Ano 2019 - v. 60
Trimestral

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

TJCE
EDITORA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 60 - 2019
Janeiro / Março

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.60, p. 1 - 575, 2019

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 60.2019
Publicação Oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a cargo do Conselho Editorial.
Os acórdãos selecionados para publicação correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nos Gabinetes dos Desembargadores deste Egrégio Tribunal. Tiragem da Edição: 500 exemplares
Disponível também em CD-ROM e no site http://www4.tjce.jus.br/sproc2/paginas/Revista.htm

Comissão de Regimento, Legislação e Jurisprudência
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Francisco Carneiro Lima

Suplentes
Des. Mário Parente Teófilo Neto

Expediente Coordenação
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte

Conselho Editorial e Biblioteca
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte - Presidente
Des. Durval Aires Filho
Desa. Maria Edna Martins
Dr. Emílio de Medeiros Viana
Dra. Joriza Magalhães Pinheiro
Bel. Francisco Hudson P. Rodrigues - Secretário

Normalização
Divisão de Biblioteca do Departamento de Gestão de Documentos do TJCE
Bibliotecária: Ivete Costa de Oliveira CRB - 3/998

Revisão
Conselho Editorial e de Biblioteca

Diagramação e Arte Gráfica
Hugo Leonardo Guedes Monteiro

Impressão
Coordenadoria de Apoio Operacional do TJCE

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará. v.1 - Fortaleza: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 1989 -
Trimestral

ISSN 2175-0874

1.Direito - Periódico. 2.Direito - Jurisprudência. 3. Ceará - Tribunal de Justiça - Jurisprudência.

CDU 340.342 (05)

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Centro Administrativo Governador Virgílio Távora
Av. General Afonso Albuquerque de Lima, s/n
Cambeba - Fortaleza - CE - CEP: 60.822-325 - Fone: (85) 3207.7104
www.tjce.jus.br - e-mail: jurispru@tjce.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

DES. WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAÚJO
PRESIDENTE

DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA
VICE-PRESIDENTE

DES. TEODORO SILVA SANTOS
CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA

TRIBUNAL PLENO

Des. Washington Luis Bezerra de Araújo - Presidente
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Des. Francisco Gomes de Moura
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
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
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães
Desa.Lira Ramos de Oliveira
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Des. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos
Des. Francisco Carneiro Lima
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato
Desa. Marlúcia de Araújo Bezerra
Des. Henrique Jorge Holanda Silveira
Des. Sérgio Luiz Arruda Parente
Des. Antônio Pádua Silva
Dra. Rosilene Ferreira Facundo - Juíza Convocada
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão - Secretário

ÓRGÃO ESPECIAL
(Reuniões às quintas-feiras com início às 13h30min)

Des. Washington Luis Bezerra de Araújo - Presidente
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Durval Aires Filho
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Maria Edna Martins
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão - Secretário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
(Reuniões às últimas terças-feiras de cada mês, com início às 13h30min)

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha – Presidente
Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Dra. Rosilene Ferreira Facundo - Juíza Convocada
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão- Secretário

1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
(Reuniões às segundas-feiras com início às 13h30min)

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte- Presidente
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho
Dra. Naiana Rocha Frota Philomeno Gomes - Secretária

2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
(Reuniões às quartas-feiras com início às 13h30min)

Des. Francisco Gladyson Pontes- Presidente
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Dra. Maria Conceição Holanda Banhos - Secretária

3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
(Reuniões às segundas-feiras com início às 13h30min)

Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes - Presidente
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Dra. Rosilene Ferreira Facundo - Juíza Convocada
Dr. David Aguiar Costa - Secretário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
(Reuniões às últimas segundas-feiras de cada mês, com início às 08h30min)

Desa. Vera Lúcia Correia Lima - Presidente
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Francisco Gomes de Moura
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Des.Raimundo Nonato Silva Santos
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Desa.Lira Ramos de Oliveira
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato
Des. Sérgio Luiz Arruda Parente
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão - Secretário

1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
(Reuniões às quartas-feiras com início às 13h30min)

Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Des. Emanuel Leite Albuquerque - Presidente
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato
Dra. Lia Karam Soares - Secretária

2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
(Reuniões às quartas-feiras com início às 08h30min)

Des. Francisco Darival Beserra Primo- Presidente
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Francisco Gomes de Moura
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Dra. Maria do Socorro Loureiro de Oliveira Maia - Secretária

3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
(Reuniões às quartas-feiras com início às 08h30min)

Des. Jucid Peixoto do Amaral
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes - Presidente
Desa.Lira Ramos de Oliveira
Des. Sérgio Luiz Arruda Parente
Dr. Bruno Pinheiro Jucá - Secretário

4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
(Reuniões às terças-feiras com início às 08h30min)

Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Bezerra Cavalcante - Presidente
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Des. Raimundo Nonato Silva Santos
Dr. Marcel Benevides dos Santos - Secretário

SEÇÃO CRIMINAL
(Reuniões às últimas segundas-feiras de cada mês, com início às 13h30min)

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva - Presidente
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desa. Francisca Adelineide Viana
Desa. Maria Edna Martins
Des. Mário Parente Teófilo Neto
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães
Des. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos
Des. Francisco Carneiro Lima
Desa. Marlúcia de Araújo Bezerra
Des. Henrique Jorge Holanda Silveira
Des. Antônio Pádua Silva
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão - Secretário

1ª CÂMARA CRIMINAL
(Reuniões às terças-feiras com início às 13h30min)

Desa. Maria Edna Martins
Des. Mário Parente Teófilo Neto - Presidente
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães
Des. Francisco Carneiro Lima
Dr. José Victor Ibiapina Cunha Morais - Secretário

2ª CÂMARA CRIMINAL
(Reuniões às quartas-feiras com início às 13h30min)

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desa. Francisca Adelineide Viana - Presidente
Des. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos
Des. Antônio Pádua Silva
Dra. Ana Amélia Feitosa Oliveira - Secretária

3ª CÂMARA CRIMINAL
(Reuniões às terças-feiras com início às 08h30min)

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva - Presidente
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Desa. Marlúcia de Araújo Bezerra
Des. Henrique Jorge Holanda Silveira
Dr. José Welligton de Oliveira Lobo - Secretário

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Apelação Cível 15/208
Agravo de Instrumento 211/225
Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 229/369

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Apelação Crime 375/493
Habeas Corpus 497/528
Recurso Crime em Sentido Estrito 531/570

Índice Alfabético 571/575

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

PROCESSO: 0000057-58.2010.8.06.0217 – APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
APELANTES/APELADOS: ESPÓLIO DE JOAQUIM ROLIM DE MOURA, ESPÓLIO DE MARIA ROCHA DE MOURA, BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A E ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. REMESSA NECESSÁRIA. DESAPROPRIAÇÃO.
PRELIMINAR. PREVENÇÃO. EXTINÇÃO DO ÓRGÃO JURISDICIONAL. REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO CONFORME MODIFICAÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS. PRELIMINAR REJEITADA.
MÉRITO. ARGUIÇÃO DE DIREITO DE EXTENSÃO PELOS EXPROPRIADOS. ACOLHIMENTO DAS DELIMITAÇÕES ELABORADAS EM LAUDO INICIAL. PERDA DO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PEDIDO DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO POR INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. CREDOR HIPOTECÁRIO. HIPOTECA RECAI EM IMÓVEL QUE NÃO SE CONFUNDE COM O BEM EXPROPRIADO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS FIRMADAS NO CONTRATO BANCÁRIO PACTUADO. AVALIAÇÕES PERICIAIS. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO DOS VALORES APURADOS AO FATO GERADOR DO IMPOSTO TERRITORIAL RURAL. PREMISSA JUDICIAL EQUIVOCADA. RETIFICAÇÃO QUE SE IMPÕE. ADOÇÃO DO LAUDO PERICIAL COM SUAS RETIFICAÇÕES. CUMULAÇÃO DE LUCROS

CESSANTES E JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS. COMPATIBILIDADE DA GARANTIA DE JUSTA E PRÉVIA INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO COM O REGIME DE PRECATÓRIOS. TEMA 865 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS DO §2º, DO ART. 85, DO CPC. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA SOB CONDIÇÃO SUSPENSIVA. RECURSOS E REMESSA CONHECIDOS, JULGANDO-SE PARCIALMENTE PROVIDOS A REMESSA E AS APELAÇÕES DO ESPÓLIO DE JOAQUIM ROLIM DE MOURA E ESPÓLIO DE MARIA ROCHA DE MOURA E DO ESTADO DO CEARÁ, JULGANDO-SE IMPROVIDA A APELAÇÃO DO BANCO DO NORDESTE.

1. Versa a presente de Remessa Necessária e Apelações cíveis ajuizadas pelos Espólio de Joaquim Rolim de Moura e Espólio de Maria Rocha de Moura, Banco do Nordeste do Brasil S/A e Estado do Ceará, todos em contrariedade aos termos delineados na sentença prolatada pelo Exmo. Juiz de Direito da Vara Única Vinculada de Umari, que determinou a desapropriação de imóveis, fixando-lhes o valor da indenização, visando a instalação das obras de construção da barragem de Jenipapeiro, julgando-se improcedente o pedido de habilitação de crédito formulado pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A.

2. Da arguição preliminar de prevenção.

2.1. Primordialmente, o Banco do Nordeste do Brasil argui haver conexão da presente demanda ao Agravo de Instrumento de nº 0031854-19.2013.8.06.0000, tornando preventa a competência do Relator componente da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

2.2. A tese preliminar sustentada não possui mais fundamento em razão da redistribuição do feito conforme modificação das regras processuais de competência no bojo desta Corte de Justiça. Preliminar de conexão REJEITADA.

3. Do Direito de Extensão.

3.1. Os Espólios recorrentes insurgem-se em face da negativa ao Direito de extensão solicitado. Alegam que fora solicitada a concessão de "outras verbas específicas que resultem da perda da posse do bem", restando evidenciado que poderiam requerer outras pretensões além da que já fora postulada em sede de contrarrazões.

3.2. Deve-se elucidar que o Direito de extensão consiste na possibilidade do Expropriado(s) em reclamar a possibilidade da desapropriação e a indenização alcançarem a totalidade do bem objeto da intervenção do Estado quando o espaço remanescente restar esvaziado de seu conteúdo econômico.

3.3. A instrução processual constitui-se em um devir caracterizado pela sequência de atos em que as partes atuam visando a solução da lide. Concede-se a cada litigante momento ideal e oportuno visando a apresentação de seus pleitos e a produção probatória. Dessa feita não se admite

o retorno dos atos a momento anterior, de modo a acarretar indevido retrocesso à consecução do objetivo da jurisdição.

3.4. Conclui-se que os Espólios, ora desapropriados, perderam a faculdade processual em apresentar a pretensão sobre o Direito de extensão em momento adequado, ocorrendo o fenômeno da preclusão consumativa.

4. – Do pedido de habilitação de crédito pelo Banco do Nordeste S/A.

4.1 - O Banco do Nordeste S/A apresentou insurgência recursal limitando-se a requerer a habilitação de crédito fundado em garantia hipotecária sobre o imóvel rural, alegadamente objeto da desapropriação em curso.

4.2. - Detalha que tal a hipoteca gravada sobre o imóvel identifica-se ao bem desapropriado, coincidindo suas confrontações e delimitações. Esclarece que a única distinção se dá por haver número de matrícula divergente, registrado no Cartório de Registros do Município de Umari, sendo decorrente de erro do referido cartório.

4.3. - O imóvel, objeto da hipoteca, não se confunde com o imóvel desapropriado, uma vez que a hipoteca recaiu no imóvel de Matrícula n°. 351, registrado no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Baixio-CE. Por outro lado, a área a ser desapropriada, encontra-se sob as Matrículas nº 147, 148 e 416, no Cartório de Registro Imobiliário do 2º Ofício da Comarca de Umari – CE.

4.4 - Logo, não há que se tratar na espécie de vencimento antecipado da dívida, pois a desapropriação não recaiu sobre o bem dado em

garantia, devendo-se cumprir de forma estrita os regramentos contratuais firmados entre o Espólio de Joaquim Rolim de Moura e o Banco do Nordeste do Brasil S/A, obrigando-se a adimplir a dívida em parcela única somente em 01 de outubro do ano de 2022, conforme dispõe a cláusula segunda da avença firmada.

5 - Das perícias realizadas sobre o imóvel desapropriado.

5.1. - Ao observar todas as avaliações e perícias realizadas pelos expertos não se registra qualquer elemento que consigne que o valor da terra nua do imóvel, cobertura vegetal, construções, benfeitorias e instalações se encontrem atrelados ou vinculados ao valor atribuído ao Imposto Territorial Rural - ITR, como apontado pelo Magistrado.

5.2. - Há de se esclarecer que o aludido tributo possui como base de cálculo o valor do imóvel por natureza, vale dizer, o valor da terra nua, nele não compreendido o valor de construções, instalações, benfeitorias etc.

5.3 - O julgador afastou as conclusões periciais sob convicção equivocada, utilizando-se de elementos acerca da incidência do ITR que não podem fundamentar isoladamente o afastamento do estudo técnico viabilizado pelo perito judicial, acarretando violação ao preceito do art. 479, do CPC, pois restou desprezado o método utilizado pelo perito, o qual atribuiu valores específicos a cobertura vegetal, construções, benfeitorias e instalações, os quais não podem ser considerados na apuração do ITR.

5.4. - De outra sorte, os recorrentes não conseguiram demonstrar a contento em suas premissas recursais qualquer vício ou pecha em que se possa fundamentar o afastamento das conclusões do experto judicial após a retificação ensejada pelas partes.

5.5. - A recusa ao laudo final apresentado pelo perito deve ser corrigida por esta Corte, devendo-se serem utilizadas as conclusões apresentadas nos fólios processuais constantes às fls. 768/862, com as correções apontadas às fls. 967/980, resultando no montante indenizatório de R$ 1.390.700,74 (um milhão, trezentos e noventa mil, setecentos reais e setenta e quatro centavos) a servir como parâmetro indenizatório da presente desapropriação.

6 - Dos juros moratórios, juros compensatórios, correção monetária e dos lucros cessantes.

6.1 - O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado quanto a vedação de cumulação de juros compensatórios e lucros cessantes, uma vez que ambos configuram mesma espécie de mitigação dos prejuízos resultantes do desapossamento imediato, sendo claro que os juros compensatórios englobam os lucros cessantes.

6.2 - Nesta senda, a sentença deve ser retificada, de modo a serem expurgados os lucros cessantes definidos aos expropriados, pois incompatíveis aos termos do art. 15-A, do Decreto-Lei nº 3.365/41 e da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o qual entende que a cumulação dos lucros cessantes e dos juros compensatórios acarreta oneração em demasia do Ente expropriante.

6.3 - Os delineamentos fixados pelo Magistrado quanto aos percentuais dos juros compensatórios, moratórios e correção monetária, bem como seus termos iniciais, encontram-se completamente escorreitos, não havendo que se retificar a sentença vergastada nestes pontos.

6.4 - Há de se consignar que o Supremo Tribunal Federal esposou entendimento no julgamento do RE 922.144/RG, apontando subsistir plena compatibilidade da garantia da justa e prévia indenização em dinheiro (CF/88, art. 5º, XXIV) com o regime de precatórios (CF/88, art. 100), sendo tal entendimento consolidado pelo Tema 865 das teses de Repercussão Geral. Portanto, o pagamento de eventual indenização complementar deve ocorrer mediante precatório.

7. Dos honorários advocatícios.

7.1 - O Magistrado estipulou a condenação do Ente expropriante aos honorários advocatícios no patamar de 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre o valor total da indenização.

7.2 - Em razão do disposto no § 1º do art. 27 do Decreto-lei nº 3.365/1941, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001, e a interpretação concedida pela ADIN nº 2.332-2, a verba honorária deve ser calculada entre os percentuais de 0,5% a 5% sobre o valor da diferença entre a oferta e a indenização fixada em juízo. O arbitramento da verba honorária no percentual máximo de 5% (cinco por cento) não deve prosperar, porquanto fixado à míngua de fundamentação legal (§§ 3º e 4º do art. 85 do CPC).

7.3 - Considerando os requisitos do § 2º do art. 85 do CPC, deve ser reduzido o percentual dos honorários advocatícios para 2% (dois por cento), montante que se revela apto a remunerar a atividade profissional exercida no feito pelo(s) advogado(s) do réu(s), sem se mostrar exorbitante ou aviltante.
8 - Da concessão da justiça gratuita sob condição suspensiva.
8.1 - Acolhe-se a gratuidade judiciária perseguida pelos Espólio de Joaquim Rolim de Moura e Espólio de Maria Rocha de Moura, sem prejuízo das obrigações decorrentes de sua sucumbência permanecerem sob condição suspensiva de exigibilidade, possibilitando-se serem executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações dos Espólios beneficiários.
9. Recursos e Remessa conhecidos, julgando-se parcialmente providos a Remessa Necessária e as Apelações ajuizadas pelo Espólio de Joaquim Rolim de Moura e Espólio de Maria Rocha de Moura, e do Estado do Ceará, e julgando-se improvida a Apelação do Banco do Nordeste do Brasil S/A, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer das Apelações e Remessa Necessária de nº. 0000057-58.2010.8.06.0217, julgando-

se parcialmente providos a Remessa Necessária e as Apelações ajuizadas pelo Espólio de Joaquim Rolim de Moura e Espólio de Maria Rocha de Moura, e do Estado do Ceará, e julgando-se improvida a Apelação do Banco do Nordeste do Brasil S/A, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 7 de março de 2018.

RELATÓRIO

Tratam-se de Remessa Necessária e Apelações Cíveis ajuizadas em oposição à sentença lavrada pelo Exmo. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca vinculada de Umari que, nos autos da presente Ação de Desapropriação julgou procedente a demanda, fixando o valor da indenização e lucros cessantes, acrescidos de atualização monetária, juros compensatórios e moratórios, bem como julgou improcedente o pedido de habilitação de crédito formulado pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A.

Inicialmente, o Espólio de Joaquim Rolim de Moura e Maria Rocha de Moura, apresenta pleito apelatório, fls. 1.208/1.223, em que alega ter sido solicitado ao Magistrado de piso o direito de extensão em contestação. Aduz terem surgido no decorrer do processo fatos novos que contribuíram para a inviabilidade econômica da área remanescente, – invasões, retirada de madeira, depredação da propriedade – sendo comprovada a redução dos rendimentos obtidos no imóvel após a imissão na posse, minorando-se drasticamente a receita anual obtida após o processo de desapropriação.

Explicita a caracterização de "fato novo", detalhando a possibilidade de influenciar no deslinde do litígio, havendo erronia do julgador em não levar a efeito os fatos delineados no transcorrer da lide.

