa autoral de que não foi a requerente a real beneficiária do empréstimo.

Como foi deferida a inversão do *onus probandi*, caberia ao requerido fazer prova de que o contrato foi realmente celebrado pela autora e os valores reverteram em seu proveito, e não por terceiros fraudadores. Ao revés, a prova documental produzida aponta para a conclusão de que o contrato de mútuo foi realizado à revelia da requerente, por terceiros fraudadores.

Tinha a instituição financeira demandada totais condições de produzir tal prova, no caso de serem verdadeiras suas alegações. Todavia, não se desincumbiu a requerida do ônus de provar mencionados fatos, quando, pelo contrário, a prova dos autos condiz com as alegações do pólo ativo da demanda.

Outrossim, a tutela do consumidor, dada a sua intrínseca vulnerabilidade – no caso, exacerbada pela condição de pensionista e não alfabetizada - tem respaldo constitucional, como leciona com maestria Cláudia Lima Marques, *litteris*:

“Mais do que uma política pública, ou de que simples normas infraconstitucionais (regras), reunidas em um Código de Defesa do Consumidor (CDC ou Lei n. 8.078/1990), a proteção do consumidor no Brasil é um princípio, um princípio de origem constitucional.

No art. 170, V, da CF/88, a defesa deste novo sujeito de direitos, o consumidor, foi consagrada como princípio da ordem econômica, princípio limitador da iniciativa privada ou da autonomia da vontade. A presunção aqui é de desigualdade (material, formal, econômica e informativa) entre os sujeitos da relação de consumo, o consumidor e o fornecedor (art. 4º, I, do CDC), daí a necessidade de proteção especial deste sujeito, individual ou coletivamente considerado no mercado brasileiro, como um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988).

A reconstrução do direito privado brasileiro, desse novo direito privado que propomos no presente estudo, passa pela distinção das relações entre iguais,

relações puramente civis e as relações comerciais ou interempresariais, reservando-se as relações especiais, entre dois diferentes, um civil ou leigo, o consumidor e um expert ou profissional, o fornecedor. Isso dá ao consumidor um status diferente, diretamente oriundo do mandamento de proteção deste sujeito especial, identificado pela Constituição Federal de 1988, princípio da proteção do consumidor.”

Destarte, por restar provado que a autora não celebrou o contrato, tem-se tal avença como sendo totalmente ineficaz em relação a ela.

Não prospera sequer qualquer argumentação no sentido de que o prejuízo deve ser demandado das pessoas que se utilizaram dos documentos da autora. Consoante entendimento pacífico do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ainda que o débito originário tenha sido constituído por terceiros em atitude criminosa, isto não elide o dever de indenizar do demandado. À guisa de exemplo, colaciono os seguintes arestos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. ABERTURA DE CONTA BANCÁRIA MEDIANTE FRAUDE DE TERCEIROS. DANO MORAL. REQUISITOS CONFIGURADORES. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. INDENIZAÇÃO DEVIDA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. IN RE IPSA. PRECEDENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR RAZOÁVEL. SÚMULA 7/STJ.

1. O Tribunal de origem, à luz dos princípios da livre apreciação da prova e do livre convencimento motivado, manteve a sentença de primeiro grau, consignando a desnecessidade na hipótese da produção de outras provas por incidir o instituto da inversão do ônus da prova. Nesse contexto, para se chegar à conclusão de que a prova cuja produção foi requerida pela parte seria ou não indispensável à

solução da controvérsia, seria necessário se proceder ao reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via estreita do recurso especial, a teor do enunciado da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. A orientação do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o fornecimento de crédito, mediante fraude praticada por terceiro-falsário, por constituir risco inerente à atividade econômica das instituições financeiras, não elide a responsabilidade destas pelos danos daí advindos.

3. Ao contrário do alegado pelo recorrente, é de se ressaltar que, em hipóteses como a dos autos, é prescindível a comprovação do dano moral, o qual decorre do próprio fato, operando-se in re ipsa.

Depreende-se que o fato por si só é capaz de ofender a honra subjetiva do autor, por afetar o seu bem-estar, em razão da inscrição de seu nome em cadastro de inadimplentes, de forma que o dano moral está ínsito na ilicitude do ato praticado, sendo desnecessária sua efetiva demonstração.

4. O entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização

por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Desse modo, não se mostra desproporcional a fixação em R\$ 7.000,00 (sete mil reais) a título de reparação moral, decorrente das circunstâncias específicas do caso concreto, motivo pelo qual não se justifica a excepcional intervenção desta Corte no presente feito, como bem consignado na decisão agravada.

5. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ – 4ª Turma; AgRg no AREsp 274448/SP; Min. Raúl Barbosa; DJe 11/06/2013)

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.

2. Recurso especial provido. (STJ – 2ª Seção; REsp 1199782 / PR; Rel. Min. Luiz Felipe Salomão; DJe 12/09/2011)

O dano moral, por consistir no abalo a algum dos direitos da personalidade do autor, resta provado pela própria natureza dos fatos certificados nos autos. Trata-se de dano *in re ipsa*, vez que ínsito na própria natureza do constrangimento a que foi submetida a autora em virtude de ser jungida a um contrato ao qual não deu causa, suportando assim descontos em seus parcos proventos de aposentadoria, causando-lhe presumíveis angústias e dificuldades econômicas.

Nesses casos, dispensa-se a prova de sofrimento psíquico, dor ou emoções negativas, visto que a própria experiência comum já aponta para a existência desses danos. Assim vem caminhando a jurisprudência pátria, como se exemplifica:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. DANO IN RE IPSA. VALOR ARBITRADO MODERADAMENTE. AGRAVO IMPROVIDO.

I. A jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que a inscrição indevida em cadastro restritivo gera dano moral *in re ipsa*, sendo despicienda, pois, a prova de sua ocorrência.

II. O valor arbitrado a título de reparação de danos morais está sujeito ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que seja irrisório ou exagerado, o que não ocorre no presente caso.

III. Agravo improvido.

(processo AgRg no Ag 1222004 SP 2009/0163467-1, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Unânime, DJe 16/06/2010).

Configurada, pois, a conduta do requerido (desconto indevido), o evento danoso, o nexo causal entre a conduta e o evento e os danos materiais e morais sofridos pela requerente, fica o promovido obrigado a reparar esse dano, nos termos do que dispõe o art. 6º, VI do CDC e art. 927 do CC. Passo a analisar a adequação do *quantum indenizatório*.

Quanto aos danos materiais, cingem-se às perdas e danos, isto é, o que a requerente efetivamente perdeu (dano emergente) e o que razoavelmente deixou de ganhar (lucros cessantes). *In casu*, existe apenas o dano emergente, cujo valor corresponde ao somatório dos descontos realizados corrigidos monetariamente e com juros de mora, valor a ser apurado mediante simples cálculos após o trânsito em julgado da condenação.

Entretanto, não assiste razão ao autor quando pleiteia a devolução de tais parcelas em dobro.

Sabe-se que a responsabilidade civil em face do consumidor tem natureza objetiva. Não obstante, para aplicação da sanção do art. 42, parágrafo único do CDC, há que se perquirir o elemento subjetivo, sendo devida a repetição em dobro quando houver culpa ou dolo do fornecedor. No caso de empréstimo efetuado por terceiro fraudador, não há que se falar propriamente em culpa ou má-fé da instituição que efetua a cobrança, visto que é induzida a erro por outrem. Salvo se provado que o fraudador é preposto seu, hipótese de culpa *in eligendo*.

Os conceitos de culpa e responsabilidade são distintos. Assim, embora responsável pelos danos materiais e morais decorrentes do mau funcionamento do serviço, descabe no presente caso a restituição em dobro.

Cabe aqui reproduzir orientação sufragada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. SERVIÇOS DE TRATAMENTO DE ESGOTO. ART. 42 DO CDC. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULAS 83 E 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. A restituição em dobro, prevista no art. 42 do CDC, visa evitar a inclusão de cláusulas abusivas e nulas que permitam que o fornecedor de produtos e serviços se utilize de métodos constrangedores de cobrança, e, somente é cabível, quando demonstrada a sua culpa ou má-fé.

2. No caso dos autos, as instâncias ordinárias, soberanas na apreciação das provas, reconheceram que a cobrança indevida se deu por engano

justificável, e, expressamente consignaram que não houve culpa ou má-fé da concessionária, afastando, assim, a restituição em dobro.

3. Além do acórdão recorrido haver se fundado no mesmo sentido da jurisprudência pacífica desta Corte, a atrair a aplicação da súmula 83/STJ, também seria inviável que o STJ autorizasse a restituição em dobro, visto ser necessário reexaminar as provas dos autos para verificar a ocorrência de culpa ou má-fé da concessionária, o que, enseja, também, a aplicação da súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (STJ – 2ª Turma; AgRg no REsp 1363177/RJ; Rel. Min. Humberto Martins; DJe 24/05/2013)

No que atine aos danos morais, como se sabe, diante da inexistência de parâmetros legais para a fixação do valor de indenização, ela deve ser feita mediante arbitramento. Vale ressaltar que, nesse mister o julgador deverá estar atento às peculiaridades do caso concreto, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo permitir o enriquecimento injustificado do lesado.

É indispensável, contudo, cautela, pois a fixação de valores insignificantes, além de não cumprir a função de reprimenda ao ofensor, ainda estimula a perpetuar as condutas danosas a que se visa reprimir. Entendo como circunstâncias a serem consideradas no arbitramento da indenização: 1) as características das partes, de um lado uma pensionista, e, de outro lado, uma instituição financeira que atua na contratação de empréstimos consignados; 2) o constrangimento sofrido pela demandante decorrente dos descontos em seus proventos mensais e busca da rescisão da avença; 3) as atividades preponderantes do demandado.

Embora sem a pretensão de estabelecer rigor matemático no arbitramento da indenização, pode-se colher balizamento em alguns precedentes da lavra do Egrégio Superior Tribunal de Justiça em casos análogos, *verbi gratia*:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ABERTURA DE CONTA-CORRENTE. DOCUMENTOS FALSIFICADOS. DANOS MORAIS. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consolidou-se no STJ, em julgamento submetido ao rito do art. 543-C do CPC - recursos repetitivos, o entendimento no sentido de ser cabível a condenação de instituição financeira ao pagamento de indenização por dano moral decorrente de inscrição indevida do nome de particular em cadastro restritivo de crédito em virtude de débito em conta corrente aberta por terceiro utilizando-se de documentos falsos, uma vez que o serviço bancário mostrou-se evidentemente defeituoso, caracterizando-se o fato do serviço (REsp 1.199.782/PR e REsp 1.197.929/PR).

2. A fixação do valor indenizatório em R\$5.500,00 operou-se com

moderação, na medida em que não concorreu para a geração de enriquecimento indevido do recorrido e, da mesma forma, manteve a proporcionalidade da gravidade da ofensa ao grau de culpa e ao porte sócio-econômico do causador do dano, não divergindo dos parâmetros adotados pelo STJ.

3. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa. (STJ – 4ª Turma; AgRg no AREsp 111657/SP; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; DJe 19/03/2012) (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 211/STJ. APLICAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO PELA INSCRIÇÃO INDEVIDA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. VERIFICAÇÃO. DANO MORAL. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. IN RE IPSA. VALOR EXORBITANTE DA INDENIZAÇÃO. NÃO VERIFICAÇÃO. PADRÃO JURISPRUDENCIAL.

1. A matéria versada nos dispositivos apontados como violados no recurso especial não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito, e, embora opostos embargos de declaração com a finalidade de sanar omissão porventura existente, não indicou a parte recorrente a contrariedade ao art. 535 do CPC, motivo pelo qual ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 211/ STJ.

2. O entendimento desta Corte é firme no sentido de que o serviço de proteção ao crédito é responsável pelos danos resultantes da inscrição indevida no cadastro de inadimplentes, porque é a ele que compete, concretamente, a negativação do nome.

3. O dano moral decorrente da inscrição indevida no cadastro de inadimplentes é considerado “in re ipsa”, não sendo necessária, portanto, a prova do prejuízo. Precedentes.

4. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso, no qual arbitrada indenização no valor de R\$ 5.479,00 (cinco mil quatrocentos e setenta e nove reais). Referida quantia não destoa dos parâmetros adotados por esta Corte em casos análogos.

5. Agravo regimental a que se nega provimento para manter a decisão agravada por outros fundamentos. (STJ – 3ª Turma; AgRg no REsp 957880 / SP; Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; DJe 14/03/2012) (grifei)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. **CESSÃO DE CRÉDITO. Ausência de NOTIFICAÇÃO prévia. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. INVIABILIDADE. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO QUANTUM. SÚMULA N. 7/STJ. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE.** IMPOSIÇÃO DE MULTA. ART. 557, § 2º, DO CPC.

1. “A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a ele notificada” (AgRg no REsp n. 1.171.617/PR, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/2/2011, Dje 28/2/2011).
- 2. A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em órgão de proteção ao crédito enseja a indenização por danos morais, exceto se preexistirem outras inscrições regularmente realizadas, consoante entendimento pacificado pela Segunda Seção desta Corte, no julgamento do REsp Repetitivo n. 1.061.134/RS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI em 10/12/2008, DJe 1º/4/2009.**
3. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ).
4. Em hipóteses excepcionais, quando manifestamente evidenciado ser irrisório ou exorbitante o arbitramento da indenização, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice para possibilitar a revisão.
- 5. No caso concreto, o Tribunal de origem manteve a indenização fixada pelo juiz singular no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) - e-STJ fl. 109 -, quantia que destoa dos parâmetros adotados por esta Corte em casos análogos, razão pela qual a referida quantia foi reduzida para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).**
6. A interposição de recurso manifestamente inadmissível ou infundado autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 557, § 2º, do CPC.
7. Agravo regimental desprovido, com a condenação da parte agravante ao pagamento de multa no percentual de 1% (um por cento) sobre o valor corrigido da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do respectivo valor (art. 557, § 2º, do CPC).(STJ – 4ª Turma; AgRg no AREsp 138134 / MS; Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira; Dje 15/08/2012) (grifei)

Sendo assim, com base nas balizas acima postas, reputo adequada para reparar o dano moral sofrido a quantia pleiteada pelo autor, no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). Tal montante atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de ser suficiente para cumprir sua função pedagógica perante o reclamado e não propiciar o enriquecimento sem causa da parte autora.

DISPOSITIVO

ISTO POSTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a demanda, nos termos do art. 269, I do CPC, para: 1) **DECLARAR** a ineficácia do contrato de mútuo bancário versado nos autos em relação à autora; 2) **CONDENAR** o demandado a **pagar**, a título de danos morais, indenização no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) em favor da autora, com juros de mora de 1% ao mês a partir do primeiro desconto e correção monetária a partir da data da sentença; 3) **CONDENAR** o demandado a

restituir os valores descontados dos proventos da autora, com correção monetária e juros de mora, estes de 1% ao mês, a partir dos descontos.