Trata do preço da indenização sustentando haver engano da parte do Magistrado ao fundamentar a ocorrência de "supervalorização do imóvel de R$ 100.000,00 (cem mil reais) para R$ 3.450.000,00 (três milhões, quatrocentos e cinquenta mil)", pois não foi informado o período em que decorreu a tal valorização, sendo acostadas cópias do Imposto Territorial Rural – ITR dos anos de 1942 até 2009, não restando declinado em qual dos

comprovantes se registra o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), salvo onde o cálculo do imposto consta no valor da terra nua tributável. Afirma, também que a Secretaria da Fazenda do Ceará já havia avaliado o imóvel por R$ 1.460.000,00 (um milhão, quatrocentos e sessenta mil reais), sendo cobrados tributos em valores exorbitantes.

Registra que no ano de 2008 verificou-se variação na área total do imóvel, com o aumento de 202,2 hectares em decorrência de levantamentos efetuados pelos representantes do INCRA, e havendo alteração da real situação do bem imóvel o mesmo foi considerado produtivo, e em razão de tal modificação houve reajuste do valor para R$ 3.450.000,00 (três milhões, quatrocentos e cinquenta mil reais).

Defende a retificação da sentença em face de não ter sido levado em consideração os questionamentos apresentados no laudo do assistente, quando da elaboração do laudo para fins de desapropriação. Firma subsistir grande divergência nos preços atribuídos aos hectares de terras do imóvel, influenciando no preço irrisório atribuído aos hectares em primeira avaliação e da atualização elaborada em segunda avaliação.

Aponta a necessidade de alteração da fixação dos lucros cessantes de modo a apurar-se a renda líquida mensal do imóvel antes da imissão de posse. Também sustenta a ocorrência de dano moral em face dos transtornos causados pela desapropriação e do valor sentimental e de afeição ao imóvel junto ao proprietário, falecido logo após o conhecimento do decreto expropriatório.

Ao final, requer o acolhimento do direito de extensão pleiteado, bem como requer a retificação da indenização, alterando-se o valor das terras nuas; a majoração dos lucros cessantes em razão da redução das receitas após a imissão de posse e a cominação dos danos morais pelos transtornos sofridos.

Documentos acostados aos autos pelo apelante às fls. 1.224/1.238.

O Banco do Nordeste do Brasil oferta recurso apelatório, fls. 1.239/1.250, em que apregoa, preliminarmente, a prevenção do julgamento da demanda à 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em função da conexão ao Agravo de Instrumento de nº 0031854-19.2013.8.06.0000.

Em sua exposição sobre o mérito da causa declara que o imóvel encontrava-se hipotecado ao Banco do Nordeste na oportunidade em que foi desapropriado, e sendo a instituição bancária credora hipotecária do espólio de Joaquim Rolim de Moura torna-se legítima sua habilitação no crédito obtido na desapropriação, nos termos do art. 31 do Decreto-Lei nº 3.365/1941.

Expressa que as informações constantes na hipoteca coincidem com as certidões requisitadas em cartório de imóveis pelo Juízo *a quo*. Esclarece que a distinção encontrada em um dos registro decorre de erro no Cartório do Município de Umari, pois os Municípios de Umarim e Baixio eram distritos do Município de Ipaumirim e, após o desmembramento e emancipação das localidades, através da Lei Estadual nº 3.338, de 15 de setembro de 1956, o imóvel fora registrado no Cartório de Registros de Imóveis de Umarim, e posteriormente registrado na Comarca de Baixio.

Ao cabo, postula o conhecimento do recurso, de modo a dar-lhe provimento, reformando-se a sentença para reconhecer o direito do Apelante à habilitação de seus créditos lastreados por garantia hipotecária sobre o imóvel rural denominado Sítio Pombas.

Recurso apelatório do Estado do Ceará, fls. 1.258/1.269, manifesta-se pela anulação da sentença em razão da ausência de fundamentação concreta para adoção do laudo do perito judicial, em desconsideração aos argumentos suscitados pelo Ente expropriante, com base na análise apresentada pelo assistente técnico. Em continuidade, questiona a metodologia e parâmetros utilizados para apurar o valor indenizatório alcançado.

Discute, também, a carência de fundamentação sobre o percentual de condenação aos honorários advocatícios em que o Estado do Ceará foi condenado, não sendo ponderadas as premissas do §4º, do art. 20, do CPC/73.

Enuncia, em sequência, que o perito judicial avaliou o imóvel desapropriado em patamar superior aos valores pelos quais são negociados imóveis semelhantes na região. Destaca que não foram levados em consideração construções e instalações do imóvel, não se averiguando o estado de conservação, vida útil etc. Também afirma que não foram apresentados

documentos comprobatórios da exploração de atividade econômica da área de floresta, sendo indevido o pagamento de lucros cessantes aos Expropriados.

Ressalta a impossibilidade de pagamento de lucros cessantes cumulados aos juros compensatórios, sob pena de *bis in idem*, conforme entendimento consolidado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Em conclusão, roga pela anulação da sentença guerreada, em face da ausência de fundamentação concreta para adoção do laudo do perito judicial. Acaso não acatado o pedido primário, pleiteia a reforma da sentença para que seja fixada justa indenização pelo preço ofertado inicialmente, retificando-se a sentença de modo a afastar a condenação em lucros cessantes, sob pena de onerar demasiadamente o Estado do Ceará.

Contrarrazões do Espólio de Joaquim Rolim de Moura e Maria Rocha de Moura, fls. 1.279/1.283 repelem os argumentos apresentados pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A, dissertando que a instituição financeira dispõe argumentos sem lógica, dentre os quais que dois Magistrados atuantes no processo repetiram mesmo equívoco em decisões consignando que o imóvel desapropriado é diferente do imóvel hipotecado, e que o registro do imóvel no cartório de Umari se apresenta irregular, pois este deveria ter sido baixado quando houve a matrícula do mesmo imóvel no cartório de registro de imóveis da Comarca de Baixio.

Alega inexistirem dúvidas quanto ao fato de que o Banco do Nordeste do Brasil S/A figurar como credor hipotecário de um dos imóveis não desapropriados, situado na Comarca de Baixio, porém, dispõe não ser possível a habilitação do referido crédito nesta oportunidade, devendo tal postulação ser postergada para o dia 01 de outubro de 2022, quando há vencimento da operação de crédito.

Prossegue tratando dos imóveis submetidos à desapropriação, em que aponta serem atingidas pela expropriação somente as que fazem parte das matrículas de números 147, 148 e 416, restando, portanto, livre as áreas da escritura pública de compra e venda datada de 21/07/1951, registro sob n° R-2-607, fls.113, livro 2-B, do Cartório Imobiliário da Comarca do Baixio - CE, sendo esse o mesmo título de domínio objeto do gravame junto ao Banco do Nordeste do Brasil S.A.

Finaliza solicitando o desacolhimento da Apelação apresentada pela instituição bancária, julgando-a improcedente.

Continua em contrarrazões o Espólio de Joaquim Rolim de Moura e Maria Rocha de Moura, fls. 1.285/1.305, agora em oposição ao Estado do Ceará, oportunidade em que afirmam haver descaso dos representantes do órgão expropriante na condução do processo, não acompanhando a atuação do assistente pericial, omitindo-se em manifestar-se acerca dos laudos apresentados apesar de ser intimado para tanto.

No que pertine aos honorários estabelecem que o percentual de 5% (cinco por cento) somente foi possível em face dos limites previstos na lei de regramento das desapropriações, havendo oposição injustificada ao andamento do processo por parte dos prepostos do Estado.

Insurgem-se à adoção do laudo do perito para fins de justa indenização, opondo-se aos valores aquinhoados pelas benfeitorias, construções e instalações, bem como discordam do montante apontado pelos lucros cessantes.

Contrapõem-se ao entendimento quanto a impossibilidade de cumulação de lucros cessantes e juros compensatórios, afirmando que somente não inacumuláveis quando incidentes sobre a mesma base patrimonial, o que não resta configurado no presente feito.

Ao cabo, intentam a retificação da tese de que os juros compensatórios abrangem os lucros cessantes, bem como seja acolhida na apuração o direito de extensão, e que sejam modificados os valores atribuídos as terras nuas para o 2º laudo, modificando-se também os valores das benfeitorias, construções e instalações.

Instado a se manifestar no feito, a douta Procuradoria Geral de Justiça, fls. 1.325/1.329, deixa de opinar no feito por entender ausente interesse público substancial a exigir a intervenção do *Parquet*.

Em despacho, esta Relatoria determinou que o Espólio de Joaquim Rolim de Moura e Espólio de Maria Rocha de Moura, apresentasse no prazo de 10 (dez) dias, declarações de imposto de renda nos últimos 5 (cinco) anos, ou qualquer outro conjunto probatório apto a conceder a plausibilidade da gratuidade judiciária perquirida em face da presunção relativa que goza a declaração de hipossuficiência, premissa do art. 99, §3º, do CPC.

Petição dos Espólios em resposta ao despacho, fls. 1.333/1.334. Documentos às fls. 1.335/1.363.

É o relatório.

VOTO

Versa a presente de Remessa Necessária e Apelações Cíveis ajuizadas pelos Espólio de Joaquim Rolim de Moura e Espólio de Maria Rocha de Moura, Banco do Nordeste do Brasil S/A e Estado do Ceará, todos em contrariedade aos termos delineados na sentença prolatada pelo Exmo. Juiz de Direito da Vara Única Vinculada de Umari, que determinou a desapropriação de imóveis, fixando-lhes o valor da indenização, visando a instalação das obras de construção da barragem de Jenipapeiro, julgando-se improcedente o pedido de habilitação de crédito formulado pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A.

I – Da arguição preliminar de prevenção.

Primordialmente, esta Relatoria passa a examinar a postulação preliminar apresentada pelo Banco do Nordeste do Brasil, o qual argui haver conexão da presente demanda ao Agravo de Instrumento de nº 0031854-19.2013.8.06.0000, tornando preventa a competência do Relator componente da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

De fato, em certidão emitida pelo Departamento de Serviços Judiciais de Apoio desta Corte consta informação de estudo de prevenção da distribuição em que se aponta conexão da presente lide ao Agravo de Instrumento de nº 0000766-31.2011.8.06.0000, em que figuram como agravantes o Espólio de Joaquim Rolim de Moura e Espólio de Maria Rocha de Moura, cuja Relatoria pertencia a Desembargadora Maria Vilauba Fausto Lopes, impondo-se a distribuição a douta Desembargadora preventa, conforme registra-se à fl. 1.318.

Contudo, os autos foram encaminhados às Câmaras de Direito Público, conforme reestruturação segundo as competências jurisdicionais

regulamentadas no Regimento Interno do Tribunal de Justiça de 2016 e a previsão constante na Portaria de º 1.554/2016, a qual disciplinou as regras de redistribuição dos processos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Neste passo, os autos foram encaminhados à distribuição do Exmo. Sr. Henrique Jorge Holanda, em 20 de setembro de 2016 (pág. 1.320), sendo transferidos a esta Relatora em 08 de novembro de 2016 (pág. 1.321).

Assim, a tese preliminar sustentada não possui mais fundamento em razão da redistribuição do feito conforme modificação das regras processuais de competência no bojo desta Corte de Justiça. Preliminar de conexão REJEITADA.

Passaremos ao exame do mérito recursal das Apelações ajuizadas pelas partes.

II – Do Direito de Extensão.

Primordialmente, os Espólios recorrentes insurgem-se em face da negativa ao Direito de extensão solicitado. Alegam que fora solicitada a concessão de "outras verbas específicas que resultem da perda da posse do bem", restando evidenciado que poderiam requerer outras pretensões além da que já fora postulada em sede de contrarrazões.

Em princípio, deve-se elucidar que o Direito de extensão consiste na possibilidade do Expropriado(s) em reclamar a possibilidade da desapropriação e a indenização alcançarem a totalidade do bem objeto da intervenção do Estado quando o espaço remanescente restar esvaziado de seu conteúdo econômico. Portanto, pode a(s) parte(s) desapropriada(s), em tese, requerer que a desapropriação, e a indenização resultante, sejam estendidos, convertendo-se a desapropriação, originalmente parcial, em total, com o escopo de compreender a parcela da propriedade que se tornou inservível.

Conforme lição de José dos Santos Carvalho Filho, a prática do direito de extensão tem assento na situação específica da desapropriação parcial, quando a parte que excede àquela que pretende o Ente expropriante, porquanto a área remanescente fica efetivamente inútil ou inservível para o

particular que sofreu a intervenção do Estado na propriedade (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 809).

Os Espólios, ao apresentarem contestação (fls. 54/65) de modo a impugnar o valor ofertado pelo Ente Estatal expropriante, solicitaram: (i) nova avaliação dos bens indicando para tanto assistente pericial, (ii) a liberação do valor de R$ 331.825,24 (trezentos e trinta e um mil, oitocentos e vinte e cinco reais e vinte e quatro centavos) depositados inicialmente pela Estado do Ceará e (iii) a condenação do Estado do Ceará ao pagamento da diferença fixada acrescida dos demais encargos de juros compensatórios, juros de mora, correção monetária e honorários advocatícios.

O Magistrado *a quo,* ao examinar o Direito de extensão requerido, ponderou em sentença acerca do momento processual em que os desapropriados do imóvel apresentaram a pretensão visando obter a ampliação dos parâmetros expropriação:

> No caso dos autos, a parte requerida veio requerer específica e expressamente o reconhecimento de seu direito de extensão embora tenha formulado quesitos que apenas induziam a tanto muito após a contestação, mais especificamente por meio de uma petição atravessada aos autos às fls. 844/867, cujo conteúdo é típico de contestação. Ou seja, essa petição, aliás, por ter cunho de matérias que deveriam ter sido arguidas em sede de contestação, nem mesmo poderá ser levada em consideração para o destrame desta lide, já que tais matérias deveriam ter sido alegadas por ocasião daquela. (sentença, fl. 1.188).

De fato, somente em momento processual posterior, ou seja, às fls. 1.020/ 1.043, vem os Expropriados apresentarem as seguintes insurgências: (i) concessão do direito de extensão, (ii) indenização de terras nuas e benfeitorias, (iii) condenação ao pagamento de lucros cessantes e danos emergentes referentes aos rendimentos líquidos advindos do imóvel, (iv) condenação aos juros compensatórios sobre a diferença de 80% (oitenta

por cento) do valor ofertado em juízo e o valor fixado em condenação, (v) correção monetária do valor indenizatório, (vi) condenação pelos danos morais sofridos.

Observa-se que a instrução processual constitui-se em um devir caracterizado pela sequência de atos em que as partes atuam visando a solução da lide. Concede-se a cada litigante momento ideal e oportuno visando a apresentação de seus pleitos e a produção probatória. Dessa feita não se admite o retorno dos atos a momento anterior, de modo a acarretar indevido retrocesso à consecução do objetivo da jurisdição. Conclui-se que os Espólios, ora desapropriados, perderam a faculdade processual em apresentar a pretensão sobre o *Direito de extensão* em momento adequado, ocorrendo o fenômeno da preclusão consumativa, pois uma vez praticado o ato em face da omissão, impossibilita-se a parte reiterá-lo, de forma a efetivá-lo em momento posterior, retificar possíveis erros, ou ainda, acrescentar dados que foram omissos. Tal fenômeno ocorre devido à sequência processual dos atos, cujo progresso não pode ser interrompido diante da omissão de quaisquer das partes. Com a clareza que lhe é peculiar, ensina o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni sobre o conceito de preclusão:

> *A preclusão consiste na perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual em face do decurso do tempo (preclusão temporal), da prática de ato incompatível (preclusão lógica) e do efetivo exercício de determinada faculdade processual (preclusão consumativa).* (Marinoni, Luiz Guilherme. Código de Processo civil comentado artigo por artigo. 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011, pág. 452).

Dessa feita, doutrinadores e a jurisprudência compartilham o entendimento de que perdida a oportunidade, há que considerar como tendo o proprietário Expropriado renunciado o seu direito, não podendo, por consequência, reclamar a seu respeito em momento subsequente:

> ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. UTILIDADE PÚBLICA. DIREITO DE EXTENSÃO. CONTESTAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Direito de extensão é o que assiste ao proprietário de exigir que se inclua no plano de desapropriação a parte remanescente do bem, que se tornou inútil ou de difícil utilização.
2. "(...) o pedido de extensão é formulado na via administrativa, quando há a perspectiva de acordo, ou na via judicial, neste caso por ocasião da contestação. O réu, impugnando o valor ofertado pelo expropriante, apresenta outra avaliação do bem, considerando a sua integralidade, e não a sua parcialidade, como pretendia o autor. O juiz, se reconhecer presentes os elementos do direito, fixará a indenização correspondente à integralidade do bem. Resulta daí que é o bem, da mesma forma em sua integralidade, que se transferirá ao patrimônio do expropriante" (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 11ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 723).
3. O direito de extensão nada mais é do que a impugnação do preço ofertado pelo expropriante. O réu, quando impugna na contestação o valor ofertado, apresenta outra avaliação do bem, abrangendo a integralidade do imóvel, e não apenas a parte incluída no plano de desapropriação. Assim, o pedido de extensão formulado na contestação em nada ofende o art. 20 do Decreto-Lei 3.365/41, segundo o qual a contestação somente pode versar sobre "vício do processo judicial ou impugnação do preço". Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.
4. Recurso especial não provido.
(REsp 986.386/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. UTILIDADE PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ÁREA REMANESCENTE. ESVAZIAMENTO DO CONTEÚDO ECONÔMICO. DIREITO DE EXTENSÃO. POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXPROPRIATÓRIA. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE LUCROS CESSANTES CUMULADOS COM JUROS COMPENSATÓRIOS. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Ainda que por fundamentos diversos, o aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, ser devida indenização pela perda dos pés de erva-mate existentes no imóvel expropriado, conforme o valor apurado na segunda perícia judicial, de R$ 1,73 (um real e setenta e três centavos) para cada planta.

3. O expropriado, na hipótese de desapropriação parcial do bem, seguida do esvaziamento do conteúdo econômico da área remanescente, poderá exigir, na própria demanda expropriatória, que a indenização alcance a totalidade do bem.

4. "O direito de extensão nada mais é do que a impugnação do preço ofertado pelo expropriante. O réu, quando impugna na contestação o valor ofertado, apresenta outra avaliação do bem, abrangendo a integralidade do imóvel, e não apenas a parte incluída no plano de desapropriação. Assim, o pedido de extensão formulado na contestação em nada ofende o art. 20 do Decreto-lei 3.365/41, segundo o qual a contestação somente pode versar sobre 'vício do processo judicial ou impugnação do preço'" (REsp 816.535/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.2.2007).

5. O pedido da parte expropriada em relação ao pagamento de lucros cessantes restou indeferido pela sentença de primeiro grau de jurisdição, à consideração de que os juros compensatórios já constituíam o pagamento pelo uso antecipado do bem.

6. Os recorrentes, no entanto, pretendem comprovar que o modo como se procedeu ao cálculo do valor dos pés de erva-mate, adotando-se uma variável equivalente à renda líquida de cada planta, encerra verdadeira condenação ao pagamento de lucros cessantes, cumulados, indevidamente, com os juros compensatórios.

7. A pretensão, todavia, por ensejar o reexame do contexto fático-probatório na hipótese dos autos, em especial a prova pericial produzida, esbarra no óbice previsto na Súmula 7/STJ, cuja redação é a seguinte: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 882.135/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJ 17/05/2007, p. 217).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ART. 535 DO CPC. DESAPROPRIAÇÃO.

RODOANEL. JUROS MORATÓRIOS. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. DIREITO DE EXTENSÃO. CONTESTAÇÃO. POSSIBILIDADE. ARTS. 128 E 460 DO CPC. JULGAMENTO ULTRA PETITA.

1. Não se conhece de recurso especial por violação ao art. 535 do CPC se a parte não especifica o vício que inquina o aresto recorrido, limitando-se a alegações genéricas de omissão no julgado.

Incidência, por analogia, da Súmula n.º 284/STF, segundo a qual "é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

2. É inadmissível o recurso especial quando a questão impugnada foi decidida pela corte de origem com base em fundamento exclusivamente constitucional.

3. Direito de extensão é o que assiste ao proprietário de exigir que se inclua no plano de desapropriação a parte remanescente do bem, que se tornou inútil ou de difícil utilização.

4. "(...) o pedido de extensão é formulado na via administrativa, quando há a perspectiva de acordo, ou na via judicial, neste caso por ocasião da contestação. O réu, impugnando o valor ofertado pelo expropriante, apresenta outra avaliação do bem, considerando a sua integralidade, e não a sua parcialidade, como pretendia o autor. O juiz, se reconhecer presentes os elementos do direito, fixará a indenização correspondente à integralidade do bem. Resulta daí que é o bem, da mesma forma em sua integralidade, que se transferirá ao patrimônio do expropriante" (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 11ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 723).

5. A Lei n.º 4.504/64, que dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências, em seu art. 19, § 1º, fixa que o proprietário, quando intentada desapropriação parcial, poderá requerer, na contestação, que todo imóvel seja expropriado, incluído a área remanescente inutilizada. Embora alcance apenas as desapropriações de imóveis rurais para fins de reforma agrária, esse regramento deve também ser aplicado às desapropriações

> *por utilidade ou necessidade pública, pois não há, entre o dispositivo e o rito processual previsto no Decreto-lei 3.365/41, qualquer incompatibilidade formal ou material.*
> *6. O direito de extensão nada mais é do que a impugnação do preço ofertado pelo expropriante. O réu, quando impugna na contestação o valor ofertado, apresenta outra avaliação do bem, abrangendo a integralidade do imóvel, e não apenas a parte incluída no plano de desapropriação. Assim, o pedido de extensão formulado na contestação em nada ofende o art. 20 do Decreto-lei 3.365/41, segundo o qual a contestação somente pode versar sobre "vício do processo judicial ou impugnação do preço".*
> *7.* ***O pedido de extensão deve ser formulado pelo réu na contestação da ação expropriatória, sendo inviável a sua formulação por meio de reconvenção ou ação direta. Ausência de julgamento extra ou ultra petita.***
> *8. Recurso especial conhecido em parte e improvido.*
> *(REsp 816.535/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 16/02/2007, p. 307).*

Logo, infere-se que a postulação do Direito de extensão não deve ser acolhida em razão da omissão dos Espólios recorrentes em tecerem seus pleitos em momento oportuno, uma vez já colhido pelos Expropriados os limites da desapropriação definidos preteritamente, sendo concedida a imissão provisória de posse ao Ente Estatal e não se configurando na relação jurídica em destaque trato continuado, ou ainda, não ocorrendo modificação no estado de fato ou de direito, corroborando-se a preclusão incidente à parte.

III – Do pedido de habilitação de crédito pelo Banco do Nordeste S/A.

O Banco do Nordeste S/A (fl. 1.239/1.250) apresentou insurgência recursal limitando-se a requerer a habilitação de crédito fundado em garantia hipotecária sobre o imóvel rural, alegadamente objeto da desapropriação em curso.

Detalha que tal a hipoteca gravada sobre o imóvel denominado "Sítio Pombas" identifica-se ao bem desapropriado, coincidindo suas

confrontações e delimitações. Esclarece que a única distinção se dá por haver *número de matrícula divergente*, registrado no Cartório de Registros do Município de Umari, sendo decorrente de erro do referido cartório.

Sob o fundamento do vencimento antecipado da dívida hipotecária em face da desapropriação do bem dado em garantia, a instituição bancária solicita o depósito de parte do preço necessário para o pagamento integral do crédito hipotecário, premissa do art. 1.425, do Código Civil.

A dívida em comento encontra-se constituída através de escritura pública de confissão de dívida mediante garantia hipotecária (fls. 265/271), em que se apõe a identificação do bem concedido em garantia, nos seguintes moldes:

> *CLÁUSULA SEXTA - HIPOTECA: Também para segurança e garantia do pagamento da divida ora confessada, com todos os encargos pactuados, o EMITENTE constitui em favor do BANCO hipoteca de Iº grau, e sem concorrência, do seguinte imóvel de sua propriedade, com todas as instalações e benfeitorias existentes, a saber. DENOMINAÇÃO: Sítio Pombas; LOCALIZAÇÃO: Município de Baixio, Estado do Ceará, DIMENSÃO: 99,0 ha; CONFRONTAÇÕES: ao Norte, com o Riacho Genipapeiro; ao Sul, com terras dos Mateus; ao Leste, com terras de Francisco Rotim de Moura, e ao Oeste, com terras do comprador BENFEITORIAS: 01 casa sede em alvenaria de tijolo, piso cimentado, rebocada, coberta com telha comum, com área total de 270m2, em bom estado de conservação, avaliada por RS 13.824,00 (treze mil, oitocentos e vinte e quatro reais); 03 casas para colonos, em alvenaria de tijolo, piso de tijolo, sem reboco, cobertas com telha comum, eletrificada, com área total de 150m2, em regular estado de conservação, avaliadas por R$ 4.320,00 (quatro mil, trezentos e vinte reais), 06 armazéns em alvenaria de tijolos, rebocados, com piso de cimento, cobertos com telha comum, eletrificados, com área total de 216m2, em regular estado de conservação, avaliados por R$ 6.220,00 (seis mil, duzentos e vinte reais); 03 poços amazonas com (2,5 x 5)m, em regular estado de conservação, avaliados por RS 3.181,00 (três mil, cento e oitenta e um reais); 02 açudes de pequeno porte, com capacidade para armazenar cerca de 150.000m3, em regular estado de conservação, avaliados por RS 7.200,00*

> *(sete mil e duzentos reais); 6,0 Km de cerca de arame farpado, com 4 e 5 fios, em regular estado de conservação, avaliados por RS 3.456,00 (três mil, quatrocentos e cinqüenta e seis reais); terra nua avaliada por RS 15.764,00 (quinze mil, setecentos e sessenta e quatro reais); cobertura vegetal, avaliada por RS 5.519,00 (cinco mil, quinhentos e dezenove reais).*
> *Titulo de Aquisição: Escritura Pública de Compra e Venda, datada em 21 de julho de 1951, registrada sob n° R-2-607, folhas 113, livro 3-B, no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Baixio-CE.*

O imóvel hipotecado pela instituição bancária encontra-se sob registro na Comarca de Baixio, conforme se vê da certidão do Cartório de Registro de Imóveis da *Comarca de Baixio*, acostada aos autos às fls. 425:

> CERTIDÃO DE INTEIRO TEOR
> *Maria do Socorro Pereira. Escrevente Substituta do Registro de Imóveis desta cidade e Comarca de Baixio. Estado do Ceará, por nomeação legal, etc.*
> *CERTFICA, que às folhas 161, do Livro n°. 2-B "Registro Geral", na data de 03/11/1998, foi feito a Matrícula n°. 351. constando do imóvel seguinte: Um imóvel rural denominado Sítio Pombas, localizado no município de Baixio-Ceará, com uma área de 99 (noventa e nove) hectares. Limitando-se ao Leste, com terras de Francisco Rolim de Moura; ao Oeste, com terras do proprietário; ao Norte, com o Riacho Genipapeiro; e ao Sul, com terras da família Mateus na localidade do Sítio Baixio Grande. Cadastrada no INCRA sob o n° 159.089.002.062-4. Benfeitorias: uma casa em alvenaria de tijolos. piso cimentado, rebocada, coberta com telhas comum, com uma área de 270,00m2: 03 casas para colonos, de tijolos, piso também de tijolos. rebocadas, cobertas com telhas comum, eletrificada com uma área de 216,00m2; 03 Poços amazonas; 02 açudes de pequeno porte com capacidade para armazenar cerca de 150.000m3; cercada de arame farpado e madeira com 04 e 05 fios de arame. REGISTRO ANTERIOR: Transcrição imobiliária da cidade de Ipaumirim-Ceará sob o n° R-02-207 as folhas 113 do livro 3-B. datado de 21/07/1951. PROPRIETÁRIO: Joaquim Rolim de Moura e sua mulher Maria Rocha de Moura, brasileiros,*

casados, agricultores, residentes e domiciliados no Sítio Cobé no município de Umari-Ceará, com CPF n° 009.292.714-91.
CERTIFICA, ainda, que a referida matrícula contém o R-01-351 as folhas 161 do livro 2-B, datado de 03/11/1998, para constar o registro da Cédula Rural Hipotecária n° 009.292.714-91, emitida em 03/11/1998, com vencimento em 03/11/2009.
CREDOR: Banco do Nordeste do Brasil S.A., agência de Lavras da Mangabeira-Ceará, com CNPJ n° 07.237.373/0072-13.
CERTIFICA, mais, que o referido imóvel contém o R-02-351 datado de 17/10/2002, por força da Escritura de Confissão de Dividas lavrada nas Notas deste Cartório sob o livro n° 03 as folhas 67/70v, na qual os Emitentes reconhecem a dívida confessada no valor de R$ 54.264,39 e se obrigam a pagá-la integralmente ao Banco em uma única prestação com vencimento em 01/10/2022.
CERTIFICA. outrossim, que o mencionado imóvel está localizado no município de Baixio e Umari, sendo matriculado e registrado cada área no município de seu domicílio, sendo a área do município de Baixio hipotecada conforme dados acima mencionados.
O Referido é Verdade. Dou Fé. Baixio-CE, 17 de fevereiro de 2012.

Em seu petitório inicial, o Estado do Ceará distingue a área a ser desapropriada, enunciado que a mesma se encontra sob as Matrículas nº 147, 148 e 416, com assento no *Cartório de Registro Imobiliário do 2º Ofício da Comarca de Umari*.

Observa-se, de forma clara e precisa, que o imóvel, objeto da hipoteca, não se confunde com o imóvel desapropriado, uma vez que a hipoteca recaiu no imóvel de Matrícula n°. 351, registrado no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Baixio-CE. Por outro lado, a área a ser desapropriada, encontra-se sob as Matrículas nº 147, 148 e 416, no Cartório de Registro Imobiliário do 2º Ofício da Comarca de Umari.

Logo, não há que se tratar na espécie de vencimento antecipado da dívida, pois a desapropriação não recaiu sobre o bem dado em garantia, devendo-se cumprir de forma estrita os regramentos contratuais firmados entre o Espólio de Joaquim Rolim de Moura e o Banco do Nordeste do Brasil

S/A, obrigando-se a adimplir a dívida em parcela única somente em 01 de outubro do ano de 2.022, conforme dispõe a cláusula segunda da avença firmada.

IV – Das perícias realizadas sobre o imóvel desapropriado.

O Juízo *a quo* envidou em nomear como perito oficial o *expert* Francisco Daladier Marques, engenheiro agrônomo, CREA 160.161.855-7, o qual expôs inicialmente em suas conclusões, a avaliação do bem cuja extensão é de 489,07 hectares, o qual resultou na apuração dos valores consignados para terra nua do imóvel em R$ 262.085,42 (duzentos e sessenta e dois mil, oitenta e cinco reais e quarenta e dois centavos); da cobertura vegetal de R$ 407.847,53 (quatrocentos e sete mil, oitocentos e quarenta e sete reais e cinquenta e três centavos); das construções e benfeitorias em R$ 119.269,01 (cento e dezenove mil duzentos e sessenta e nove reais e um centavo), e por fim, o valor das instalações em R$ 68.283,18 (sessenta e oito mil, duzentos e oitenta e três reais e dezoito centavos), sendo apontado a avaliação total da área expropriada em **R$ 857.485,15 (oitocentos e cinquenta e sete mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e quinze centavos)**, conforme laudo pericial às fls. 455/499.

Contrapondo-se aos cálculos apresentados pelo perito judicial, o engenheiro civil Roberto Bandeira de Melo Barbosa, CREA 062517330-3, expõe avaliação às fls. 507/514 em que aponta o valor do imóvel em **R$ 1.623.882,40 (um milhão, seiscentos e vinte e três mil, oitocentos e oitenta e dois reais e quarenta centavos).**

Em complementação ao estudo ao exame pericial inicial foi solicitada nova apuração de valores de modo a serem considerados no resultado final da indenização. O perito judicial, anteriormente designado, apresentou novo estudo, fls. 768/862, avaliando área de 408,33 hectares, e encontrando os valores da terra nua em R$ 578.467,50 (quinhentos e setenta e oito mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e cinquenta centavos); das construções e instalações em R$ 140.034,94 (cento e quarenta mil, trinta e quatro reais e noventa e quatro centavos), e da cobertura vegetal em R$

655.075,75 (seiscentos e cinquenta e cinco mil, setenta e cinco reais e setenta e cinco centavos), resultando no montante de **R$ 1.373.578,19 (um milhão, trezentos e setenta e três mil, quinhentos e setenta e oito reais e dezenove centavos).**

Nova oposição às conclusões do perito judicial, às fls. 938/940, apresentada pelo engenheiro Roberto Bandeira de Melo, aponta o cálculo da área em **R$ 1.836.282,75 (um milhão, oitocentos e trinta e seis mil, duzentos e oitenta e dois reais e setenta e cinco centavos)**.

O perito judicial, esclarecendo os questionamentos formulados pelas partes às fls. 967/980, informa que a avaliação do imóvel desapropriado deve ser corrigida para o montante de **R$ 1.390.700,74 (um milhão, trezentos e noventa mil, setecentos reais e setenta e quatro centavos), conforme fl. 970.**

O Estado do Ceará apresenta parecer técnico jurídico, fls. 1.047/1.053, em que sustenta: i) não ter sido provado prejuízo por parte dos expropriados; ii) não haver sido comprovada as rendas auferidas do imóvel; iii) que sejam considerados os rendimentos comprovados através do Imposto Territorial Rural – ITR, nos últimos cinco anos anteriores a desapropriação, bem como o Imposto de Renda auferido no período, a fim de que se possa estabelecer comparativo de valores.

O magistrado de plano, ao decidir sobre o valor correto a ser delineado a título de indenização, assim ponderou acerca das avaliações periciais:

> Não tendo havido concordância mútua de ambas as partes acerca do valor da indenização, cabe enfrentar o aspecto do preço, ou da justa indenização.
> *Na busca do valor de mercado do imóvel objeto da desapropriação, este Juízo determinou a realização de perícia, haja vista que o conhecimento técnico é fundamental para orientação do magistrado na busca da indenização justa. Além do que ela se mostra imprescindível para fixar o valor da indenização, já que não foram produzidas nos autos provas contrapostas suficientes para modificar a conclusão pericial.*
> *No caso de que cuida, foram realizadas duas perícias, a primeira referente à área objeto do decreto expropriatório e, a segunda,*

referente aos lucros cessantes e à área remanescente, esta última não alcançada por aquele ato administrativo. Como o direito de extensão não fora sequer conhecido no item anterior, a segunda perícia será aqui considerada apenas no que concerne aos lucros cessantes.

A seu tempo, o perito judicial utilizou-se de metodologia consistente e técnica, o que resultou no valor total da área desapropriada de R$ 857.485,15 (oitocentos e cinquenta e sete mil quatrocentos e oitenta e cinco reais e quinze centavos), e ainda o lucro cessante no valor de R$ 248.596,24 (duzentos e quarenta e oito mil quinhentos e noventa e seis reais e vinte e quatro centavos). A propósito, a metodologia científica aplicada é a que melhor atende ao dever constitucional da justa indenização, mesmo que eventualmente venha a resultar em valor de grande monta, não merecendo procedência as alegações das partes em seu desfavor.

[…]

No entanto, o julgador não está adstrito apenas ao laudo apresentado pelo perito, podendo se valer de outros elementos probantes para firmar o seu convencimento, como por exemplo o valor declarado pelo contribuinte para fins do cálculo do imposto territorial rural (ITR), já que a incidência desse tributo, e o seu efetivo recolhimento aos cofres públicos, toma por base o valor venal do imóvel, a qual, por sua vez, usa como um dos parâmetros a declaração do ITR.

A parte requerida apresentou às fls. 73/78 declaração do ITR, exercício 2008, bem como apresentou algumas declarações anteriores ao ano do decreto expropriatório às fls. 886/902, referente à área total da propriedade situada no Sítio Pombas, Município de Umari, dentro da qual está a porção objeto da presente desapropriação.

Todavia, vê-se que, a partir do ano em que publicado o referido decreto, houve uma supervalorização do imóvel, cujo valor vinha sendo declarado para fins de ITR no montante de R$ 100.000,00, passando à astronômica cifra de R$ 3.450.000,00 a partir da declaração do exercício de 2008, que fora o mesmo ano de publicação do citado decreto expropriatório, motivo pelo qual fica inviável a aplicação desse elemento para a formação da convicção deste magistrado, restando apenas os laudos periciais oficiais.