Após 10(dez) dias contados do trânsito em julgado do presente decisório, em não havendo o cumprimento integral das obrigações de pagar, haverá incidência de multa no importe de 10%, conforme o artigo 475-J do CPC, aplicado analogicamente, e Enunciado nº 97 do FONAJE.

Sem custas e honorários advocatícios, de acordo com o artigo 55 da lei nº 9.099/95.

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

Expedientes necessários.

29 de agosto de 2013.

Tiago Dias da Silva
Juiz Substituto Titular

Apelação em Ação de Adoção - Guarda da Menor

Váldsen da Silva Alves Pereira

EMENTA: CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. CADASTRO PRÉVIO. EXCEPCIONALIDADE. ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*. MENOR ABANDONADO E EM CONTATO COM OS APELANTES DESDE O PRIMEIRO DIA DE VIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

1.A intenção dos apelantes é de adotar especificamente a criança que encontraram abandonada nas proximidade de sua casa.

2.Desde o primeiro dia de nascida o casal postulante prestou à criança todo o auxílio necessário, criando um vínculo afetivo com esta.

3.Este fato importa em dispensa da norma inserida no art. 50, do ECA, que exige o prévio cadastro das crianças e dos interessados na adoção.

4.O apego exagerado à letra fria da lei, destituído de exegese sistemática, enseja à prolação de decisões mecânicas, sem qualquer efetividade e afastadas do valor Justiça.

5.Recurso conhecido e provido.

6.Sentença reformada. Retorno dos autos à origem para que seja dado prosseguimento ao feito, com a consequente realização de estudo social e avaliação psicológica dos envolvidos.

VOTO

Trata-se de recurso de **Apelação Cível** interposto por (...) e (...) com o fito de reformar a sentença da lavra do d. **Juízo da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de (...)** que, nos autos da **Ação de Adoção c/c Guarda da menor** (...), extinguiu o feito sem resolução de mérito, por inépcia da inicial (fls. 70/71).

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade, conhecimento do recurso interposto, por apresentar os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

In casu, o d. juiz *a quo* prolatou sentença, julgando extinto o feito, por entender inexistir vínculo afetivo suficiente a justificar o afastamento das regras legais de adoção, especificamente, a observância à ordem de inscrição no cadastro de pessoas interessadas na adoção.

A sentença extinguiu o feito, por impossibilidade jurídica do pedido, sob o argumento de que a guardiã da criança sequer conhece os autores e também porque estaria ocorrendo afronta à Lei nº 12.010/2009, que alterou dispositivos do ECA, no que toca à adoção, devendo ser respeitada a lista do cadastro.

Cabe destacar, preliminarmente, que a decisão de primeiro grau, embora tenha julgado extinto o processo sem julgamento do mérito, por inépcia da inicial, sob a justificativa de que a narração dos fatos não decorrem logicamente a conclusão (artigo 267, I, do CPC), em verdade, apreciou os possíveis embasamentos para a procedência ou improcedência da ação e, conseqüentemente, analisou o mérito.

Assim, entendo que a inicial está apta à análise jurisdicional.

O cerne da questão, portanto, consiste em apreciar se há vínculo afetivo forte entre o casal postulante/agravante e a criança (...), suficiente para elidir o procedimento legal de guarda e adoção, em virtude das situações excepcionais previstas no art. 50, § 13, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre esse ponto, importa referir que não há lógica alguma alegar que há violação à lista de adoção ou aos preceitos do ECA nos pedidos veiculados nesta ação, quando o que se busca, em princípio, é a proteção da menor que, evidentemente, estará muito melhor amparada por um casal apto a recebê-la (se assim restar constatado) do que por um abrigo municipal.

Para melhor entendimento transcrevo o *caput* do art. 50, da Lei 8.069/90:

Art.50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

Esta norma exige como passo inicial do processo de adoção, o prévio cadastro dos interessados e do adotando perante o Juizado competente.

Contudo, realizar uma interpretação literal do texto da lei, com apego à ideia gramatical, é ferir o sentido maior do ECA de integrar a criança e o adolescente a um novo seio familiar.

Ademais, a própria Lei 8.069/90, em seu art. 50, § 13, em virtude da alteração dada pela Lei nº 12.010/09, passou a prever situações excepcionais de deferimento de adoção em favor de pessoa não cadastrada previamente. Observe-se:

Art. 50, § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

A melhor interpretação a ser dada a este regramento é a sistemática, que possibilita a sintonia da norma estudada com as demais do ordenamento jurídico brasileiro, sem se esquivar da função social deste instituto.

Sobre o cunho social da adoção ensina Arnaldo Wald, *in verbis*:

(...) Hoje a adoção superou a fase individualista e egoísta para ser um instituto de solidariedade social, de auxílio mútuo, um meio de repartir por maior número de famílias os encargos de proles numerosas. (*In Curso de direito civil brasileiro, o novo direito de família. Saraiva, 16 ed., 2005, p.272.*)

Assim, o cadastro de adotantes deve ser, em regra, observado, admitindo-se a sua desconsideração apenas em casos especiais, como, por exemplo, quando for verificado um vínculo de afinidade ou afetividade, existente neste caso.

É que a menor foi abandonada nas proximidades da casa da família dos apelantes desde o primeiro dia de nascida, ainda com o cordão umbilical, permanecendo, até os dias de hoje, em constante contato com o casal, que vai visitá-la diariamente no hospital onde a mesma ficou internada, dando-lhe carinho e a assistência necessária desde então.

Portanto, o prévio cadastramento dos interessados não pode ser exigido no caso em tela, pelas peculiaridades que apresenta. Veja-se o que jurisprudência pátria vem decidindo em casos similares:

Ementa: ADOÇÃO. CRIANÇA ABANDONADA. OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO REGULAR. PRÉVIA INSCRIÇÃO NO CADASTRO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Embora da maior utilidade o cadastro de pessoas interessadas em adotar e das crianças e adolescentes disponíveis para adoção, pois facilitam a apuração dos requisitos legais, permitindo o exame quanto à compatibilidade entre os interessados em razão do suporte multidisciplinar, garantindo também

celeridade às adoções, a **prévia inscrição no cadastro oficial não constitui condição “sine qua non”**. O art. 50 do ECA, não autoriza a conclusão de que seja juridicamente possível o pedido formulado por quem não esteja previamente habilitado. Mostra-se ponderável a pretensão dos recorrentes, que constituem uma família harmônica e feliz, pois surgiu entre eles e a adotanda um vínculo intenso de afeto, que somente a magia do amor explica. Compreensível que o casal, não pretendendo adotar alguma criança, não tivesse se habilitado no cadastro próprio mas, ao conhecer aquela criança, estabelecendo com ela um relacionamento de afeto, estreitando mais o vínculo, tenham decidido acolhê-la como membro da família. Os apelantes não desejam adotar uma criança, mas sim aquela criança. As relações de família devem ser, sobretudo, relações de afeto e o amor é o único vínculo capaz de dar suporte e coesão a um núcleo familiar. As peculiaridades do caso concreto reclamam solução mais flexível. Recurso provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70000399600, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/02/2000) (Grifou-se)