> *Com isso, entendo que a robustez dos laudos apresentados e a técnica neles empregada faz presumir que a área expropriada efetivamente valia, em 25 de julho de 2012, data da realização da primeira perícia, R$ 857.485,15 (oitocentos e cinquenta e sete mil quatrocentos e oitenta e cinco reais e quinze centavos), valor esse que ora acato como sendo o mais justo para fins de pagamento da área objeto do decreto expropriatório ng 29.285, de 13 de maio de 2008, do Governo do Estado do Ceará, deixando de acolher as avaliações apresentadas pelos assistentes técnicos das partes por entender que os parâmetros empregados pelo perito judicial são os que mais se aproximam do justo preço, previsto constitucionalmente.*
> *Ressalto que sobre esse valor deve ser somada a correção monetária e os juros compensatórios e moratórios, bem como os lucros cessantes, devidamente apurados através da segunda perícia, realizada nestes autos.*
> *(sentença ação de desapropriação processo nº. 0000057-58.2010.8.06.0217 – fls. 1190/1192, Vara Única Vinculada de Umari, 09/09/2002) (sublinhados e negritos nossos).*

Ao observar todas as avaliações e perícias realizadas pelos expertos não se registra qualquer elemento que consigne o valor da terra nua do imóvel, cobertura vegetal, construções, benfeitorias e instalações se encontrem atrelados ou vinculados ao valor atribuído ao Imposto Territorial Rural - ITR, como apontado pelo Magistrado.

Há de se esclarecer que o aludido tributo possui como base de cálculo o valor do imóvel por natureza, vale dizer, o valor da terra nua, nele não compreendido o valor de construções, instalações, benfeitorias etc. Para que não pairem dúvidas acerca da apuração do ITR, transcrevo o art. 10, da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, em que prescreve os elementos que devem ser considerados no cálculo do referido imposto:

> Art. 10. A apuração e o pagamento do ITR serão efetuados pelo contribuinte, independentemente de prévio procedimento da administração tributária, nos prazos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, sujeitando-se a homologação posterior.

§ 1º Para os efeitos de apuração do ITR, considerar-se-á:
*I - VTN, o valor do imóvel, **excluídos os valores relativos a**:*
a) construções, instalações e benfeitorias;
b) culturas permanentes e temporárias;
c) pastagens cultivadas e melhoradas;
d) florestas plantadas;
*II - área tributável, a área total do imóvel, **menos as áreas**:*
a) de preservação permanente e de reserva legal, previstas na Lei no 12.651, de 25 de maio de 2012; (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013) (Vide art. 25 da Lei nº 12.844, de 2013)
b) de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, assim declaradas mediante ato do órgão competente, federal ou estadual, e que ampliem as restrições de uso previstas na alínea anterior;
c) comprovadamente imprestáveis para qualquer exploração agrícola, pecuária, granjeira, aqüícola ou florestal, declaradas de interesse ecológico mediante ato do órgão competente, federal ou estadual;
d) sob regime de servidão ambiental; (Redação dada pela Lei nº 12.651, de 2012).
e) cobertas por florestas nativas, primárias ou secundárias em estágio médio ou avançado de regeneração; (Incluído pela Lei nº 11.428, de 2006)
f) alagadas para fins de constituição de reservatório de usinas hidrelétricas autorizada pelo poder público. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)
III - VTN, o valor da terra nua tributável, obtido pela multiplicação do VTN pelo quociente entre a área tributável e a área total;
*IV - área aproveitável, a que for passível de exploração agrícola, pecuária, granjeira, aqüícola ou florestal, **excluídas as áreas**:*
a) ocupadas por benfeitorias úteis e necessárias;
b) de que tratam as alíneas do inciso II deste parágrafo; (Redação dada pela Lei nº 11.428, de 2006)
V - área efetivamente utilizada, a porção do imóvel que no ano anterior tenha:
a) sido plantada com produtos vegetais;
b) servido de pastagem, nativa ou plantada, observados índices de lotação por zona de pecuária;
c) sido objeto de exploração extrativa, observados os índices de rendimento por produto e a legislação ambiental;

> *d) servido para exploração de atividades granjeira e aqüícola;*
> *e) sido o objeto de implantação de projeto técnico, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993;*
> *VI - Grau de Utilização - GU, a relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável.*

Como pode-se antever da legislação que regra o ITR, não devem ser considerados vários elementos que foram trazidos pelos peritos em suas colocações, de modo a alcançar o valor indenizatório final. De acordo com a doutrina de Costa (Machado Machado, Antônio Cláudio da Costa. Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. rev. e atual. Barueri, SP : Manole, 2010) a prova pericial é a que se obtém "por meio de um laudo que contém declaração de ciência e afirmação de juízo de valor a respeito de fato litigioso realizada por especialista em determinado ramo do conhecimento humano".

Ressalte-se, no entanto, que o julgador afastou as conclusões periciais sob convicção equivocada, utilizando-se de elementos acerca da incidência do ITR que não podem fundamentar isoladamente o afastamento do estudo técnico viabilizado pelo perito judicial, acarretando violação ao preceito do art. 479, do CPC, pois restou desprezado o método utilizado pelo perito, o qual atribuiu valores específicos a cobertura vegetal, construções, benfeitorias e instalações, os quais não podem ser considerados na apuração do ITR.

De outra sorte, os recorrentes não conseguiram demonstrar a contento em suas premissas recursais qualquer vício ou pecha em que se possa fundamentar o afastamento das conclusões do experto judicial após a retificação ensejada pelas partes.

Sob tais fundamentos, creio que a recusa ao laudo final apresentado pelo perito deve ser corrigida por esta Corte, devendo-se serem utilizadas as conclusões apresentadas nos fólios processuais constantes às fls. 768/862, com as correções apontadas às fls. 967/980, resultando no montante indenizatório de **R$ 1.390.700,74 (um milhão, trezentos e noventa mil, setecentos reais e setenta e quatro centavos)** a servir como parâmetro indenizatório da presente desapropriação.

V – Dos juros moratórios, juros compensatórios, correção monetária e dos lucros cessantes.

O Magistrado, ao prolatar sentença, definiu os valores indenizatórios, acrescidos de lucros cessantes, correção monetária, juros compensatórios e juros moratórios da seguinte maneira:

> *Diante do exposto, RESOLVO O MÉRITO DA PRESENTE DEMANDA, nos termos do art. 269, I, primeira parte, do Código de Processo Civil, pelo que julgo PROCEDENTE o pedido de desapropriação para incorporação definitiva ao patrimônio do Estado do Ceará da área imobiliária objeto desta ação, incluída no art. 1º, do Decreto Expropriatório nº 29.285, de 13 de maio de 2008, emitido pelo Governo do Estado do Ceará, cuja área é de 489,07 hectares (perímetro de 14.776.65m), encravada no Sítio Pombas, Município de, limitando-se ao norte, com o Riacho Jenipapeiro, ao sul, com a área remanescente, pertencente ao Espólio de Joaquim Rolim de Moura, ao leste, com o lote 15, pertencente a Helder Ferreiro de Moura, com o lote 17, de propriedade de José Olímpio Moura Rocha, com o lote 18, pertencente a Gilvandro Moura, bem como a área remanescente do Espólio de Joaquim Rolim de Moura, ao oeste, com o lote 13, pertencente a Raimundo Guedes Moreira; mediante o pagamento de justa indenização, nos termos da Carta Magna, que fixo em R$ 857.485,15 (oitocentos e cinquenta e sete mil quatrocentos e oitenta e cinco reais e quinze centavos), valor de 25 de julho de 2012, data da realização da perícia, somado à quantia equivalente aos l**ucros cessantes**, que alcança R$ 248.596,24 (duzentos e quarenta e oito mil quinhentos e noventa e seis reais e vinte e quatro centavos), valor de 28 de fevereiro de 2014, data da realização da segunda perícia (referente aos lucros cessantes), totalizando a soma indenizatória de R$ 1.106.081,39 (hum milhão, cento e seis mil, oitenta e um reais e trinta e nove centavos) desse total devendo ser descontada a quantia já depositada em juízo pelo expropriante (conta judicial ID n2 04007460001101221-7, agência 0746, da Caixa Econômica Federal fls. 40), quantia a ser destinada aos espólios de Joaquim Rolim de Moura e de*

> *Maria Rocha de Moura, integrantes do polo passivo desta ação. Determino ainda que o valor remanescente da área expropriada, bem como o valor equivalente aos lucros cessantes, sejam atualizados monetária e respectivamente a partir de 25 de julho de 2012, em relação ao primeiro valor, e 28 de fevereiro de 2014, em relação ao segundo, datas das realizações das perícias, ambos acrescidos de* ***juros compensatórios****, incidentes sobre a diferença entre o valor ofertado inicialmente, objeto do depósito judicial de fls. 40, e o valor total da indenização fixado na presente sentença, na proporção de 12% (doze por cento) ao ano até o trânsito em julgado (súmula n° 618 STF; ADIn n° 2.332-2-DF; súmula n° 69- STJ; RESP 638.859-CE). Os juros moratórios, em 6% (seis por cento) ao ano, incorrem a partir de 1° de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito (STJ, RESP 66.372-RN, rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento em 9.8.2005, DJ 29.8.2005, pág. 170), nos termos do art. 100 da Constituição, à luz do art. 15-B do Decreto-lei nº 3.365/41, com a redação conferida pela MP 1.577, de 11 de junho de 1997 e sucessivas reedições, observando-se que não constitui a malfadada capitalização de juros a aplicação cumulativa dos juros moratórios e dos compensatórios, conforme já decido pelo STJ na súmula n°102 e em virtude da natureza diversa dos dois institutos.*

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado quanto a vedação de cumulação de juros compensatórios e lucros cessantes, uma vez que ambos configuram mesma espécie de mitigação dos prejuízos resultantes do desapossamento imediato, sendo claro que os juros compensatórios englobam os lucros cessantes, de acordo com entendimento jurisprudencial. Sobre o tema, colaciono precedentes neste sentido:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE.
> *DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO.*
> *PARÂMETRO. LAUDO PERICIAL. INADEQUAÇÃO DOS CRITÉRIOS E DA METODOLOGIA ADOTADOS.*

IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DO ACERVO PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. CONDENAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS E LUCROS CESSANTES. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA SEMELHANTE. CARACTERIZAÇÃO DE "BIS IN IDEM".

1. Não é cognoscível o recurso especial para o exame da justeza da indenização arbitrada em ação de desapropriação quando a verificação disso exigir a revisão e a reinterpretação dos critérios e da metodologia utilizados nos laudos do assistente técnico e do perito judicial. Inteligência da Súmula 07/STJ.

*2. **São inacumuláveis na ação de desapropriação a condenação em juros compensatórios e em lucros cessantes. Jurisprudência pacificada com o julgamento dos EREsp 1.190.684/RJ (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 09/05/2012, DJe 02/08/2012).****

3. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa extensão, provido.

(REsp 1689308/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017) (grifos e sublinhados nossos).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO PARA UTILIDADE PÚBLICA. JUSTA INDENIZAÇÃO. ACRÉSCIMO DETERMINADO PELA SENTENÇA COM SUPEDÂNEO NO LAUDO PERICIAL. PAGAMENTO POR MEIO DE PRECATÓRIO. ART. 15-A DO DECRETO-LEI N. 3.365/1941. ***IMPOSSIBILIDADE DE HAVER CUMULAÇÃO DE JUROS COMPENSATÓRIOS COM LUCROS CESSANTES.*** *RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO, PARCIALMENTE DIVERGINDO DO RELATOR, SR. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO.*

(REsp 1588342/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 12/09/2016).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC.

NÃO-OCORRÊNCIA. DESAPROPRIAÇÃO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. ART. 27, § 1º, DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41. CUMULAÇÃO DE LUCROS CESSANTES E JUROS

COMPENSATÓRIOS. INCABÍVEL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC na hipótese em que a Corte de origem manifesta-se explicitamente sobre as questões embargadas, no caso, a distribuição dos ônus da sucumbência e a impossibilidade da cumulação de juros compensatórios com lucros cessantes.

2. Consoante se extrai dos autos, o valor da condenação (R$ 25.266, 26) foi superior ao que se ofertou inicialmente (R$ 9.741,73), inexistindo qualquer outro elemento a justificar a repartição dos ônus processuais, a fim de afastar a incidência da regra insculpida nos arts. 27, § 1º e 30 do Decreto-Lei nº 3.365/41.

*3. **É incabível a cumulação dos lucros cessantes com os juros compensatórios nas ações de desapropriação, porquanto estes abrangem aqueles.***

4. Falta interesse de agir no recurso especial quando o acórdão recorrido julgou a controvérsia no interesse do recorrente.

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp 1061008/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 16/05/2011) (grifos e sublinhados nossos).

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. UTILIDADE PÚBLICA. PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 07/STJ. *JUROS COMPENSATÓRIOS CUMULADOS COM LUCROS CESSANTES.*

IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, DO CPC. INEXISTÊNCIA.

1. O recurso especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático- probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula 07/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

2. In casu, as conclusões da Corte de origem no sentido de que laudo pericial refletiu a justa indenização resultaram do exame de todo o conjunto probatório carreado nos presentes autos. É que o aresto recorrido assentou, verbis: "(...) Entendo, data venia, que a indenização fixada mostra-se justa. O que pretendem os apelantes é fazer prevalecer os laudos por eles

apresentados e que divergem muito daquele apresentado pelo perito oficial. O criterioso laudo pericial oficial classificou as terras após vistoria in loco, utilizando-se de metodologia comparativa, pesquisando, ainda, as benfeitorias inutilizadas e da ociosidade das remanescentes em face da diminuição da capacidade de produção das terras, lucros cessantes decorrentes das perdas da produção leiteira e colheita de milho já que a parte do imóvel desapropriado proporcionava aos réus rendimentos dessas atividades. O laudo complementar foi realizado sob o crivo do contraditório, concedendo às partes oportunidade para apresentaram quesitos e assistentes, apontando valor justo, admitido pelo julgador e que deve prevalecer (..)". (fl. 573).

3. Consectariamente, infirmar referida conclusão implicaria sindicar matéria fática, interditada ao E. STJ em face do enunciado sumular n.º 07 desta Corte.

4. ***A indenização devida em ação de desapropriação não comporta a cumulação, sob pena de bis in idem dos lucros cessantes e dos juros compensatórios. Precedentes: REsp 509854/RS, DJ 17.04.2007; REsp 662859/SP, DJ 13.03.2006; REsp n. 39.842, DJ 30.05.1994; AgRg no Ag n. 342.117, DJ 5.11.2001; REsp n. 78.474, . DJ 30.9.1996.***

5. O depósito prévio não inibe os juros compensatórios, porquanto visam implementar a perda antecipada da propriedade, salvo se houver coincidência entre o valor do depósito preliminar e o da sentença final. Assim, os juros compensatórios devem incidir sobre a diferença eventualmente apurada entre oitenta por cento (80%) do preço ofertado em juízo percentual máximo passível de levantamento, nos termos do art. 33, § 2º, do Decreto-Lei 3.365/41 e o valor do bem fixado na sentença, conforme decidido pela Corte Suprema no julgamento da aludida ADIn 2.332-2/DF, pois é essa a quantia que fica efetivamente indisponível para o expropriado. Precedentes: (REsp 650727/TO, DJ. 03.08.2006; REsp 609188/SP, DJ. 24.10.2005; REsp 621.949/RJ, DJ. 6.9.2004).

6. Inexiste ofensa do art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. 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, nessa parte, provido.*
> *(REsp 866.685/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/04/2008, DJe 14/05/2008) (grifos e sublinhados nossos).*

Esta Corte de Justiça também possui julgado em semelhante sentido:

> CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. DANO MORAL. PEDIDO ESTRANHO À AÇÃO EXPROPRIATÓRIA. NÃO CONHECIMENTO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO JUSTO PREÇO. PROVA PERICIAL. VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. LAUDO CONFECCIONADO SEGUNDO AS REGRAS DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). LUCROS CESSANTES E JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS. DATA INICIAL DA CONTAGEM E ÍNDICES A SEREM UTILIZADOS. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. PERCENTUAL RETIFICADO. CONDENAÇÃO DO RÉU NA PARTE DECAÍDA. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA PARCIALMENTE PROVIDAS. APELAÇÃO DO EXPROPRIADO DESPROVIDA.
> *1- Em sede de ação desapropriatória, não há espaço para a discussão de questões que não digam respeito estritamente à existência de vícios no processo judicial ou à impugnação do preço ofertado, conforme dicção do art. 20 do Dec.-lei nº 3.365/1941. Portanto, não há de ser conhecido o pedido do réu de condenação da Fazenda Pública em dano moral, por absoluta falta de interesse processual.*
> *2- Diferentemente do defendido pelos apelantes, o laudo pericial foi elaborado por profissional habilitado, obedecendo a critérios estipulados nas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), com fundamentação lastreada*

em elementos objetivos para avaliar o imóvel expropriado. Acerca da utilização das normas da ABNT nas desapropriações, entende a jurisprudência que estas não são cogentes e não têm o condão de vincular o perito ou o Julgador. O que se exige do laudo de avaliação é que se baseie em elementos de boa técnica e metodologia aceitável, capazes de aferir o justo preço exigido pela Constituição Federal.

*3- **Consoante pacífica e iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na forma do art. 15-A da Lei Geral das Desapropriações, a fim de evitar-se o bis in idem, são inacumuláveis, na condenação em processo de desapropriação, os juros compensatórios e os lucros cessantes. Precedentes do STJ.***

4- Nada obstante a previsão constitucional de que nas desapropriações por utilidade pública a indenização deve ser paga previamente e em dinheiro (art. 5º, XXIV, da CF), o Supremo Tribunal Federal entende que o pagamento de eventual indenização complementar a que o ente público é condenado judicialmente deve ocorrer mediante precatório.

5- O STJ já decidiu que a indenização pela terra nua abrange também a cobertura florística, ressalvando-se a avaliação em separado desta última nas hipóteses em que ficar comprovada sua efetiva e lícita exploração econômica pelo proprietário expropriado, inclusive com autorização dos órgãos ambientais competentes.

6- Os juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano, são devidos a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, em consonância com o disposto no art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/1941 e na Súmula Vinculante 17 do STF.

7- A correção monetária há de ser calculada a partir do laudo de avaliação até a data do efetivo pagamento da indenização (Súmula 561 do STF), devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez.

8- O ente público imitido na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso poderá requerer a abertura de matrícula com base em planta e memorial descritivo (art. 176, § 8º, da Lei nº 6.015/1973).

9- A verba honorária há de ser calculada entre 0,5% a 5% sobre o valor da diferença entre a oferta e a indenização fixada

em juízo, a teor do disposto no § 1º do art. 27 do Decreto-lei nº 3.365/1941. No caso concreto, o arbitramento da verba honorária no percentual máximo de 5% (cinco por cento) não deve prosperar, porquanto fixado à míngua de fundamentação legal (§§ 3º e 4º do art. 85 do CPC). Considerando os requisitos do § 2º do art. 85 do CPC, há de ser reduzido para 1% (um por cento), percentual que se revela apto a remunerar a atividade exercida no feito pelo advogado do réu, sem se mostrar exorbitante ou aviltante.

10- Na forma do art. 5º, inciso I, da Lei Estadual nº 16.132/2016, são isentos do pagamento de despesas processuais a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações, de maneira que a sentença também nessa medida há de ser reparada.

11- Apelação do réu conhecida e desprovida. Recurso do ente público e remessa necessária parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e decisão unânime, em conhecer do apelo do réu para negar-lhe provimento e do recurso da Fazenda Pública e da remessa necessária para dar-lhes parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 27 de novembro de 2017

Desembargador FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

Relator

(Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; Comarca: Umari;Órgão julgador: 1ª Câmara Direito Público;Data do julgamento: 27/11/2017;Data de registro: 27/11/2017) (grifos e sublinhados nossos).

Nesta senda, a sentença deve ser retificada, de modo a serem expurgados os lucros cessantes definidos aos expropriados, pois incompatíveis aos termos do art. 15-A, do Decreto-Lei nº 3.365/41 e da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o qual entende que a cumulação dos lucros cessantes e dos juros compensatórios acarreta oneração em demasia do Ente expropriante.

A autoridade judiciária de piso aplicou ***juros compensatórios*** de 12% (doze por cento) ao ano até o trânsito em julgado, em consonância a Súmula nº 618, do STF ("Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12%, (doze por cento) ao ano"); e a Súmula nº 69, do STJ ("Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse, e na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel); e o julgamento da ADIn nº 2.332-2-DF e RESP 638.859-CE; e, posteriormente, ***juros moratórios*** no patamar de 6% (seis por cento) ao ano, a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, conforme art. 15-B do Decreto-lei 3.365/41, introduzido pela Medida Provisória 1.997-34, de 13.01.2000, e nos moldes do REsp 1.118.103/SP, submetido ao regime do art. 543-C, do CPC.

Ressalte-se como restou delineado no teor do REsp 1.118.103/SP, não há que se tratar de cumulação de juros moratórios e juros compensatórios, pois os juros moratórios somente são devidos a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte ao que deveria ser quitado o correspondente precatório. Já os juros compensatórios somente incidirão até a expedição do precatório original. Colaciono trecho do voto do saudoso Ministro Teori Albino Zavascki:

> [...]
> *Impertinente, por outro lado, a discussão a respeito de possível anatocismo decorrente da cumulação de juros moratórios e juros compensatórios. É que, no atual quadro normativo, essa hipótese já não mais se verifica. Conforme antes assentado, os juros moratórios, atualmente, somente são devidos a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte ao que deveria ser quitado o correspondente precatório. Ora, nesse período, já não haverá incidência de juros compensatórios, que somente incidirão até a expedição do precatório original, conforme jurisprudência firmemente assentada em ambas as Turmas da 1ª Seção, como se pode verificar, v.g., dos seguintes precedentes:*
> *[…]*
> *Esse mesmo entendimento está agora confirmado pelo § 12 do art. 100 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 62, de 09.12.09, a saber:*
> § 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até

> o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.
>
> Cumpre anotar que o regime de encargos previstos nesse § 12 é aplicável tanto em relação aos requisitórios comuns submetidos ao art. 100 da CF, como também aos devidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, submetidos ao sistema especial de pagamento instituído no art. 97 do ADCT, acrescido pela referida EC 62/09, que assim dispõe:
>
> Art. 97 Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional.
> *[...]*

A ***correção monetária***, estipulada pelo Magistrado a incidir a partir de 25 de julho de 2012, deve ser calculada a partir do laudo de avaliação até a data do efetivo pagamento da indenização, de acordo com o teor da Súmula 561, do STF, estando correto o marco temporal indicado.

Assim, os delineamentos fixados pelo Magistrado quanto aos percentuais dos juros compensatórios, moratórios e correção monetária, bem como seus termos iniciais, encontram-se completamente escorreitos, não havendo que se retificar a sentença vergastada nestes pontos.

Por fim, há de se consignar que o Supremo Tribunal Federal esposou entendimento no julgamento do RE 922.144/RG, da Relatoria do Min.

Roberto Barroso, em 29/10/2015, apontando subsistir plena compatibilidade da garantia da justa e prévia indenização em dinheiro (CF/88, art. 5º, XXIV) com o regime de precatórios (CF/88, art. 100), sendo tal entendimento consolidado pelo Tema 865 das teses de Repercussão Geral. Portanto, o pagamento de eventual indenização complementar deve ocorrer mediante precatório.

VI – Dos honorários advocatícios.

O Magistrado estipulou a condenação do Ente expropriante aos honorários advocatícios no patamar de 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre o valor total da indenização, excluídas as atualizações, a teor da Súmula de nº 141, do STJ ("Os honorários de advogado em desapropriação direta são calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidas monetariamente") e da Súmula nº 617, do STF ("A base de cálculo dos honorários de advogado em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas ambas monetariamente").

Em razão do disposto no § 1º do art. 27 do Decreto-lei nº 3.365/1941, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001, e a interpretação concedida pela ADIN nº 2.332-2, a verba honorária deve ser calculada entre os percentuais de 0,5% a 5% sobre o valor da diferença entre a oferta e a indenização fixada em juízo. O arbitramento da verba honorária no percentual máximo de 5% (cinco por cento) não deve prosperar, porquanto fixado à míngua de fundamentação legal (§§ 3º e 4º do art. 85 do CPC).

Considerando os requisitos do § 2º do art. 85 do CPC, deve ser reduzido para o percentual de 2% (dois por cento), montante que se revela apto a remunerar a atividade profissional exercida no feito pelo(s) advogado(s) do réu(s), sem se mostrar exorbitante ou aviltante.

VII – Da concessão da justiça gratuita sob condição suspensiva.

Por fim, acolhe-se a gratuidade judiciária perseguida pelos Espólio de Joaquim Rolim de Moura e Espólio de Maria Rocha de Moura, sem prejuízo das obrigações decorrentes de sua sucumbência permanecerem

sob condição suspensiva de exigibilidade, possibilitando-se serem executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações dos Espólios beneficiários.

VII - Do dispositivo.

Pelas razões acima expendidas, **CONHEÇO** dos apelos e da Remessa Necessária, para **DAR PARCIAL PROVIMENTO** a Remessa Necessária e ao apelo ajuizado pelo **Espólio de Joaquim Rolim de Moura e Espólio de Maria Rocha de Moura** e ao apelo apresentado pelo **Estado do Ceará**, acolhendo-se a postulação dos Espólios, de modo a admitir o laudo final apresentado pelo perito, com as correções e retificações apontadas em laudo posterior, resultando no montante indenizatório de R$ 1.390.700,74 (um milhão, trezentos e noventa mil, setecentos reais e setenta e quatro centavos) a servir como parâmetro indenizatório da presente desapropriação.

Contudo, retifica-se a condenação fixada em sentença de modo a retirar a estipulação ao Ente Público pelos lucros cessantes, pois incompatível de ser cumulada aos juros compensatórios, premissa pacificada na jurisprudência pátria de acordo com o julgamento do EREsp 1.190.684/RJ (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 09/05/2012, DJe 02/08/2012). De igual modo, repele-se a pretensão do Direito de extensão arguido em razão da omissão dos Espólios recorrentes em tecerem seus pleitos em momento oportuno, uma vez já acolhido pelos Expropriados os limites da desapropriação definidos preteritamente.

Elucidam-se os termos do julgado de modo a consignar que o Supremo Tribunal Federal esposou entendimento no julgamento do RE 922.144/RG, da Relatoria do Min. Roberto Barroso, em 29/10/2015, apontando subsistir plena compatibilidade da garantia de justa e prévia indenização em dinheiro (CF/88, art. 5º, XXIV) com o regime de precatórios (CF/88, art. 100), sendo tal entendimento consolidado pelo Tema 865 das teses de Repercussão

Geral, e portanto, o pagamento de eventual indenização complementar deve ocorrer mediante precatório.

Emenda-se, também, a condenação do Ente expropriante aos honorários advocatícios, devendo ser considerados os requisitos do § 2º do art. 85 do CPC, minorando-se para o percentual de 2% (dois por cento), montante que se revela apto a remunerar a atividade profissional exercida no feito pelo(s) advogado(s) do réu(s), sem se mostrar exorbitante ou aviltante.

Mantém-se as demais delineamentos fixados pelo Magistrado a quo, quanto aos percentuais dos juros compensatórios e moratórios, bem como seus termos iniciais, não havendo que se retificar a sentença vergastada nestes pontos.

Por fim, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso apelatório ofertado pelo **Banco do Nordeste do Brasil S/A** denegando-se o pedido de habilitação de crédito referente ao imóvel desapropriado, uma vez que a hipoteca pactuada recaiu no imóvel de Matrícula n°. 351, registrado no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Baixio-CE, e a área a ser desapropriada, encontra-se sob as Matrículas nº 147, 148 e 416, no Cartório de Registro Imobiliário do 2º Ofício da Comarca de Umari-CE.

É como voto.

Fortaleza, 7 de março de 2018.

PROCESSO: 0001030-67.2000.8.06.0183 - APELAÇÃO
APELANTE:FRANCISCA MARLENE CABRAL RIBEIRO
APELADO:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, DANO AO ERÁRIO E DOLO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA CASSADA. IMPROCEDÊNCIA DA ACP.

1. Cuida-se de Recurso de Apelação Cível com vistas a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa e condenou a ré por ato de improbidade administrativa em razão do não repasse dos valores consignados a título de ISS ao Fundo Geral do Município de Abaiara, decretando a suspensão dos direitos políticos por 5 anos; determinando o ressarcimento integral do dano a que deu causa, no valor de R$ 8.515,84 (oito mil, quinhentos e quinze reais e oitenta e quatro centavos), bem como o pagamento de multa no valor correspondente a duas vezes o dano causado. Em suas razões, alega a impossibilidade condenação com base apenas no julgamento realizado pelo TCM, utilizando-se dos documentos ali confeccionados como prova emprestada; refere-se ao *bis in idem*, em razão de ter sido condenada quando da apreciação das contas pelo TCM; e, por fim, aduz inexistir qualquer comprovação de dolo por parte da ré.

2. A questão devolvida a apreciação cinge-se na condenação da ré, que no ano de 2002 exerceu o cargo de Secretária de Saúde do Município de Abaiara, por ato de improbidade decorrente do não repasse ao Fundo Geral do Município de consignações do ISS.

3. Possível a utilização dos documentos e do julgamento realizado pela Corte de Contas Municipais para instruir e formar o convencimento do magistrado em sede de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade. Inexiste violação ao contraditório e ampla defesa.

4. Não configura *bis in idem* a coexistência de acórdão condenatório do Tribunal de Contas, título executivo extrajudicial, e a sentença condenatória em ação civil pública de improbidade administrativa. Precedentes.

5. Quando do enquadramento de determinado ato como ato de improbidade, há que se ter em mente se a conduta desempenhada pelo agente efetivamente se mostra apta a criar prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito do gestor ou se fere quaisquer dos princípios que norteiam o Direito Administrativo.

6. No caso em comento, dessume-se dos autos, em especial da petição inicial apresentada pelo representante do Ministério Público, que tal ato, por si só, não teve o condão de causar dano ao erário, posto que apenas e tão somente deixou-se de repassar o montante de R$8.515,84 (oito mil, quinhentos e quinze reais e oitenta e quatro centavos) do Fundo Municipal de Saúde para o Fundo Geral do Município de Abaiara.

7. Não se pode perder de vista que o montante consignado a título de ISS não deixou os cofres públicos municipais, permanecendo junto ao Fundo Municipal de Saúde que, apenas, não lhe encaminhou ao destino correto, mas também dele não se apropriou ou utilizou, o que demonstra, isso sim, inabilidade do gestor. A partir daí, já se pode referir a impropriedade da tipificação da conduta desempenhada pela ré entre aquelas descritas no art. 10 da Lei 8.429/92.

8. O enquadramento da conduta da ré em uma das hipóteses legais previstas no art. 11 da LIA requer conduta dolosa, ou seja, que a atitude por ela tomada tenha por finalidade deliberada, o ferimento a um princípio da administração pública, não bastando, como dito acima, apenas a apresentação de uma irregularidade. Destaque-se, outrossim, que referido dolo pode inclusive ser genérico, mas deve estar comprovado nos autos, o que não é o caso. Precedentes.

9. Recurso de Apelação conhecido e provido, cassando a sentença apelada e julgando improcedente a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa intentada pelo Ministério Público em desfavor de Francisca Marlene Cabral Ribeiro.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Eg. Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer do recurso para dar-lhe provimento, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 26 de novembro de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Apelação Cível com vistas a reforma da sentença proferida pelo magistrado atuante na Vara Única da Comarca de Abaiara e que julgou parcialmente procedente a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ contra FRANCISCA MARLENE CABRAL RIBEIRO.

Em sua inicial, alega o douto representante do Ministério Público, em resumo, que a provida exerceu o cargo de Secretária de Saúde do Município de Abaiara no ano de 2002. Afirma que as contas da ré foram apreciadas pelo TCM e julgadas irregulares. Alega que as irregularidades encontradas consistiram, em resumo, no não repasse de consignações realizadas a título de ISS, INSS e IRPF, bem como atraso na prestação das contas. Refere-se, por isso, ao fato de que necessária a aplicação de sanção por ato de improbidade em razão das condutas tipificadas no art. 10, XI e no art. 11, II, da Lei 8.429/92.

Em sua defesa prévia, fls. 120/126, refere-se, preliminarmente, a ré a incompetência da Justiça Estadual em relação às verbas não repassadas do INSS e do IRPF, por serem recursos federais. Ainda, alega que em relação ao ISS, o não repasse constitui mera irregularidade, passível de ser sanada por meio de emissão de Documento de Arrecadação Municipal – DAM, de responsabilidade do contribuinte. Por fim, refere-se a inexistência de improbidade em relação ao atraso na prestação das contas.

Contestação não apresentada, consoante documentos juntados às fls. 160/164.

Em apreciação a causa, fls. 204/211, o magistrado *a quo*entendeu por sua incompetência para apreciação dos fatos referentes ao não repasse dos valores consignados a título de INSS e IRPF. Por seu turno, entendeu pela improcedência da ação quanto à intempestividade da prestação de contas. Por fim, condenou a ré por ato de improbidade administrativa em razão

do não repasse dos valores consignados a título de ISS ao Fundo Geral do Município de Abaiara.

Inconformada, a ré ingressou com o presente Recurso de Apelação Cível, fls. 217/220, por meio do qual refere-se, em resumo, a impossibilidade de sua condenação com base apenas e tão somente com base no julgamento realizado pelo TCM, utilizando-se dos documentos ali confeccionados como prova emprestada. Ainda, refere-se ao bis in idem, em razão de ter sido condenado quando da apreciação das contas pelo TCM. Por fim, aduz inexistir qualquer comprovação de dolo por parte da ré.

Contrarrazões às fls. 257/262.

Devidamente distribuído o feito perante este Eg. Tribunal de Justiça, foi ele encaminhado ao Douto representante do *Parquet*atuante no segundo grau que, no parecer juntado às fls. 275/279 ratificou o posicionamento apresentado pelo órgão de primeiro grau por ocasião das contrarrazões, com a consequente manutenção da sentença apelada.

É o relatório. Decido.

VOTO

Recurso que atende aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade e cabimento, o qual tomo conhecimento.

A questão trazida à discussão cinge-se no pleito realizado pelo Douto representante do Ministério Público Estadual em sede de Ação Civil Pública por ato de Improbidade protocolada em desfavor da recorrente, ex-titular do cargo de Secretária de Saúde do Município de Abaiara, no ano de 2002, a quem fora imputada inúmeras irregularidades, dentre as quais destaca-se o não repasse ao Fundo Geral do Município de consignações referentes ao Imposto de Renda, ao INSS e ao ISS, bem como não prestação de Contas.

O magistrado de piso, contudo, afastou a apreciação da matéria referente ao não repasse das consignações referentes ao IRPF e ao INSS, por entender ser assunto afeto à Justiça Federal.

Em relação à não prestação de contas referente ao ano de 2002, contudo, entendeu o magistrado pela improcedência do feito.

Por seu turno, entendeu o magistrado *a quo*pela condenação da ré por ato de improbidade, consistente no não repasse dos valores consignados a título de ISS.

Consoante relatado, apenas a ré apresentou Recurso de Apelação, posto que inconformada com sua condenação por ato de improbidade em decorrência do não repasse de valores consignados a título de ISS do Fundo Municipal de Saúde para o Fundo Geral Municipal.

Primeiramente, refere-se a impossibilidade de condenação com base apenas em prova emprestada, qual seja, o acórdão do Tribunal de Contas dos Municípios que desaprovou suas contas e aplicou multa administrativa.

Contudo, há que se ter em mente que referido procedimento administrativo teve normal seguimento junto àquela Corte de Contas, de sorte a ter sido proferido em estreita observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, o procedimento fora juntado em sua inteireza na presente Ação de Improbidade Administrativa, oportunidade em que pôde, mais uma vez, explicar-se ou irresignar-se aos termos ali contidos.

Assim, não há como acolher o argumento da ré de que impossível a utilização dos documentos e do julgamento realizado pela Corte de Contas Municipais, posto que referidos documentos sã, sim, necessários à instrução do feito e perfeitamente aptos a formar o convencimento do magistrado em sede de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade.

Ainda, refere-se a ré ao *bis in idem*, decorrente de duas condenações a ela aplicada, uma em sede administrativa, pelo TCM, e a outra no presente processo.

Ocorre que, as instâncias em referência são independentes e as punições por ato de improbidade podem dar-se de maneira dissociada uma da outra, sem que isso caracterize bis in idem.

O entendimento esposado pela recorrente diverge daquele firmado pelo STJ e pelo STF no sentido de que não configura *bis in idem* coexistência de acórdão condenatório do Tribunal de Contas, título executivo extrajudicial, e a sentença condenatória em ação civil pública de improbidade administrativa.

A esse respeito: **STJ** - 1633901/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 20/06/2017; **STJ** -Resp 1.135.858/TO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Dje 5.10.2009; **STJ** - 1.504.007/PI, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1º.6.2016; **STJ** -AgInt no REsp 1.535.577/AM, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 16.2.2017; **STF** -MS 26.969, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Acórdão Eletrônico DJe-244, public. 12.12.2014.

Agora, cumpre referir-se, em específico, ao acerto, ou não, do julgamento proferido pelo magistrado *a quo*e que condenou a ré por ato de improbidade administrativa, fundado nos arts. 10, *caput*, e 11, inciso II, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), em decorrência do não repasse dos valores a título de ISS.

Em suas razões recursais, em resumo, alega a ré que o recolhimento do ISS ao Fundo Geral Municipal pode ocorrer em qualquer momento, não havendo necessidade de realizar-se imediatamente após o pagamento do serviço realizado, além do que refere-se ao fato de inexistir dolo na sua conduta.