Ementa: ADOÇÃO. LISTA DE ADOTANTES. EXTIÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. A **necessidade de observância da lista de adotantes diz respeito ao mérito da demanda, não pode embasar a extinção do feito por falta de condição da ação. OBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOTANTES. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. Ainda que para a garantia da legalidade e imparcialidade do procedimento de adoção e dos interesses do adotado seja de rigor a fiel observância da sistemática imposta pelo art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a situação peculiar e os indícios de que os laços afetivos já estejam consolidados recomendam decisão mais flexível.** (Agravado de Instrumento Nº 70020712964, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 25/07/2007) (Grifou-se)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO. Preliminar repelida, nos moldes no artigo 459 do Código de Processo Civil, porquanto dispensado o formalismo nos casos de extinção do feito sem julgamento de mérito. **No mérito, é medida justificada a desconstituição da r. sentença, face ao excesso de formalismo e legalismo. Necessário mostra-se, a elaboração de estudo social e o prosseguimento do feito, com o fito de esclarecer se os interesses da menor vão ou não ao encontro dos interesses dos adotantes. A falta de inscrição na lista de espera de adotantes não enseja, por si só, a extinção do feito sem julgamento de mérito.** Rejeitada a preliminar, deram parcial provimento à apelação, ao efeito de desconstituir a r. sentença. (Apelação Cível Nº 70010741874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 15/06/2005) (Grifou-se)

Ementa: CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. CADASTRO PRÉVIO. EXCEPCIONALIDADE. ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. MENOR EXPOSTO E EM PODER DOS APELADOS DESDE OS PRIMEIROS

DIAS DE VIDA.SENTENÇA MANTIDA. 1. A intenção dos apelados é de adotar especificamente a criança exposta na porta de sua casa, desde os três primeiros dias de vida. 2. Este fato importa em dispensa da norma inserida no art. 50, do ECA, que exige o prévio cadastro das crianças e dos interessados na adoção. 3. O apego exagerado à letra fria da lei, destituído de exegese sistemática, enseja à prolação de decisões mecânicas, sem qualquer efetividade e afastadas do valor Justiça. 4. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida. (Apelação cível 2644463200280600000; Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data de registro: 26/07/2007) (Grifou-se)

Destarte, está-se diante daqueles casos excepcionais, em que as peculiaridades reclamam solução mais flexível, em nome da preservação dos laços afetivos entre adotante e adotando.

Com efeito, é incontroverso que a infante em questão está sob os cuidados dos recorrentes desde o primeiro dia de nascida, havendo evidências de que está recebendo toda a estrutura emocional necessária para se desenvolver de forma sadia e feliz.

Tal vínculo emocional resta evidenciado pelo próprio nome dado à menor abandonada, que foi sugerido na Ação em comento, tendo os promoventes eleito o nome de (...), para registro de seu nascimento no dia e horário em que a encontraram, há exatos 1 (hum) ano e 17 (vinte e dois) dias, o qual foi acolhido pelo juízo processante.

Por tais fundamentos, conheço da presente Apelação Cível e **dou-lhe provimento, para desconstituir a sentença vergastada, determinando retorno dos autos à origem, para que seja dado prosseguimento ao feito, com a consequente realização de estudo social e avaliação psicológica dos envolvidos.**

Comunique-se o d. Julgador a quo, para que dê cumprimento à presente decisão.

É como voto.

Fortaleza, 22 de novembro de 2011.

Desembargador Váldsen da Silva Alves Pereira
Relator

Apelações Cíveis - Ação Revisional de Cláusula Contratual

Váldsen da Silva Alves Pereira

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULA CONTRATUAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. PRIMEIRA APELAÇÃO. FIXAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS CONSOANTE A TAXA MÉDIA DE MERCADO APURADO PELO BACEN. EXCLUSÃO DA TAXA SELIC. PRECEDENTES DO STJ. CAPITALIZAÇÃO MENSAL PREVISTA EXPRESSAMENTE NO CONTRATO. POSSIBILIDADE. NÃO CABIMENTO DE CUMULAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO APRESENTADA PELO AUTOR. APLICABILIDADE DO CDC. REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO COMPROVADA A MÁ-FÉ DO BANCO ACIONADO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS

1. Quanto a fixação dos juros remuneratórios, à luz da jurisprudência, reformo a sentença tão somente para excluir a previsão da limitação dos juros à Taxa SELIC, determinando, assim, seja considerada a taxa média de mercado apurado pelo BACEN ao tempo da celebração do contrato.
2. Possibilidade da incidência de capitalização mensal dos juros, posto que atendidos os requisitos estabelecidos pela MP nº 1963-17.
3. Em consonância com os precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, entendo pela impossibilidade da cumulação da comissão de permanência com outros encargos legais ou contratuais (remuneratórios ou moratórios), tais

como a correção monetária, juros (remuneratórios ou moratórios) ou multa contratual.

4. Reiterados precedentes do STJ.

5. É perfeitamente aplicável o Código Consumerista nas relações jurídicas bancárias, conforme inteligência da Súmula 297 do STJ, assim como o art. 6º, incisos IV e V, do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que o princípio do “*pacta sunt servanda*” foi flexibilizado, possibilitando ao Poder Judiciário analisar e evitar pretensas cláusulas abusivas contra o hipossuficiente e estabelecer um maior equilíbrio entre as partes (art. 4º, III, do CDC), prestigiando o princípio da isonomia.

6. No que pese à repetição do indébito, in casu, não restou demonstrada a má-fé do promovido ao efetuar as cobranças, pois respaldadas em contrato cuja revisão somente foi pleiteada em juízo. Assim, é de se manter o decisum a quo que determinou a repetição na forma simples. 7. Recursos conhecidos, sendo parcialmente provido o primeiro e improvido o segundo.

VOTO

Trata-se de ação revisional de cláusulas contratuais que tem como objeto o contrato de prestação de serviços de administração de cartão de crédito (...), na qual o banco promovido pugna, em sede recursal, pela observância das cláusulas contratadas, uma vez que estabelecidas dentro das normas aplicáveis aos contratos da espécie, bem assim em respeito ao princípio *pacta sunt servanda*.

Não há preliminares a serem dirimidas.

A questão meritória, **nas ações revisionais**, envolve as matérias relativas à capitalização dos juros (anatocismo); cumulação de comissão de permanência com correção monetária, multa contratual e juros de mora; fixação da taxa de juros remuneratórios; limite na aplicação da multa moratória em 2%; repetição do indébito.

Em percuciente sentença, o douto juízo “*a quo*” decidiu pelo provimento parcial da ação.

Feitas tais considerações, passo, então, à análise dos pedidos das apelações, iniciando pela apelação proposta pelo banco promovido, após o que, passo ao exame do recurso interposto pelo autor-recorrente.

DA FIXAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. NÃO INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC.

A questão da limitação da taxa de juros ao percentual constitucional é totalmente superada, frente aos posicionamentos da Corte Suprema, que se firmou no sentido de não ser auto-aplicável a disposição constitucional que limita os juros a 12% (doze por cento) ao ano. Com a edição da Emenda Constitucional nº 40, a qual revoga o parágrafo 3º do art. 192, da Constituição, reproduzimos, quanto ao limite dos juros, o entendimento já consolidado pela autoridade máxima e instância última para dizer da Constitucionalidade de qualquer norma.

O firme entendimento resultou na edição da Súmula nº 648 do STF, segundo a qual: “*A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela emenda constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar*”.

Mesmo no que se refere aos contratos assinados antes da EC 40/2003, ainda na vigência do dispositivo constitucional, o artigo 192, § 3º, da CF/88 não era auto-aplicável, em virtude de que não fora editada a lei complementar necessária à sua aplicação.

Neste sentido, foi também editada a Súmula Vinculante nº 7, que assim dispõe: “*A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar*”.