É sabido que o conceito de ato de improbidade administrativa passa pela discussão acerca de sua abrangência, de sorte a que se defina se qualquer ilegalidade cometida por agente público pode, e deve, ser taxada de ato de improbidade administrativa.

Decerto o ato de improbidade administrativa, conceito comum na doutrina e jurisprudência, é "*todo aquele que, à custa da Administração Pública e do interesse público, importa em enriquecimento ilícito (art.9º); que causa prejuízo ao erário (art. 10) e que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11)*". (Curso de Direito Administrativo, JÚNIOR, Dirley da Cunha, Ed. JusPodivm, 7. Ed. 2009, pág. 550)

Contudo, consoante se vê, constitui-se conceito vago, em especial quando se direciona o olhar para a condenação dos gestores por ato que viole os princípios administrativos.

O que se extrai da leitura dos arts. 9º, 10 e 11, da Lei 8.429/92, por certo, é que existe, isso sim, uma gradação de gravidade das condutas ali

descritas, começando pelas mais graves, que apontam para um enriquecimento ilícito do gestor, passando pelas que causam dano ao erário e findando naqueloutras que ferem os princípios de Direito Administrativo.

Tal equacionamento, por certo, deve estar presente quando da análise da conduta desempenhada pelo gestor, de sorte a que se evite punições desproporcionais, que, a bem da verdade, escoimada no pensamento míope em "fazer justiça" e "dar exemplo", firam as garantias dos réus, em especial, da tipicidade da conduta, da proporcionalidade e individualização da pena, da ampla defesa e do contraditório, dentre outras.

A esse respeito, assim manifesta-se MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS:

> A Lei de Improbidade veio à superfície com a finalidade de combater atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública.
> Todavia, como a lei em comento possui comandos muito abertos, é necessário que haja uma certa prudência no seu ingresso para que não seja enfraquecida e se torne impotente, pelo excesso de sua utilização, para os casos que não comportem o devido enquadramento.
> Isso porque, o comando legal em questão se preocupou apenas em definir os tipos de improbidade administrativa (art. 9º, 10 e 11), sem, contudo, definir o que venha a ser ato ímprobo.
> (…)
> O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público. Meros equívocos formais ou inabilidade do agente público são insuficientes para justificar a possibilidade jurídica da ação de improbidade.
> (…)
> Assim, identificado um ato ilegal, por si só, não é conferida a legitimidade para o ingresso da ação de improbidade administrativa conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ, RESP 269683, Rel. Min. Lautita Vaz, 2ª Turma, DJ. 03/11/2004).

> (…)
> Ímproba é a conduta consciente do agente público em atentar contra a moralidade, demonstrada pela vontade específica de violar a lei. A intenção de fraudar a lei é condição subjetiva indispensável para o presente enquadramento, sob pena de vulgarização do que venha a ser o ato de improbidade administrativa, que, como visto, não se caracteriza como toda conduta ilegal, tem que estar presente a devassidão". (O Limite da Improbidade Administrativa. 3ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2006. p. 02/14)

Consoante se viu, não se pode taxar de ímproba qualquer conduta irregular, ou mesmo ilegal, realizada pelos gestores, sob pena de se criar uma conduta de medo em qualquer agente público, afastando, assim, os bons gestores.

A esse respeito, trago, ainda, o escólio do e. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

> "Deve-se reconhecer que é de manifesta relevância identificar os elementos que dão configuração ao ato de improbidade administrativa, para separá-lo, distingui-lo ou extremá-lo do ato ilegal que não é, só por essa qualidade de ilegal, também e automaticamente ato ímprobo, embora passível – e merecedor – de sanção jurídica o seu praticante, beneficiário ou autor.
> Assinale-se que a conceituação de ato de improbidade se mostra calcada em elementos extranormativos, sobretudo os de ordem política, moral e ética, mas de toda sorte permanece atual o desafio de separar os atos meramente ilegais, dos atos seguramente ímprobos, já que não se aceita – do ponto de vista da realidade empírica – e até por razões de ordem objetiva – que haja identidade entre essas duas categorias de atos praticados por servidor público: repita-se que nem toda ilegalidade é classificável como improbidade
> Se não se fizer a necessária distinção conceitual entre a ilegalidade e a improbidade, poder-se-á sugerir que sempre que for proclamada uma infração à lei – uma ilegalidade portanto – como quando se concede uma ordem de segurança ou de Habeas Corpus, por exemplo, se deverá, semente por

> isso, cogitar de submeter a autoridade impetrada à sanções da Lei 8.429/92, pois estaria a própria ilegalidade caracterizada automática e inequivocamente um ato ímprobo; vê-se que isso seria da mais evidente e manifesta absurdeza, daí a necessidade de identificar, com segurança, os elementos do ato de improbidade administrativa, em busca do seu injusto infracional ". (*in* Braves Estudos Sobre a Ação de Improbidade Administrativa. Fortaleza: Imprece. 2014. p. 98/99)

Decerto, há que se ter em mente quando do enquadramento de determinado ato como ato de improbidade, se a conduta desempenhada pelo agente efetivamente se mostra apta a criar prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito do gestor ou se fere, de maneira dolosa, um (uns) princípio(s) que norteiam o Direito Administrativo.

No caso em comento, especificamente a respeito do não repasse ao Fundo Geral do Município de Abaiara dos valores consignados a título de ISS junto ao Fundo Municipal de Saúde, dessume-se dos autos, em especial da petição inicial apresentada pelo representante do Ministério Público, que tal ato, por si só, não teve o condão de causar dano ao erário, posto que apenas e tão somente deixou-se de repassar o montante de R$8.515,84 (oito mil, quinhentos e quinze reais e oitenta e quatro centavos) do Fundo Municipal de Saúde para o Fundo Geral do Município de Abaiara.

Tal ato, por certo, é de responsabilidade do chefe da pasta da saúde municipal, cumprindo-lhe, efetivar os repasses com vistas a proporcionar ao Gestor Municipal o pleno cumprimento às determinações contidas na Lei Orçamentária Anual, a qual prevê destinação específica aos valores recolhidos a título de ISS.

Contudo, não se pode perder de vista que o montante consignado a título de ISS não deixou os cofres públicos municipais, permanecendo junto ao Fundo Municipal de Saúde que, apenas, não lhe encaminhou ao destino correto, mas também dele não se apropriou ou utilizou, o que demonstra, isso sim, inabilidade do gestor, em clara irregularidade procedimental, passível de reprimenda pelos órgãos fiscalizadores das contas.

Como visto, não é qualquer ilegalidade que dá ensejo a condenação do gestor por ato de improbidade. Deve-se ter em mente, isso sim, se a conduta desempenhada pelo gestor tem o condão de causar o seu enriquecimento ilícito, causar dano ao erário ou mesmo ferir os princípios administrativos.

No caso em comento, como se viu, inexistiu qualquer enriquecimento ilícito da ré, pelo menos não traz o representante do Ministério Público qualquer imputação a esse respeito. Além disso, inexistiu prejuízo ao erário, posto que, como dito acima, o montante consignado a título de ISS permaneceu junto aos cofres municipais.

A partir daí, já se pode referir a impropriedade da tipificação da conduta desempenhada pela ré entre aquelas descritas nos arts. 9º e 10 da Lei 8.429/92.

Com relação ao que prevê o art. 11, *caput* e inciso II, da Lei 8.429/92, há que se ter cautela ao aplicar as sanções da LIA aos gestores que supostamente violaram princípios da administração pública. No caso, refere-se o autor a uma suposta violação do inciso II, que assim prevê:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
> (…)
> II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

Decerto, o ato cometido pela ré, consistente no não repasse dos valores consignados a título de ISS do Fundo Municipal de Saúde para o Fundo Geral do Município de Abaiara, enseja uma irregularidade por omissão, mas nem de longe se apresenta como um ato de improbidade, posto que, além de perfeita e facilmente passível de ser sanado, em momento foi apresentado prejuízo aos cofres públicos, ainda que se saiba que os valores consignados não repassados ao Fundo Geral do Município poderiam ter destinação diferente, a depender da disposição constante na Lei Orçamentária Anual – LOA.

O enquadramento da conduta do gestor em uma das hipóteses legais previstas no art. 11 da LIA requer conduta dolosa, ou seja, que a atitude por ele tomada tenha por finalidade deliberada, o ferimento a um princípio da administração pública, não bastando, como dito acima, apenas a apresentação de uma ilegalidade. Destaque-se, outrossim, que referido dolo pode inclusive ser genérico, mas deve estar presente.

Cabia ao eminente membro do *Parquet*estadual apresentar de forma clara o dolo, ainda que genérico, da ré em desrespeitar o dever de repasse de verbas do Fundo Saúde Municipal para o Fundo Geral. Assim não agindo o autor, não se tem por comprovado o ato de improbidade, mas apenas uma irregularidade.

A esse respeito, WALDO FAZZIO JÚNIOR:

> É necessário que se adote muita cautela na compreensão das regras do art. 11, da LIA. Sua evidente amplitude constitui sério risco para o intérprete porque enseja radicalismos exegéticos capazes de acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, cometidas sem má-fé, que arranha os princípios éticos e morais. Práticas sem maiores repercussões no universo administrativo, ditadas eventualmente, pelo despacho intelectual e pela ausência da habilidade do Prefeito, se examinadas à luz de legalismo preciosista, podem assumir a configuração de atos de improbidade, quando, de fato, não contém tanta gravidade. As deficiências pessoais, culturais e profissionais do Chefe do Executivo municipal podem promover irregularidades e, até mesmo, ilegalidades formais, mas é só o desvio de caráter que faz o ilegal sinônimo de ímprobo." (*in* Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 179/180)

A partir de tais ponderações, tenho que, no caso em tela, não restou demonstrada qualquer improbidade por parte da ré, a despeito da irregularidade, consubstanciada no não repasse do montante consignado a título de ISS do Fundo Municipal de Saúde para o Fundo Geral do Município de Abaiara, irregularidade esta perfeitamente sanável, repito.

Eventual irregularidade, ou mesmo ilegalidade, somente configurará ato de improbidade administrativa quando efetivamente ficar demonstrado ato atentatório aos padrões de moralidade administrativa, consubstanciado, em resumo, a prejuízo ao erário, enriquecimento sem causa do gestor ou ferimento doloso a um princípio da administração pública, o que não é o caso dos autos.

A esse respeito, colaciono alguns precedentes:

> AÇÃO DE IMPROBIDADE ORIGINÁRIA CONTRA MEMBROS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEI 8.429/92. LEGITIMIDADE DO REGIME SANCIONATÓRIO. EDIÇÃO DE PORTARIA COM CONTEÚDO CORRECIONAL NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE.
> 1. A jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ é no sentido de que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza (Rcl 2.790/SC, DJe de 04/03/2010). 2. Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. **A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10**. 3. **No caso, aos demandados são imputadas condutas capituladas no art. 11 da Lei 8.429/92 por terem, no exercício da Presidência de Tribunal Regional do Trabalho, editado Portarias afastando temporariamente juízes de primeiro grau do exercício de suas funções, para que proferissem sentenças em processos pendentes. Embora enfatize a ilegalidade dessas Portarias, a petição inicial**

não descreve nem demonstra a existência de qualquer circunstância indicativa de conduta dolosa ou mesmo culposa dos demandados.4. Ação de improbidade rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92).
(STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2011, DJe 28/09/2011)

DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO PELO ART. 11, VI (OFENSA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS POR DEIXAR O AGENTE PÚBLICO DE PRESTAR CONTAS QUANDO ESTEJA OBRIGADO A FAZÊ-LO) DA LEI 8.429/92. CONVÊNIO 816.101/2007, CELEBRADO ENTRE O MUNICÍPIO DE BARRA DE SANTA ROSA/PB E O FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. ATRASO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONDUTA QUE NÃO SE SUBSUME AO ART. 11, VI DA LIA, QUE DISCIPLINA O ATO ÍMPROBO ENSEJADOR DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS NUCLEARES ADMINISTRATIVOS POR AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS, QUANDO SE ESTÁ OBRIGADO A FAZÊ-LO. ACÓRDÃO DO TRF DA 5a. REGIÃO MANTIDO, POIS, DE FATO, NÃO HÁ TIPICIDADE FORMAL NA LIA QUANTO A EVENTUAL PRAZO DE DEMORA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS PELO EX-PREFEITO QUE PUDESSE SIGNIFICAR A LINHA DE CRUZAMENTO PARA INGRESSO EM ATO ÍMPROBO. ADEMAIS, AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FORAM UNÂNIMES EM RECONHECER QUE O ENTÃO ALCAIDE APRESENTOU AS CONTAS DO CONVÊNIO, AINDA QUE A DESTEMPO, SINALIZANDO A FUNDAMENTAL DISTINÇÃO ENTRE IRREGULARIDADES FORMAIS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS BASILARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LIA). APLICAÇÃO A MENOR DA RECEITA DO FUNDEF NA REMUNERAÇÃO DE

MAGISTÉRIO PELO ENTÃO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BELO JARDIM/PE. O TRIBUNAL DE ORIGEM MANTEVE A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA POR ENTENDER QUE A CONDUTA DO EX-PREFEITO FOI DESPROVIDA DO ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. PRETENSÃO DO ÓRGÃO ACUSADOR DE REFORMA DO ARESTO. NÃO COMPROVADO O ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO E MALÉVOLO NEM A CULPA GRAVE NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ATO DE IMPROBIDADE. AGRAVO INTERNO DO MP/PE A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *In casu*, o Tribunal de origem confirmou a sentença de improcedência da pretensão ministerial, e assim o fez por entender que o acusado, na qualidade de então Prefeito do Município de Belo Jardim/PE, não aplicou o percentual mínimo dos recursos do FUNDEF na remuneração do magistério, mas não empreendeu o ato com má-fé, de modo que as práticas não podem ser rotuladas como improbidade administrativa. De fato, há registro no acórdão de que não existe na auditoria do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco qualquer menção a desvio de recursos do FUNDEF para atendimento de interesse próprio ou alheio, motivo pelo qual não há assento fático para que se conforme a improbidade administrativa na espécie, inexistindo, portanto, violação do art. 11 da LIA pelo acórdão recorrido. 2. **Não se constata a identificação clara, precisa e determinante de que aos atos do então Agente Político estivessem associadas à má-fé de menosprezar os princípios administrativos, conforme assentou o Tribunal de origem, que declarou a inexistência de dolo voltado à prática de ato ímprobo a partir da moldura fático-probatória que se represou nos autos - gize-se, impermeável a modificações em sede de recorribilidade extraordinária.**3. **Dissociado o elemento subjetivo doloso e malévolo, qual seja, o propósito desonesto, nem mesmo a culpa grave, à conduta do ora recorrido, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa.**4. Agravo Interno do MP/PE a que se nega provimento.

(STJ, AgInt no AREsp 1168115/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 02/10/2018)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 9º, 10 E 11 DA LEI 8.429/92. IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. ACÓRDÃO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATO ÍMPROBO E DO ELEMENTO SUBJETIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Agravo Regimental aviado contra decisão monocrática que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73. II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem manteve sentença que, por sua vez, julgara improcedente o pedido, em Ação Civil Pública ajuizada pelo agravante, na qual postula, com fundamento nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, a condenação dos ora agravados pela prática de atos de improbidade administrativa, consubstanciados em irregularidades em procedimentos licitatórios, realizados pelo Município de Assunção/PB, para execução de obras custeadas com verbas oriundas de convênio firmado com o Ministério das Cidades. III. **Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10"**(STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014. IV. No caso, o acórdão recorrido, mediante exame do conjunto probatório dos autos, que "deve-se realçar ser incontroverso

> que as irregularidades descritas, em linhas passadas não ensejaram dano ao erário, fato inclusive admitido pelo MPF em seu recurso (fl. 544, v. 3). Note-se que o objeto do contrato de repasse (pavimentação da Rua Pio Salvador) foi atingido sem que os dispêndios superassem os recursos destinados à sua execução (v. Fls. 121-135 do apenso 1, v. 1). Sendo assim, verifica-se, de plano, que não há como imputar a conduta dos demandados nas hipóteses previstas no art. 10 da LIA, que pressupõe dano ao erário. **Vê-se, outrossim, que não restou demonstrada, nem de longe, a ocorrência de enriquecimento ilícito de nenhum dos suplicados (art. 9º da LIA) (...) embora seja incontroversa a ocorrência de irregularidades no bojo dos certames (licitações nºs 19/2004 e 28/2006), não ficou comprovada a má-fé dos recorridos, muito menos o conluio entre eles", de modo que inexistente o dolo de fustigar os princípios da administração. Incidência da Súmula 7/STJ.** . Nos termos em que a causa foi decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido - para acolher a pretensão do agravante e reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa e do elemento subjetivo doloso, na conduta dos réus - demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.457.608/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; AgRg no AREsp 279.581/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/12/2013. VI. Agravo Regimental improvido.
>
> (STJ, AgRg no AREsp 409.591/PB, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 16/11/2017)

ISSO POSTO, conheço o presente Recurso de Apelação para dar-lhe provimento, cassando a sentença apelada e julgando improcedente a Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa intentada pelo Ministério Público em desfavor de Francisca Marlene Cabral Ribeiro.

É como voto.

Fortaleza, 26 de novembro de 2018.

PROCESSO: 0003116-66.2011.8.06.0040 APELAÇÃO
APTE/APDO: ANA ZÉLIA DIAS RODRIGUES
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE ASSARÉ
APTE/APDO: ESTADO DO CEARÁ
ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE ASSARÉ
RELATORA: DESA. LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES CÍVEL. DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO DO CPC/73. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º, CF/88. SUICÍDIO DE DETENTO DO INTERIOR DE PENITENCIÁRIA. DEVER DO ESTADO DE ZELAR PELA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL. ART. 5º, XLIX, CF/88. PRECEDENTES DO STF. DANO MORAL CARACTERIZADO. PENSÃO MENSAL AOS FILHOS DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. RECURSO DOS AUTORES CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DO RÉU CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o princípio da fundamentação das decisões judiciais encontra-se regulamentado, infraconstitucionalmente, em seu art. 11, com relevo constitucional no art. 93, IX, da CF/88.

2. Nesse passo, o Direito Intertemporal, aplicável com o advento do NCPC, rege processos pendentes e deve ser devidamente fundamento caso a caso. Sobre o tema, prepondera a teoria do isolamento

dos atos processuais no NCPC[1] (art. 14) que orienta que a lei nova não deve atingir os atos processuais j praticados, tampouco seus efeitos, mas se aplica aos atos futuros, sem limitações relativas às fases processuais. Prevalece o postulado *tempus regit actum*.

3. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam que *"duas são as situações para a lei nova processual em matéria de recurso: a) rege o cabimento e a admissibilidade do recurso a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende recorrer; b) rege o procedimento do recurso a lei vigente à época da efetiva interposição do recurso. (...)*(In Comentário ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015. Págs 228 e 229).