Daí resultou que as instituições financeiras podem livremente estipular juros e demais encargos bancários, desde que expressamente previstos no contrato. Ressalto que aos contratos de adesão aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor, com o escopo de se evitar cláusulas demasiadamente onerosas.

Diga-se o mesmo quanto à aplicação da Lei da Usura, matéria também já pacificada pela Corte Suprema: “*As disposições do Dec. 22626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações financeiras realizadas por instituições públicas ou privadas, que integrem o sistema financeiro nacional*.” (Súmula 596 – STF).

Em casos semelhantes ao ora tratado, o Egrégio **Superior Tribunal de Justiça** decidiu neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. ADMINISTRADORA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS NÃO PACTUADA. LIMITAÇÃO À TAXA MÉDIA DE MERCADO PARA OPERAÇÕES DA ESPÉCIE.

1.- É assente o entendimento desta Corte no sentido de que “as empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura” (Súmula 283/STJ). 2. - A Segunda Seção desta Corte firmou

o entendimento de que o fato de as taxas de juros excederem o limite de 12% ao ano, por si, não implica abusividade; impondo-se sua redução, tão-somente, quando comprovado que discrepantes em relação à taxa de mercado após vencida a obrigação. **3.- Não tendo como se aferir a taxa de juros acordada, sendo pela própria falta de pactuação, como no caso dos autos, ou pela não juntada do contrato, devem os juros remuneratórios ser fixados à taxa média do mercado em operações da espécie.** 4.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag 1316972/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 27/09/2012) (grifei)

AGRAVOS NO RECURSO ESPECIAL. BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO. -Cabe ao julgador a interpretação lógico-sistemática do pedido formulado na petição inicial a partir de uma análise de todo o seu conteúdo. -**Ante a impossibilidade de se verificar o índice pactuado no contrato de cartão de crédito, a título de juros remuneratórios, deve incidir quanto a estes a taxa média de mercado.** -Agravos no recurso especial não providos. (AgRg nos EDcl no REsp 1198380/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 09/03/2012) (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS - **AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO - AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO ACERCA DA TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS INCIDENTES (CONFORME EXPOSTO NO ACÓRDÃO RECORRIDO) - LIMITAÇÃO À TAXA MÉDIA DE MERCADO** NECESSIDADE - AGRAVO IMPROVIDO. (AgRg nos EDcl no REsp 1059039/PR, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 27/08/2009)(grifei)

Com efeito, inexistindo no contrato firmado entre os litigantes a taxa de juros remuneratórios pactuada, é de se aplicar a taxa média de mercado, segundo tabela fornecida pelo Banco Central do Brasil, vigorante à época da contratação.

Ademais, quanto a utilização da taxa SELIC para fins de cálculo dos juros remuneratórios, colho precedentes do STJ, a esse respeito.

PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. COMPENSAÇÃO DE VALORES. POSSIBILIDADE. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REEXAME DE FATOS. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. MORA. CARACTERIZAÇÃO. - Ausentes os

vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. - Nos termos da jurisprudência do STJ, não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano aos contratos bancários não abrangidos por legislação específica quanto ao ponto. - **Nos termos da jurisprudência do STJ, a Taxa Selic não representa a taxa média praticada pelo mercado e é, portanto, inviável sua utilização como parâmetro de limitação de juros remuneratórios.** - Por força do art. 5.º da MP 2.170-36, é possível a capitalização mensal dos juros nas operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que pactuada nos contratos bancários celebrados após 31 de março de 2000, data da publicação da primeira medida provisória com previsão dessa cláusula (art. 5.º da MP 1.963/2000). Precedentes. - Admite-se a repetição do indébito, independentemente da prova de que o pagamento tenha sido realizado por erro, com o objetivo de vedar o enriquecimento ilícito do banco em detrimento do devedor. Precedentes. - O acórdão recorrido que adota a orientação firmada pela jurisprudência do STJ não merece reforma. - São inadmissíveis o reexame de fatos e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial. - O não reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) não descarateriza a mora. - Agravo no recurso especial não provido. (AgRg no REsp 844.405/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 28/09/2010)

Desta feita, à luz da jurisprudência, reformo a sentença neste ponto, tão somente para excluir a previsão da limitação dos juros à Taxa SELIC, determinando, assim que seja considerado a taxa média de mercado apurado pelo BACEN ao tempo da celebração do contrato.

DA CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. POSSIBILIDADE.

Segundo o entendimento sumulado do STJ, “*É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada*” (Súmula 121).

Após a edição da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, reeditada pela MP nº 2.170-36/2001, passou-se a admitir a capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano desde que atendidas duas exigências: a) que o contrato tenha sido firmado após a publicação da MP 1.963-17, de 31.03.2000, e b) que conste do contrato cláusula expressa de sua previsão.

Vejam-se decisões do STJ sobre o tema:

EMENTA: BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CADASTRO DE INADIMPLENTES. INCLUSÃO. POSSIBILIDADE. - Rejeitam-se

os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada. - Nos contratos bancários celebrados após à vigência da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (reeditada sob o nº 2.170/36), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que pactuada e após sua publicação que foi em 31/03/2000. - É admitida a incidência da comissão de permanência, após o vencimento do débito, desde que pactuada e não cumulada com juros remuneratórios, correção monetária, juros moratórios, e/ou multa contratual. Precedentes. - Admite-se a repetição do indébito, independentemente da prova de que o pagamento tenha sido realizado por erro, com o objetivo de vedar o enriquecimento ilícito do banco em detrimento do devedor. Precedentes. - A simples discussão judicial do débito não impede a inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes. Recurso especial parcialmente provido. Ônus da sucumbência redistribuídos. (Processo REsp 854295 / RS RECURSO ESPECIAL 2006/0111922-2; Relator(a) Ministra Nancy Andrighi (1118); Órgão Julgador T3 – Terceira Turma; Data do Julgamento: 26/09/2006; Data da Publicação/Fonte: DJ 23.10.2006 p. 313).

CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. - É lícita a capitalização mensal de juros nos contratos bancários celebrados a partir de 31.03.2000 (MP 1.963-17, atual MP nº 2.170-36), desde que pactuada. (STJ - 3ª T., AgRg nos EDcl no Resp 818524, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18.09.06, p. 318)

Analisando o caderno processual, verifica-se que o contrato em discussão foi celebrado em 2010, ou seja, após a publicação da referida MP, restando, assim, atendida a primeira exigência.

De outro modo, no instrumento contratual acostado aos autos, vejo que há menção expressa no item “10” quanto à capitalização mensal dos juros pactuados, consoante se observa à fl. 81-82. Desta feita, resta preenchido o segundo requisito elencado pela Medida Provisória nº 1.963-17/2000.

Neste sentido, recentíssimas decisões do Superior Tribunal de Justiça:

CONTRATO BANCÁRIO. REVISIONAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PACTUAÇÃO DA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. DIFERENÇA ENTRE TAXAS DE JUROS MENSAL E ANUAL. A PREVISÃO DE TAXA ANUAL DOS JUROS SUPERIOR À TAXA MENSAL, MULTIPLICADA POR DOZE, CONFIGURA A PACTUAÇÃO DA CAPITALIZAÇÃO MENSAL. 1. A 2ª Seção deste Tribunal Superior já firmou posicionamento pela possibilidade da cobrança da capitalização mensal dos juros, desde que atendidos os requisitos de existência de previsão contratual expressa da capitalização com periodicidade inferior a um ano e que tenha sido o contrato firmado após 31/03/2000, data da primeira edição desta MP, então sob o nº 1963-17. Precedentes. 2. Capitalização mensal dos juros: “A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”. (REsp 973827/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel.

p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 24/09/2012). 3. Recurso especial não provido. (AgRg no REsp 1342243/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 16/10/2012)

Portanto, atendendo aos requisitos legais, aplica-se, neste caso, o art. 5º da referida Medida Provisória, o qual permite nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Desta feita, reformo a sentença neste ponto.