4. Nesse contexto, na hipótese do julgamento do acórdão recorrido e a interposição do recurso ocorrerem na vigência do CPC/73, deve-se aplicar a lei antiga quanto ao seu cabimento e sua admissibilidade. É o caso dos presentes autos.

5. A controvérsia dos autos cinge-se à existência ou não de responsabilidade objetiva do Estado em razão de suicídio de detento dentro de penitenciária onde cumpria pena de reclusão.

6. O Supremo Tribunal Federal já possui entendimento consolidado no sentido de que é dever do Estado zelar pela integridade física e moral dos presos, conforme art. 5º, inciso XLIX, da CF/88, mediante segurança e vigilância dos detentos que se encontram sob sua custódia (RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/20146).

1 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: RT, 3ª Ed., 2015. Pág.71.

Ademais, o Estado não se desincumbiu do ônus de provar caso fortuito ou de força maior ou culpa exclusiva da vítima que ensejasse a exclusão de sua responsabilidade.
7. Levando em consideração a dor sofrida pelos filhos, decidiu-se pela existência de dano moral passível de reparação. Quanto ao quantum, fez-se necessária a correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar ("*punitive damages*"), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro, concluindo-se pela razoabilidade do valor arbitrado na sentença no montante de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Precedentes desta Sexta Câmara Cível.
8. Na espécie, o falecido era agricultor e não possuía vinculo empregatício, não se podendo calcular exatamente o valor que recebia pela sua atividade laborativo. Em razão disso, é devido a fixação de pensão mensal aos filhos no mínimo constitucional, ou seja, no valor de 01 (um) salário mínimo a ser dividido proporcionalmente entre eles.
8. Recurso de apelação dos autores conhecido e parcialmente provido.
9. Recurso de apelação do réu conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer de ambos os recursos, para DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação dos autores e NEGAR PROVIMENTO ao recurso do réu.

RELATÓRIO

Trata-se recurso de apelação interposto, em 05/06/2014, por Ana Zélia Dias Rodrigues Cruz, por si, e representando seus filhos Sarah Dias Cruz e Isaac Dias Cruz, contra sentença que julgou procedente em parte o pedido de indenização por danos morais e materiais em ação ajuizada em face do Estado do Ceará.

Na petição inicial (fls. 02/18), os autores alegaram que sofreram danos morais e materiais em razão do suicídio de seu cônjuge e pai Sr. Antônio Modesto da Cruz que se encontrava preso na Cadeia Pública do Município de Assaré. Relatou que o falecido estava sob custódia do Estado, cumprindo pena em razão de prisão por suposto cometimento de crime, quando cometeu suicídio no interior de sua cela, utilizando-se de uma corda. Afirmou ser de responsabilidade objetiva do Estado a reparação dos danos, uma vez que estariam presentes os seus pressupostos como nexo de causalidade, omissão do agente público e dano causado. Argumentou que cabe ao Poder Público zelar pela integridade física dos detentos que se encontravam sob sua custódia. Requereu, ao final, o pagamento de indenização pelo Estado do Ceará em danos materiais correspondente ao valor de 01 (um) salário mínimo, por mês, tendo como termo inicial a data da morte da vítima, 12/09/2010, bem como os valores em atraso, até a data de 24/03/2036, quando a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade. Além disso, requereu a condenação em danos morais no valor de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Devidamente citado, o Estado do Ceará apresentou contestação (fls. 56/72), na qual alegou a ausência de nexo causal entre o dano e a conduta do Estado, tendo havido culpa exclusiva da vítima, ou seja, não haveria relação entre o suicídio do preso e a vigilância ofertada pelos policiais dentro do presídio. Argumentou que não houve qualquer ato lesivo praticado pelo agente público. Pugnou pela não condenação em danos morais e materiais. Requereu, ao final, a improcedência da ação.

Réplica às fls. 110/116.

Em sentença de fls. 91/96, o magistrado julgou pela procedência parcial do pedido, entendendo haver responsabilidade objetiva do Estado na reparação do dano, uma vez que possui obrigação de manter a segurança e

a vigilância de seus custodiados. Salientou que houve conduta omissiva do Estado e o fato restou devidamente comprovado nos autos, sendo, portanto, incontroverso. Condenou o promovido ao pagamento de pensão mensal aos filhos no valor de 01 (um) salário mínimo, sendo esta devida a partir do evento morte até a idade de 24 (vinte e quatro) anos, e ao pagamento a título de danos morais em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) em favor dos promoventes, devendo ser corrigido monetariamente a partir desta data, acrescida de juros de mora de 1% a.m., desde o evento danoso. Arbitrou os honorários advocatícios em em 10% sobre o valor da condenação.

Os autores interpuseram recurso de apelação (fls. 208/218), requerendo a condenação do réu ao pagamento de danos morais e materiais em favor da cônjuge supérstite como também a majoração dos danos morais fixados na sentença em favor do filhos.

Irresignado com a decisão, o Estado do Ceará interpôs apelação (fls. 100/111), alegando que a responsabilidade objetiva da Administração Pública por conduta omissiva é limitada pela necessidade de comprovação da culpa ou do dolo por parte do ente público. Defendeu que o suicídio do detento seria um caso fortuito ou força maior, razão pela qual não haveria nexo de causalidade apto a ensejar a reparação do dano pelo Estado. Argumentou a necessidade de prova de atividade laboral prévia à detenção para que seja fixada pensão mensal ao filhos e de dependência econômica da cônjuge. Alegou ainda que a condenação em danos morais relevar-se-ia em enriquecimento ilícito do promovente e requereu a minoração da condenação em honorários advocatícios.

Intimado, os autores apresentaram contrarrazões (fls. 253/271).

É o relatório.

Necessária inclusão em pauta.

VOTO

1. Sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o princípio da fundamentação das decisões judiciais encontra-

se regulamentado, infraconstitucionalmente, em seu art. 11, com relevo constitucional no art. 93, IX, da CF/88. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, comentando o referido princípio, lecionam que:

> **Fundamentar significa o magistrado das as razões de fato e de direito,** que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. **A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal,** donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. **Não se consideram "substancialmente" fundamentadas as decisões que afirmam que, "segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo que julgou procedente o pedido". Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.** (NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo). 11a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pg. 301).

O brocardo *mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que eu te darei o direito) foi mitigado com o NCPC, uma vez que exige fundamentação nas decisões, inclusive despachos, urgindo que toda a matéria ventilada tenha sido enfrentada pelas partes. O objetivo do legislador foi o de prestigiar o princípio constitucional do contraditório, fixando, de forma clara, esse limite para a atividade jurisdicional. A atividade jurisdicional está limitada às balizas dos pedidos, das causas de pedir e, agora de forma expressa, a atividade do juiz está limitada, também, aos fundamentos que tiverem sido debatidos pelas partes.

2. Sobre a lei processual aplicável à hipótese dos autos (direito intertemporal)

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (NCPC), o qual inaugurou mudanças relativas aos recursos, o Direito Intertemporal deve ser devidamente fundamentado e analisado caso a caso, a

fim de proteger atos jurídicos processuais perfeitos e situações consolidadas à luz da lei revogada. O aludido Direito Intertemporal é regido pelos arts. 14, 1.046, 1.047 do NCPC, art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil e art. 5º XXXVI, da CF/88.

Sobre o tema, prepondera a teoria do isolamento dos atos processuais no NCPC[2] (art. 14), sendo aplicáel em regra aos processos pendentes. A aludida teoria orienta que a lei nova não deve atingir os atos processuais j praticados, tampouco seus efeitos, mas se aplica aos atos futuros, sem limitações relativas às fases processuais. Prevalece o postulado *tempus regit actum*.

Em que pese haver divergência doutrinária sobre a aplicação das normas intertemporais processuais do NCPC, entende-se que o posicionamento mais adequado, em relação aos recursos, é o de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que lecionam no sentido de que:

> Duas são as situações para a lei nova processual em matéria de recurso: a) rege o cabimento e a admissibilidade do recurso a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende recorrer; b) rege o procedimento do recurso a lei vigente à época da efetiva interposição do recurso. (...)
> **Quando o recurso já tiver sido interposto e sobrevier lei que altere o seu regime jurídico, manter-se-á eficaz a lei antiga quanto ao cabimento e ao procedimento do recurso. A este fenômeno dá-se o nome de *ultratividade*"** (Cardozo. Retroatividade, p. 296 *et seq.*) **ou sobrevigência** (Cruz. *Aplicação,* n. 78, p.298 et seq) **da lei anterior. (In Comentário ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015. Págs 228 e 229).**

Portanto, em relação aos recursos, deve ser considerada a data em que foi dada publicidade à decisão a ser objeto de impugnação recursal. O recurso cabível e os pressupostos adotados (prazos, efeitos, juízo de admissibilidade, dentre outros) são os da lei processual vigente à época

2 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: RT, 3ª Ed., 2015. Pág.71.

em que a decisão se torna impugnável. Por isso, se a decisão foi proferida quando em vigência o CPC-73, apesar do advento do CPC-15, o recurso deve ser regido pela lei anterior.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça aprovou o Enunciado Administrativo nº 02, segundo o qual "*aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*".

Na mesma toada, dispõe o Enunciado nº 476, do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: "*O direito ao recurso nasce com a publicação em cartório, secretaria da vara ou inserção nos autos eletrônicos da decisão a ser impugnada, o que primeiro ocorrer*". Do exposto, aplicam-se ao presente recurso as regras do CPC-73, uma vez que a decisão recorrida foi proferida sob a égide da legislação processual revogada.

3. Pressupostos de admissibilidade da apelação

Antes de adentrar ao mérito, cumpre-me, em juízo de prelibação, verificar se foram preenchidos, no caso em tela, os pressupostos de admissibilidade.

Os recursos de apelação foram interpostos tempestivamente, uma vez que as partes protocolou o recurso no prazo legal, ou seja, no dia 05/06/2014 (autores) e 01/07/2015 (réu), conforme carimbo de protocolo da vara de origem de fls. 208 e 231.

O preparo é dispensado aos autores por serem beneficiários da justiça gratuita e ao réu por previsão legal, conforme art. 511, § 1º, do CPC/73.

Há interesse recursal, visto que o presente recurso é uma via adequada à obtenção da pretensão e o recorrente está em busca de um situação mais favorável que a decorrente da decisão recorrida.

4. Do mérito

4.1. Da responsabilidade objetiva do Estado

A controvérsia cinge-se à existência ou não de responsabilidade objetiva do Estado em relação a suicídio de preso dentro do interior da cela onde cumpria pena e que se encontrava sob sua custódia.

O art. 37, § 6o, da Constituição Federal de 1988 estabelece que:

> "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Do texto constitucional acima transcrito retiro a exegese de que as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado podem responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por **ato comissivo ou omissivo**, sempre assegurado o direito de regresso. Essa interpretação dada ao art. 37.º § 6.º da CF/88, respeitadas as autorizadas vozes em contrário, tem prevalecido dentro do magistério da melhor doutrina constitucional administrativa.

É de se ter em mente, antes de tudo, que o Poder Público, nos **atos omissivos** que seus agentes causarem ao particular, por defeito, não funcionamento ou ineficiência do serviço, é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva, decorrente do *faute du service publique.* , de outro lado, o dano for causado por **ato comissivo**, aplicar-se-á a teoria da responsabilidade objetiva.

A consequência desse raciocínio leva à ilação de que, ocorrendo dano decorrente de ato omissivo, deve ficar assentada, para exsurgir o dever de indenizar, os elementos caracterizadores da culpa, entendida essa pelo descumprimento do dever legal, atribuível ao Poder Público, de impedir a consumação do ato do dano.

Nesse sentido, mostra-se oportuno o ensinamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *in verbis*:

> "Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo.
> (...)
> "Em síntese: se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.
> "Reversamente, descabe responsabilizá-lo se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia".
> (**Curso de direito administrativo. 8a ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 586/587**)

Na hipótese em discussão, postula-se indenização do Poder Público em virtude de suicídio de detento sob custódia do Estado dentro de penitenciária onde cumpria pena de reclusão.

Dentro desse panorama, e nos casos desse jaez, entendo que a **responsabilidade civil da Administração** quando o dano é gerado por suicídio de detento dentro da penitenciária é **objetiva**, fundada na teoria do *risco administrativo,* face dos riscos inerentes ao meio em que eles estão inseridos por uma conduta do próprio Estado.

Há precedente recente do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido:

> **"Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por danos morais. Morte de preso em estabelecimento prisional. Suicídio. 4. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte.**Incidência da Súmula 279. Precedentes. . Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. **Agravo regimental a que se nega provimento.** (ARE 700927 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLIC 17-09-2012)

O Min. Gilmar Mendes, em seu voto, foi bastante claro: "*o Estado tem o dever objetivo de zelar pela integridade física e moral do preso sob sua custódia, atraindo, então, a responsabilidade civil objetiva, em razão de sua conduta omissiva, motivo pelo qual é devida a indenização decorrente da morte do detento, ainda que em caso de suicídio.*"

Recentemente, em 30/03/2016, o Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento em Repercussão Geral, no 841526, no qual por votação unânime fixou a seguinte tese: ***"Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento".***

Concluiu o relator Min. Luiz Fux, em seu voto, que "***se o Estado tem o dever de custódia, tem também o dever de zelar pela integridade física do preso. Tanto no homicídio quanto no suicídio há responsabilidade civil do Estado".***

O Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre o assunto:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. **SUICÍDIO DE PRESO CUSTODIADO EM UNIDADE**

> **PRISIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. PRESUNÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO NO SUSTENTO DA FAMÍLIA DE BAIXA RENDA**. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. **1. O acórdão regional está em consonância com o entendimento registrado nesta Corte Superior, no sentido que responde o Estado pelo suicídio ocorrido no interior de estabelecimento prisional. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no AREsp 474.233/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, DJe 18/06/2014. 2. Esta Corte também já se posicionou no sentido de que "é devida a indenização de dano material consistente em pensionamento mensal aos genitores de menor falecido, ainda que este não exerça atividade remunerada, posto que se presume ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda" (AgRg no REsp 1.228.184/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012).**3. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (STJ - AgRg no Ag: 1307100 PR 2010/0083398-5, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 21/10/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/10/2014)

Assim, tratando-se de responsabilidade objetiva, deve-se ter em mente que deverá demonstrar, tão-somente, o **dano**e o **nexo de causalidade**entre o dano e o serviço ou produto defeituoso. Destarte, existente o dano e o necessário nexo de causalidade, suficientes à condenação da ré, não tendo que se perquirir eventual culpa do promovido.

Todavia, a responsabilidade objetiva, fundou-se, como dito, na teoria do risco criado (do fato administrativo), mas não no *risco integral*. Dessa forma é admissível a elisão da responsabilidade quando fundada nas causas excludentes da responsabilidade. A primeira, a **culpa exclusiva da**

vítima ocorre quando sua conduta erige em causa direta e determinante para o evento.

Na realidade, deve-se falar em *fato exclusivo da vítima*, em lugar de culpa exclusiva, porque, na realidade, o problema se desloca para o campo do nexo causal. A segunda é o **fato imprevisível**, entendido como aqueles denominados de caso fortuito ou de força maior.

Na hipótese dos autos, a vítima suicidou-se no interior de sua cela onde cumpria pena, utilizando-se de corda que servia para amarrar sua rede, conforme restou devidamente comprovado nos autos pelo Exame de Corpo de Delito (fls. 37), Certidão de Óbito (fls. 28) e testemunhas (fls. 80, 82, 83, 84). Resta incontroverso a morte do detento sob custódia do Estado que é responsável pela segurança e pela vigilância dos presos dentro das penitenciárias.

De certo, que o ônus da prova quando a matéria envolve a discussão da responsabilidade objetiva é invertido, devendo o Poder Público demonstrar que houve alguma causa excludente, o que não ocorreu no caso.

Com efeito, "*a questão relativa à prova leva, primeiramente, em conta a defesa do Estado na ação movida pelo lesado. Diante dos pressupostos da responsabilidade objetiva, ao Estado só cabe defender-se provando a inexistência do fato administrativo, a inexistência de dano ou a ausência do nexo causal entre o fato e o dano. (…) Mas há ainda outro fator que merece ser analisado. A pretensão formulada pelo indivíduo para obter do Estado a reparação de prejuízos atenua em muito o princípio de que o ônus da prova incumbe a que alega (…). Se o autor da ação alega a existência do fato, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro, cabe ao Estado-réu a contraprova sobre tais alegações.*"(José dos Santos Carvalho Filho, ***Manual de Direito Administrativo*, 15.ª ed., págs. 459)**

Não olvido assentar a orientação pacífica da jurisprudência nessa esteira, *verbis*:

> "(…)
> 7. A responsabilidade objetiva do Estado, uma vez caracterizada no caso concreto, impõe ao lesado tão somente demonstrar a ocorrência do fato administrativo (esganadura por colega de

> cela), do dano (morte da vítima) e nexo causal (que a morte da vítima decorreu de errôneo planejamento da segurança no presídio).
> 8. Consectariamente, os pressupostos da responsabilidade objetiva impõem ao Estado provar a inexistência do fato administrativo, de dano ou ausência de nexo de causalidade entre o fato e o dano, o que atenua sobremaneira o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega.
> (…)"
> **(RESP 944884/RS, Min. LUIZ FUX, DJ 17.04.2008 p. 1.)**

A propósito, o Estado do Ceará não demonstrou *a inexistência do fato administrativo, a inexistência de dano ou a ausência do nexo causal entre o fato e o dano*, ônus que lhe competia.

4.2. Da pensão mensal em favor dos filhos da vítima

Em relação ao pedido de pensão mensal devida aos autores, essa é devida apenas aos filhos, tendo em vista que a cônjuge não comprovou a condição de dependência econômica da vítima, alegando em depoimento testemunhal prestado por ocasião do inquérito policial (fls. 38) de que já não possuía contato com o falecido e que estava separada de fato há mais de 6 (seis) anos.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que é possível o arbitramento de pensão mensal em favor dos filhos até o limite de idade de 65 (sessenta e cinco) anos da vítima, caso viva estivesse, firmando jurisprudência no seguinte sentido:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL.
> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DETENTO MORTO APÓS SER RECOLHIDO AO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO.
> SOBREVIDA PROVÁVEL (65 ANOS). PRECEDENTES.
> 1. Tratam os autos de ação reparatória de danos advindos de delito ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás

contra o Estado de Goiás pleiteando indenização por danos morais e materiais bem como indenização mensal a título de pensão aos dependentes de vítima de morte em estabelecimento prisional. O juízo singular julgou improcedente o pedido por ausência de nexo causal e evidente culpa exclusiva da vítima, e declarou extinto o feito. Inconformado, o Ministério Público interpôs apelação, que foi parcialmente provida pelo Tribunal, condenando o Estado a pagar: a) o valor despendido com o funeral da vítima, b) pensão mensal de 1 (um) salário mínimo a ser dividido entre a companheira da vítima e seus filhos, retroagindo a condenação à data do fato danoso, e c) indenização, a título de danos morais, à mãe da vítima e aos referidos beneficiários no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Interpostos embargos declaratórios, foram rejeitados à unanimidade. O estado de Goiás manejou recurso especial defendendo que: a) deve ser afastado o nexo causal; b) o Tribunal proferiu decisão extra petita ao declarar o direito de acrescer o valor da pensão mensal dos beneficiários; c) o limite temporal de sessenta e sete anos para o pagamento da pensão mensal a ser paga à companheira está em dissonância com a interpretação do Superior Tribunal de Justiça.