DA CUMULAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM DEMAIS ENCARGOS. IMPOSSIBILIDADE.

No que respeita à cobrança de comissão de permanência, importante considerar três Súmulas, todas do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 30 – A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.

Súmula nº 294 – Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

Súmula nº 296 – Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

Como se infere das súmulas suso transcritas, é admitida cláusula contratual que estipule comissão de permanência calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil.

No entanto, há vedação quanto à cumulação do encargo com a correção monetária, com os juros (remuneratórios ou moratórios) ou com a multa contratual.

Da mesma Corte se extraem os seguintes precedentes, que ratificam a tese:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONHECIMENTO. JUROS. REMUNERATÓRIOS. NÃO LIMITAÇÃO. SÚMULA 596 DO STF. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CUMULAÇÃO. -O agravo de instrumento está apto ao conhecimento. -Os juros remuneratórios não sofrem as limitações da Lei de Usura. -Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato (Súmula 294), desde que não cumulada com juros remuneratórios, correção

monetária, juros moratórios e multa contratual. -(AgRg no Ag 782.138/MS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, TERCEIRA TURMA, julgado em 09.08.2007, DJ 27.08.2007, p. 225)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CARACTERIZAÇÃO DA MORA, INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTROS DE INADIMPLENTES E PROTESTO DO TÍTULO DE CRÉDITO – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO IMPUGNADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 182 DESTA CORTE – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – COBRANÇA CUMULADA COM OS DEMAIS ENCARGOS DA MORA – INADMISSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA PARTE IMPROVIDO. (AgRg no REsp 918.646/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, QUARTA TURMA, julgado em 14.08.2007, DJ 27.08.2007, p. 275)

Assim, em consonância com os precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, entendo pela impossibilidade da cumulação da comissão de permanência com outros encargos legais ou contratuais (remuneratórios ou moratórios), tais como a correção monetária, juros (remuneratórios ou moratórios) ou multa contratual.

Revistos os pontos arguidos pelo primeiro recorrente em sede recursal, passo a verificar os argumentos expostos pelo autor, segundo recorrente.

DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO CONSUMERISTA. RELATIVIZAÇÃO DO PACTA SUNT SERVANDA.

Prima Facie, é perfeitamente aplicável o Código Consumerista nas relações jurídicas bancárias, conforme inteligência da Súmula 297 do STJ, assim como o art. 6º, incisos IV e V, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que o princípio do “*pacta sunt servanda*” foi flexibilizado, possibilitando ao Poder Judiciário analisar e evitar pretensas cláusulas abusivas contra o hipossuficiente e estabelecer um maior equilíbrio entre as partes (art. 4º, III, do CDC), prestigiando o princípio da isonomia.

Inobstante o reconhecimento da aplicação da legislação consumerista, é de se ter em mente, também, que outros diplomas legais também regem a relação jurídica existente entre os apelantes, pois, sendo o ordenamento jurídico um sistema harmônico de normas jurídicas que se inter-relacionam e se complementam, não se pode pretender que incidam na espécie tão somente as normas previstas no CDC.

Assim é que é plenamente cabível a regência das normas previstas pelo Código Consumerista.

REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. INCABÍVEL.

Em seguida, no que pese à repetição do indébito, *in casu*, não restou demonstrada a má-fé do promovido, ao efetuar as cobranças, pois respaldadas em contrato cuja revisão somente foi pleiteada em juízo.

Em caso de pagamento efetuado em decorrência de cláusula contratual posteriormente reconhecida como nula, o consumidor não tem direito ao pagamento em dobro, mas de forma simples e somente do que pagou indevidamente, como bem aclarado na sentença *a quo*.

A propósito, jurisprudência do STJ:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULA . CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM FOLHA DE PAGAMENTO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. CONTRATO FIRMADO POSTERIOR A VIGÊNCIA DA MP Nº: 1.963-17/00. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO EXPRESSA. IMPOSSIBILIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ NA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. 1 - Somente é admitida a capitalização mensal de juros em contratos firmados após a entrada em vigor da MP nº: 1.963-17, publicada em 31/03/2000, desde que expressamente pactuada. 2- **A cobrança da repetição do indébito em dobro somente é admitida quando cabalmente comprovada a má-fé na celebração do contrato.**3 - Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença parcialmente reformada. (TJCE – 5ª Câmara Cível, Apelação nº 71247942.2000.8.06.0001/1, Relator: Des. FRANCISCO BARBOSA FILHO, Publicado no DJ de 16.05.2011).

Mantenho, pois, a sentença *a quo*, no que tange a aplicação da repetição do indébito na forma **simples**, eis que não provada a má-fé do banco promovido quando da celebração do contrato.

O pedido para retirada do nome do autor dos órgãos de restrição ao crédito já fora autorizado no bojo da sentença vergastada, motivo pelo qual deixo de aprecia-lo.

DISPOSITIVO

Isto posto, diante dos fundamentos acima transcritos, reconhecendo a possibilidade de revisão contratual pelo Poder Judiciário, em face da flexibilização do princípio do *pacta sunt servanda* e da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, **conheço das apelações cíveis para dar parcial provimento à apelação interposta pelo banco promovido e negar provimento ao recurso apresentado pelo autor**, reformando a sentença tão somente para fixar os juros remuneratórios com base na taxa média de mercado apurada pelo BACEN à época da celebração do contrato, excluindo, assim,

sua limitação à taxa SELIC. Por outro lado, reconheço a possibilidade da capitalização de juros, vez que pactuada no contrato. No mais, mantenho o que demais consta da sentença vergastada, inclusive recalculando o contrato para apuração da atual situação de débito e crédito a serem feitos em sede de liquidação da sentença.

No que pese aos honorários, os mesmos devem ser arcados igualmente entre as partes, haja vista a sucumbência recíproca.

É como voto.

Fortaleza, 04 de junho de 2013.

Desembargador Válidsen da Silva Alves Pereira
Relator

Agravo Regimental em Mandado de Segurança

Vera Lúcia Correia Lima

EMENTA: TRIBUTÁRIO, SOCIETÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. FATO NOTÓRIO. OBJETO SOCIAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INAPLICABILIDADE, EM REGRA. AGRAVO INTERNO. IMPROVIMENTO.

- Insurgindo-se contra a decisão que deu pela falta de prova preconstituída, a não autorizar o manejo do mandado de segurança, as agravantes, reportando-se aos seus contratos sociais, consignam ser notório o fato de atuarem na industrialização e comercialização de produtos petroquímicos em geral, “razão pela qual possuem um grande volume de vendas (faturamento) e, que, obviamente, realizam vendas a prazo e, conseqüentemente, a aplicação da cobrança de juros fazem parte deste cenário” (pág. 02), arrematando que os fatos notórios independem de prova.

- Pretender suprir ausência da prova preconstituída da condição de credores a partir de referências ao contrato social é, com o devido respeito, confundir dois mundos, em regra, independentes. É que, de ordinário, não se aplica o princípio da especialidade quanto à personalidade das pessoas jurídicas, de forma que a atuação das mesmas não está adstrita – em regra, frise-se – aos limites do seu objeto social. Noutra modo de dizer, tanto é possível realizar uma atividade não anunciada como se pode não realizar uma atividade anunciada pelo contrato social. A propósito, a finalidade daquela delimitação é, acima de tudo, a fiscalização da atividade dos administradores das sociedades, salvante a existência de regras específicas.

- Sendo assim, tem-se, de forma clara, a impropriedade da tese defendida pelas agravantes, qual seja, a de que, à luz dos contratos sociais, seria notório o fato da prática do objeto descrito e, por inferência, a realização de operações a prazo e, assim, a inclusão de juros e correção monetária na base de

cálculo do ICMS, tudo para dizer que esta adição é ilícita. O raciocínio construído enfraquece-se porque não pressupõe as variantes lembradas.

- Agravo Interno improvido.

RELATÓRIO

Senhores Desembargadores, a (...), juntamente com suas filiais, manejava o agravo interno de págs. 01/09 contra a decisão de págs. 227/232 (do processo principal), por meio da qual, amparada na sistemática do art. 557 do CPC, neguei seguimento à apelação que opusera ao ato de págs. 152/154, obstando a pretensão das recorrentes de se creditarem dos valores pagos a título de ICMS decorrentes da inclusão, alegadamente indevida, em sua base de cálculo, dos valores relativos a juros e correção monetária.

No pronunciamento ora recorrido, citei jurisprudência do STJ para dizer “ainda que se limite a pretender o reconhecimento do direito à compensação tributária, deve o impetrante, via prova preconstituída, demonstrar a condição de credor da Fazenda Pública” (pág. 228).

As agravantes, no entanto, e reportando-se ao seu contrato social, consignam ser notório o fato de atuarem na industrialização e comercialização de produtos petroquímicos em geral, “razão pela qual possuem um grande volume de vendas (faturamento) e, que, obviamente, realizam vendas a prazo e, conseqüentemente, a aplicação da cobrança de juros fazem parte deste cenário” (pág. 02). Em seguida, relembram que os fatos notórios independem de prova.

Também sustentam que a questão a ser decidida é unicamente jurídica, pelo que a via do mandado de segurança surge adequada.

É o que basta relatar.

VOTO

Presentes os requisitos, conheço do recurso, antecipando que lhe estou negando provimento.

Não custa rememorar a necessidade de as razões deste agravo serem analisados à luz do pedido formulado pela petição inicial, uma vez que compete a esta fincar os limites objetivos da demanda, dos quais todo o desenrolar procedimental mostra-se dependente.

Sendo assim, vou à peça inaugural, precisamente à pág. 19, e sublinho que as impetrantes, ora recorrentes, vieram a Juízo com a intenção de obter provimento que lhe assegure a compensação do que, a título de ICMS, foi recolhido “nos últimos 10

anos”, relativamente à integração, na base de cálculo, dos juros e da correção monetária oriundos das vendas a prazo, acréscimo que entende indevido.

E, porque não foi adunada qualquer prova documental destes recolhimentos, o Juízo *a quo* entendeu incabível a via do mandado de segurança, a par de que esta não é substitutiva da ação de cobrança.

Foi por isto que, concordando, disse na decisão ora impugnada que “ainda que se limite a pretender o reconhecimento do direito à compensação tributária, deve o impetrante, via prova preconstituída, demonstrar a condição de credor da Fazenda Pública” (pág. 228), pelo que neguei seguimento ao apelo das ora agravantes.

Respeitosamente, continuo convencida do descabimento deste *mandamus*.

A propósito, cumpre não por à margem de consideração a situação a que se reporta o verbete sumular nº 213 do STJ, referido pelo agravo e cujo teor rememoro:

“O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.”

Até agora não se questionou a instrumentalidade do mandado de segurança para o referido fim, até porque não é esta questão que está em jogo, mas algo anterior. O que surge indefinido é o preenchimento da condição de válido acesso a tal via: a caracterização de credor.

Na realidade, o que o magistrado de origem questionou – e, de fato, não há elementos concretos para proclamá-la – foi a existência de valores indevidos e efetivamente recolhidos a título de ICMS, o que se definiria pela prova preconstituída, não carreada aos autos.

Pretender suprir sua ausência a partir de referências ao contrato social é, com o devido respeito, confundir dois mundos, em regra, independentes. É que, de ordinário, não se aplica o princípio da especialidade quanto à personalidade das pessoas jurídicas, de forma que a atuação das mesmas não está adstrita – em regra, repito – aos limites do seu objeto social. Noutra modo de dizer, tanto é possível realizar uma atividade não anunciada como se pode não realizar uma atividade anunciada pelo contrato social.

A propósito, antes que se questione qual seria, então, a finalidade daquela delimitação, vale ter presente que a mesma, acima de tudo, serve à fiscalização da atividade dos administradores das sociedades, salvante a existência de regras específicas.

Sendo assim, tem-se, de forma clara, a impropriedade da tese defendida pelas agravantes, qual seja, a de que, à luz dos contratos sociais, seria notório o fato da prática do objeto descrito e, por inferência, a realização de operações a prazo e, assim, a inclusão de juros e correção monetária na base de cálculo do ICMS, tudo para dizerem que esta adição é ilícita.

Como dito, o raciocínio construído nesta impugnação enfraquece-se porque não pressupõe as variantes que venho de relembrar.

Por tais razões, e louvando os patronos das sociedades recorrentes pelo discurso engendrado, nego provimento a este agravo interno.

É como voto.

Fortaleza,

Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima

Relatora

Apelação - Ato Infracional

Vera Lúcia Correia Lima

EMENTA: ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE RECEPÇÃO CULPOSA. MATERIALIDADE E AUTORIA. INCONTROVÉRSIA. MEDIDA SOCIO-EDUCATIVA. DESNECESSIDADE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PROCESSO. EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

- Em princípio, o que restaria a definir, a partir do julgamento do apelo, seria a suficiência, ou não, das medidas socioeducativas impostas na origem (prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida), porquanto incontroversas a materialidade e a autoria de ato infracional análogo ao crime de recepção culposa. Porém, à vista dos autos, conclui-se pela desnecessidade de qualquer medida.

- Em julgamento recente, a Câmara teve a oportunidade de realçar, a partir do art. 228 da CR/88 e com a vênua dos defensores do Direito Penal Juvenil, a dissociação entre o Direito Penal e o Direito da Criança e do Adolescente, consignando que este, também por imposição constitucional, considera seus destinatários como pessoas em desenvolvimento, pelo que, no caso de adolescente em conflito com a lei, trabalha com a aplicação de medidas socioeducativas – e não de penas restritivas de liberdade.

- Não se desconhece, porém, que, em última análise, é possível dizer que tanto a medida socioeducativa quanto a sanção penal visam a introjetar/restaurar valores, (re)alinhando o autor do injusto às expectativas sociais.

- É justamente apegando-se a tal função, ou seja, é a partir de uma visão funcionalista da medida socioeducativa, aliada ao vetor interpretativo da “pessoa em desenvolvimento”, vale dizer, à ideia de que o apelante não é mais o mesmo em razão da experiências até então vividas, que se entende descabida a

imposição, pelo Estado, de qualquer ato de socioeducação, no vertente caso.

- Essa conclusão justifica-se a partir da certidão de pág. 78, em que a Oficiala de Justiça, após atestar a ocorrência da intimação, bem explicita a situação do recorrente: **“Ressalto, todavia, que o mesmo está tetraplégico após ser baleado na cabeça há uns 4 meses. O mesmo está consciente, mas não movimenta nenhum dos membros. Está numa cama hospitalar em casa mesmo e fazendo uso de frada (sic) geriátrica”** (destaque do original).

- Trata-se de situação não valorada pelo Juízo *a quo*, mas que, por certo, não pode ser desconsiderada por esta Corte. A propósito, tem-se fato registrado por servidor dotado de fé pública, cuja presunção não foi até então elidida, o que caberia à parte autora. Não há necessidade de o apelante ser periciado porque, tratando-se de Processo Civil, tem-se maior liberdade à formação do convencimento (no caso, não se tem prova tarifada), sendo suficiente aquela certificação. De qualquer maneira, cumpre reconhecer que prescinde de conhecimentos técnicos a constatação de que uma pessoa foi alvejada na cabeça.

- Assim, **em razão das peculiaridades do caso concreto**, considera-se que o interesse processual do Estado não mais subsiste. Pede-se vênias para simplificar, mas, se o recorrente nada aprendeu com o tiro que o levou à prostração, não serão as medidas impostas pela sentença – e defendidas pelo (...) – que o levarão à reflexão. Entende-se, pois, que o fato, porque bastante significativo, foi, só por si, pedagógico, revelando o (alto) preço de uma vida em conflito com a lei.

- Por fim, registra-se que o recorrente atingiu a idade de 18 anos, de forma que, se vier a claudicar, praticando um injusto culpável, estará sujeito ao rigor do Direito Penal, e não mais à interpretação compreensiva do Direito da Criança e do Adolescente.

- Apelo conhecido. Processo extinto, sem resolução do mérito, por falta de interesse e em razão da autonomia do efeito translativo.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação do então adolescente (...) contra a decisão de págs. 105/106, que, reconhecendo a prática de ato infracional análogo ao delito de receptação culposa (art. 180, § 3º, do CP), aplicou-lhe as medidas socioeducativas de Prestação de Serviços à Comunidade e de Liberdade Assistida.

Nas razões apresentadas, argumenta, em suma, com a razoabilidade e a proporcionalidade para, ao final, pugnar pela aplicação isolada da medida de Prestação de Serviços à Comunidade, porquanto “(...) mais pertinente ao caso (...)” (pág. 120).

O (...), nas contrarrazões de págs. 123/129, defende que “(...) a medida foi, data máxima vênua, por demais branda, dado o caso concreto, pois o menor responde, conforme fls. 14 dos autos, a outro ato infracional (...)” (pág. 127).

É o que basta relatar.

Sem revisão, peço inclusão em pauta (ECA, art. 198, III).

Fortaleza, 14 de julho de 2011.

Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima
Relatora

VOTO

Observados os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

De saída, sublinho que a autoria e materialidade são fatos incontroversos. Ou seja, não se questiona que o então adolescente (...), no dia 01/01/2012, foi flagrado nesta Capital, na Rua (...), próximo à Avenida (...), pilotando a moto HONDA CG 125, de placa (...), objeto de um roubo ocorrido na cidade de (...). E o douto Juízo sentenciante enquadrou a conduta como ato infracional análogo ao delito de receptação culposa (art. 180, § 3º, do CP) porque “não há prova segura de que o representado tivesse conhecimento da origem ilícita do veículo, até porque, pela sua idade, presume-se não ter maturidade suficiente para investigar se a motocicleta era produto de crime(págs. 105/106). Para tanto, pontuou que “não se mostra razoável crer que o adolescente fosse pedir uma motocicleta a pessoa que mal conhecesse, pois não soube dizer o nome, endereço, etc, o que afasta a credibilidade da defesa sustentada pelo representado” (pág. 105).

Sendo assim, o que restaria a definir, a partir do julgamento do apelo, seria a suficiência, ou não, das medidas socioeducativas impostas na origem (prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida).

A questão, Excelências, é que, à vista dos autos, estou concluindo pela desnecessidade de qualquer medida.

Na assentada anterior, ao julgarmos a Apelação nº (...), tivemos a oportunidade de realçar, a partir do art. 228 da CR/88 e com a vênia dos defensores do Direito Penal Juvenil, a dissociação entre o Direito Penal e o Direito da Criança e do Adolescente, consignando que este, também por imposição constitucional, considera seus destinatários como pessoas em desenvolvimento, pelo que, no caso de adolescente em conflito com a lei, trabalha com a aplicação de medidas socioeducativas – e não de penas restritivas de liberdade.

Não desconheço que, em última análise, é possível dizer que tanto a medida socioeducativa quanto a sanção penal visam a introjetar/restaurar valores, (re)alinhando o autor do injusto às expectativas sociais.

Pelo contrário, é justamente apegada a tal função, ou seja, é a partir de uma visão funcionalista da medida socioeducativa, aliada ao vetor interpretativo da “pessoa em desenvolvimento”, vale dizer, à ideia de que o apelante não é mais o mesmo em razão da experiências até então vividas, que entendo descabida a imposição, pelo Estado, de qualquer ato de socioeducação.

Justifico minha conclusão a partir da certidão de pág. 78, em que a Oficiala de Justiça, após atestar a ocorrência da intimação, bem explícita a situação do recorrente: **“Ressalto, todavia, que o mesmo está tetraplégico após ser baleado na cabeça há uns 4 meses. O mesmo está consciente, mas não movimentava nenhum dos membros. Está numa cama hospitalar em casa mesmo e fazendo uso de frada (sic) geriátrica”** (destaque do original).

Trata-se de situação não valorada pelo Juízo *a quo*, mas que, por certo, não pode ser desconsiderada por esta Corte. A propósito, o fato registrado por servidor dotado de fé pública, cuja presunção não foi até então elidida, o que caberia à parte autora. E, pelo menos no meu compreender, não há necessidade de o apelante ser periciado porque, tratando-se de Processo Civil, temos maior liberdade à formação do convencimento (no caso, não se tem prova tarifada), sendo-me suficiente aquela certificação. De qualquer maneira, cumpre reconhecer que prescinde de conhecimentos técnicos a constatação de que uma pessoa foi alvejada na cabeça.

Assim, **em razão das peculiaridades do caso concreto**, considero que o interesse processual do Estado não mais subsiste. Perdoem-me a simplificação, eminentes pares, mas, se o recorrente nada aprendeu com o tiro que o levou à prostração, não serão as medidas impostas pela sentença – e defendidas pelo (...) – que o levarão à reflexão.

Entendo, pois, que o fato, porque bastante significativo, foi, só por si, pedagógico, revelando o (alto) preço de uma vida em conflito com a lei.

Por fim, devo deixar registrado que o recorrente atingiu a idade de 18 anos,

de forma que, se vier a claudicar, praticando um injusto culpável, estará sujeito ao rigor do Direito Penal, e não mais à interpretação compreensiva do Direito da Criança e do Adolescente.

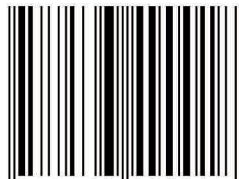
Ante o exposto, conheço da Apelação de (...) e, em razão da autonomia do efeito translativo, reputo desnecessária a imposição de qualquer medida socioeducativa, pelo que, na perspectiva da jurisprudência dominante, extingo o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, ou seja, por falta de interesse processual.

É como voto.

Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima
Relatora

<i>Formato</i>	17 x 24 cm
<i>Tipologia</i>	Minion Pro 9/11
<i>Papel</i>	Sulfite Alta Alvura 75 g/m ² (miolo) Supremo 250 g/m ² (capa)
<i>Número de Páginas</i>	407
<i>Impressão</i>	Departamento Editorial e Gráfico Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
<i>Data</i>	Março 2014

ISBN 978-85-63490-01-8



9 788563 490018