Contra-razões ao recurso especial, alegando, em síntese, que: a) não merece ser conhecido, pois nem sequer foi indicada a alínea do permissivo constitucional autorizador do recurso; b) o aresto atacado assentou-se em fundamento constitucional; c) o provimento do recurso depende de revolvimento do arcabouço fático-probatório, vedado em sede de recurso especial. Parecer Ministerial opinando pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

2. No que se refere à morte de preso sob custódia do Estado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a responsabilidade civil do ente público é objetiva.

3. A orientação desta Corte fixa em sessenta e cinco anos o limite temporal para pagamento da pensão mensal estabelecida.

4. Precedentes jurisprudenciais do STF, do STJ e de Tribunais Estaduais prestigiando a fixação da responsabilidade civil quando presente o panorama fático e jurídico acima descrito.

> **5. Doutrina de Rui Stoco, Yussef Cahali, Cretela Júnior e Celso Antônio Bandeira de Melo no mesmo sentido do acima exposto (ver "Tratado de Responsabilidade Civil", de Rui Stoco, 6ª Ed. RT, 2004, pp. 1.124/1.125) 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para fixar em sessenta e cinco anos o limite temporal para pagamento da pensão mensal estabelecida.**
> (REsp 847.687/GO, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 25/06/2007, p. 221)

No entanto, respeitando o limite estipulado pelo Superior Tribunal de Justiça, esta Sexta Câmara Cível fixou posicionamento, em caso idêntico de suicído de detento sob custódia do Estado, de que a pensão mensal aos filhos é devida até os 18 (dezoito) anos, podendo estender-se até os 25 (vinte e cinco) anos, caso estejam cursando ensino superior.

Além disso, firmou-se entendimento no sentido de que é cabível pensão mensal no valor correspondente àquilo que a vítima necessitava para sua manutenção em momento anterior à morte. No presente caso, não há como mensurar o valor que o falecido despendia antes de sua morte, sabendo-se tao somente que era agricultor e não possuía vínculo empregatício, razão pela qual é razoável a fixação de 01 (um) salário mínimo dividido proporcionalmente aos filhos da vitima.

Assim restou ementado o julgado desta Sexta Câmara Cível:

> APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. **RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. MORTE DE PRESO EM UNIDADE PRISIONAL. DEVER DE VIGILÂNCIA DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. FILHOS MENORES. PENSÃO MENSAL. CABIMENTO. DANOS MORAIS.**QUANTUM REDUZIDO. REEXAME E APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.
> 1. "Pessoas recolhidas a prisões comuns ou a quaisquer recintos sob a tutela do Estado têm o direito subjetivo à proteção dos órgãos públicos, cujo poder de polícia se exercerá para resguardá-las contra qualquer tipo de agressão, quer dos próprios companheiros, quer dos policiais, quer ainda de

pessoas de fora, que podem, iludindo a vigilância dos guardas, ocasionar danos aos presos" (O Estado e a obrigação de indenizar, São Paulo, Ed. Saraiva, 1980, p. 251-252).

2. A dependência econômica é latente, uma vez que possuía companheira dois filhos de pouca idade. Portanto, devida a pensão à cônjuge e aos filhos, a qual deve ser fixada em um salário mínimo, devendo o percentual de cada beneficiário ser dividido igualmente. No entanto, do valor de um salário mínimo deve ser deduzido 1/3, tendo em vista que este seria o valor que a vítima, se estivesse viva, estaria despendendo com a sua própria manutenção. Além do mais, deve ser excluído o recebimento de décimo terceiro salário, eis que este só pode ser incluído se restar comprovado que, na época, a vítima efetivamente o recebia.

3. A vítima, neste caso, não tinha vínculo empregatício pois, trabalhava como agricultor, mas sem registro, consoante a análise dos autos.

4. Importante esclarecer, também, que o pensionamento devido aos filhos deverá perdurar até que completem 18 anos, sendo que essa pensão se estenderá até os 25 anos, caso comprovem estarem cursando ensino universitário.

5. Ao se quantificar indenização fundada em dano moral, é curial atentar-se para o fato de que não se deve com a condenação gerar outra iniquidade além da que lhe deu azo, tampouco enriquecer, com o episódio, a vítima, já que o escopo aqui não é conceder-lhe um plus, mas sim reparar-lhe um minus de natureza moral.

6. Cabe a redução do valor da indenização para atendimento do princípio da razoabilidade, considerando-se que o montante fixado na r. sentença é elevado e incompatível com as condições econômicas dos autores. Redução do valor da indenização por dano moral para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), devendo a correção monetária incidir desde a data do arbitramento do valor indenizatório (Súmula 362 do STJ). Juros de mora desde o evento danoso, consoante a Súmula 54/STJ.

7. Reexame necessário, recurso voluntário do Estado e recirso adesivo conhecidos e parcialmente providos.

(Relator(a): JUCID PEIXOTO DO AMARAL; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 6ª Câmara Cível; Data do julgamento: 09/03/2016; Data de registro: 09/03/2016)

4.3. Da fixação do dano moral

Ocorrente o *an debeatur*, passo ao ***quantum*.**

No que diz respeito à fixação do valor adequado a reparar o **dano moral**causado, não deve o magistrado ater-se a fórmulas pré-concebidas ou percentagens aleatórias, devendo seu arbítrio ficar vinculado à orientação já firmada de doutrina e jurisprudência, perfeitamente traduzida pela decisão que se segue:

> "Na fixação do dano moral, uma vez que a dor verdadeiramente não tem preço, deve-se ponderar sobre as condições socioculturais e econômicas dos envolvidos, grau da culpa, trauma causado e outros fatores, como o de servir de desestímulo à prática de novo ilícito, e de compensação amenizadora, de modo que a quantia arbitrada não seja tão irrisória que nada represente e nem tampouco exagerada, que implique em sacrifício demasiado para um aparte e locupletamento para a outra" **(TAPR – Rel. Cordeiro Cleve – Rep. IOB Jurisp. 20/97, Cad. 3, p. 395, n. 13.679)**

Com efeito, a fixação de indenização por dano moral deve ter presente os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo juiz no caso concreto e ora em análise. A orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a **necessária correlação**entre o **caráter punitivo da obrigação de indenizar**("*punitive damages*"), de um lado, e a **natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial**, de outro.

Definitiva, sob tal aspecto, a lição – sempre autorizada – de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ("Responsabilidade Civil", p. 55 e 60, itens ns. 45 e 49, 8.ª ed., 1996, Forense), cujo magistério, a propósito da questão ora em análise, assim discorre sobre o tema:

> "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.
>
> .....
>
> O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. (...). Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescer que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (Aguiar Dias).
>
> 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. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório."

Tal orientação é igualmente perfilhada pelos Tribunais, especialmente pelo E. Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência, na matéria em questão, firmou essa mesma diretriz (**REsp 295.175/RJ**, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA – **Resp 318.379/MG**, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI – **REsp 355.392/RJ**, Rel. p/ o acórdão Min. CASTRO FILHO, v.g.):

> "I – A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular

> este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza."
> **(RSTJ 151/269-270, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO)**

Em face das circunstâncias fáticas que regem a espécie, e em face da fundamentação acima exposta e precedentes desta Sexta Câmara Cível, em face das condições socioeconômicas das partes envolvidas, mostra-se plausível e razoável a quantia correspondente a **R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)** somente aos filhos em razão da morte seu pai, reformando a sentença nesse ponto, que o magistrado *a quo*fixou a quantia em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Por estar a cônjuge separada de fato e sem contato com o promovido há muito tempo no momento de sua morte, conforme confessa em depoimento testemunhal em inquérito policial (fls. 38), deixo de condenar o réu ao pagamento a título de danos morais em seu favor, mantendo a sentença nesse ponto.

Essa quantia configura-se razoável e respaldada pelo STJ, o qual autoriza a fixação de até 500 (quinhentos salários mínimos) em caso de morte de filho, o que se pode aplicar também à hipótese de morte de pai**:** RESP 713764 -RS (LEXSTJ 224/97, RNDJ 101/75), RESP 936792 -SE, RESP 745710 -RJ (LEXSTJ 213/128, RT 862/116), RESP 714869 -SP, RESP 703878 -SP.

Na indenização por danos morais, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual (Súmula 54/STJ). A partir da vigência do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2001), os juros moratórios deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 406). Taxa esta que, como de sabença, é a SELIC, nos expressos termos da Lei nº 9.250/95. Precedentes: **REsp 688536/PA**, DJ 18.12.2006; **REsp 830189/PR**, DJ 07.12.2006; **REsp 813.056/PE**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.10.2007, DJ 29.10.2007; **REsp 947.523/P**, DJ 17.09.2007; **REsp 856296/SP**DJ 04.12.2006; **AgRg no Ag 766853/MG**, DJ 16.10.2006.

A correção monetária, por seu turno, incide a partir do arbitramento, conforme **súmula 362 do STJ: "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".**

Todavia, a partir da vigência do art. 1.º-F da Lei n.º 9494/97, com redação dada pela Lei n.º 11.960/2009, *"Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança."*

5) Do dispositivo

Isso posto, conheço de ambos os recursos para:

1) DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação dos autores, para que a condenação em danos morais seja majorada para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e que a pensão mensal reservada aos filhos seja estendida até quando completarem 25 (vinte e cinco) anos (precedentes desta Sexta Câmara Cível), caso estejam cursando ensino universitário, mantendo a quantia fixada de 01 (um) salário mínimo.

2) NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação do réu Estado do Ceará.

Deixo de arbitrar honorários advocatícios recursais, uma vez que o recurso foi interposto em face de decisão proferida sob a égide do CPC-73. Nesse sentido, destaca o enunciado administrativo nº 07, do STJ: "Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC".

Publique-se e Intime-se.

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.

Expedientes necessários.

É como voto.

Fortaleza, 8 de junho de 2016.

PROCESSO: 0004237-78.2014.8.06.0120
REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE MARCO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
APELADO: FRANCISCO DAS CHAGAS ESTEVÃO
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AUXÍLIO-DOENÇA DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. LAUDO PERICIAL COMPROBATÓRIO DA INCAPACIDADE DEFINITIVA PARCIAL COM POSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO. BENEFÍCIO DEVIDO. AUTARQUIA FEDERAL ISENTA DO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS. REMESSA NECESSÁRIA E APELO CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

1- O STF assentou, em sede de repercussão geral (RE 638.483 - Tema 414), competir à Justiça Estadual processar e julgar as causas relativas ao restabelecimento de benefícios previdenciários decorrentes de acidentes de trabalho, sendo esse o caso dos autos, razão pela qual este Tribunal é competente para processar e julgar o recurso.

2- No mérito, a controvérsia consiste em aferir o direito do apelado à percepção de auxílio-doença com fundamento na sua incapacidade parcial para o trabalho, por tempo indeterminado, decorrente da progressão de doença provocada por acidente

sofrido durante o exercício de suas atividades laborais.

3- A condição de segurado do recorrido é fato incontroverso e a prova técnica demonstrou sua incapacidade parcial definitiva para o seu trabalho habitual (agricultura) oriunda de acidente sofrido no exercício deste, podendo ser reabilitado.

4- É irrelevante o fato de o segurado ter condições de exercer outras atividades, pois o parâmetro da incapacidade do auxílio-doença é o trabalho habitual e, segundo o firme entendimento do STJ, a Lei n. 8.213/91 não faz distinção entre incapacidade total ou parcial para fins de concessão de auxílio-doença. Precedentes.

5- Diante da inconsistência do motivo determinante do ato administrativo que denegou o benefício – qual seja, a suposta ausência de constatação da incapacidade do apelado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual –, deve ser mantida a condenação do ente autárquico à implantação do auxílio-doença acidentário em favor do requerente, com efeitos retroativos.

6- *In casu*, o benefício é devido desde o requerimento administrativo até a reabilitação do apelado ou, acaso seja considerado não recuperável, até que seja aposentado por invalidez.

7- Sobre o valor da condenação incidirão juros a partir da citação (Súm. 204 do STJ) segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009) e correção monetária a partir do vencimento de cada prestação (Súm. 148 do STJ) pelo INPC.

> 8- A sentença deve ser reformada em parte, apenas para modificar o termo inicial do benefício e afastar a condenação da autarquia federal apelante ao pagamento das custas processuais, diante da isenção legal (art. 5º, I, da Lei Estadual n. 16.132/2016).
> 9- Remessa necessária e apelação cível parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e decisão unânime, em conhecer da remessa necessária e da apelação cível para dar-lhes parcial provimento e reformar em parte a sentença, apenas para estabelecer como termo inicial do benefício a data do requerimento administrativo (07/02/2014) e afastar a condenação do INSS ao pagamento das custas processuais, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 11 de março de 2019.

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa necessária e de apelação cível interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) objetivando a reforma da sentença (**p. 70-75**) proferida pelo Juiz de Direito Frederico Vasconcelos de Carvalho, titular da Vara Única da Comarca de Marco, em sede de ação ordinária de concessão de **auxílio-doença por acidente de trabalho** promovida por Francisco das Chagas Estevão, ora apelado.

O magistrado julgou procedente o pedido inicial, nos seguintes termos:

> Diante desse cenário, JULGO PROCEDENTE o pedido autoral para condenar o INSS ao pagamento das prestações vencidas

> e eventuais prestações vincendas do benefício de auxílio-doença desde a data de 10 de janeiro de 2014 até o termo final da data em que o autor se reabilitar para o exercício de qualquer ocupação laboral.
>
> O percentual dos honorários será arbitrado no momento da liquidação de sentença, conforme artigo 85, parágrafo 4, II, do NCPC/15, apenas no tocante às prestações vencidas, nos termos da Súmula 111 do STJ. (p. 74-75).

No recurso de apelação (**p. 87-89**), o requerente aduziu, em suma, que o médico perito, ao responder os quesitos formulados (laudo de **p. 24-26**), afirmou que o autor estava incapacitado apenas para atividades que exijam grande esforço físico, razão pela qual "pode trabalhar em algo que não seja necessário grande qualificação profissional nem esforço físico intenso" (*sic* à p. 88). Alega, ademais, não ser devida a condenação ao pagamento das custas processuais, em virtude da isenção conferida pelo art. 8º da Lei nº 8.620/93. Pede a reforma da sentença para julgar improcedente o pedido autoral ou, em tese sucessiva, para afastar a sua condenação ao pagamento das custas processuais.

Nas contrarrazões **(p. 99-101)** o apelado alega, em linhas gerais, que a incapacidade para o exercício das suas atividades laborais por tempo indeterminado encontra-se provada pelo laudo pericial de **p. 24-26**, estando a sua pretensão em conformidade com os arts. 59 e 60 da Lei n° 8.213/91 e o art. 78 do Decreto n° 3.048/99. Requer a manutenção da sentença e a condenação da apelante ao pagamento do honorários advocatícios.

Remetidos os autos ao egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região (**p. 105**), aquela Corte reconheceu a incompetência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito (**p. 131-139**), por se tratar de litígio relativo a acidente de trabalho, nos termos do art. 109, I, da CF/88 e das Súmulas 501 do STF e 15 do STJ, pelo que foi determinada a remessa do feito à Justiça Estadual (**p. 147**).

Os autos vieram-me distribuídos por sorteio no dia 14 de fevereiro de 2018, na abrangência da 1ª Câmara de Direito Público (**p. 151**).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência parcial do recurso de apelação e da remessa necessária apenas para isentar o INSS do pagamento das custas processuais **(p. 155-158).**

É o relatório.

VOTO

Prima facie, registre-se que o Supremo Tribunal Federal assentou, em sede de **repercussão geral** (Recurso Extraordinário nº 638.483 - Tema 414), competir à Justiça Estadual processar e julgar as causas relativas ao restabelecimento de benefícios previdenciários decorrentes de **acidentes de trabalho**. Esta Corte é competente, portanto, para processar e julgar o apelo.

Presentes os requisitos de admissão, conheço do recurso.

No mérito, a controvérsia consiste em aferir o direito do apelado à percepção de **auxílio-doença.** O fundamento fático do pedido consiste na incapacidade **parcial** do segurado para o trabalho em decorrência da **progressão de doença provocada por acidente sofrido durante o exercício de suas atividades laborais.**

O benefício em questão é regulado pela Lei n. 8.213/1991, que assim dispõe:

> Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:
> [...]
> e) auxílio-doença;
>
> Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.
> Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício,

> salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Quando a lesão incapacitante decorre de acidente de trabalho, o art. 26, II, do referido diploma dispensa o período de carência previsto no art. 25, I, para a concessão do auxílio-doença.[1]

Acerca das espécies de incapacidade, cito o escólio de Leonardo Aguiar, Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, extraído da sua obra digital "Livro de Direito Previdenciário":

> [...] A incapacidade para o exercício da **profissão ou ocupação habitual do segurado (incapacidade parcial)** gera a concessão do auxílio-doença. Se essa incapacidade é **temporária**, o auxílio-doença deve ser concedido até a **recuperação** do segurado. Se essa incapacidade é **definitiva**, o auxílio-doença é devido até que seja feita a **reabilitação** do segurado para uma **nova profissão ou ocupação.**
> Por outro lado, a incapacidade para o exercício de **toda e qualquer profissão (incapacidade total)**, se for **temporária**, gera o direito ao **auxílio-doença**. Contudo, se essa incapacidade total for **definitiva**, ou seja, sem possibilidade de recuperação nem de reabilitação, o segurado então faz jus à **aposentadoria por invalidez.**
> (Disponívelem: <*https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_invalidez/*>. Acesso em: 26/09/2018).

Voltando ao caso dos autos, extrai-se que o recorrido é agricultor e afirma ter sofrido acidente de trabalho. Em razão das sequelas e com a progressão da doença ficou **incapacitado para o exercício de suas atividades laborais habituais** por tempo indeterminado, motivo pelo qual requereu auxílio-doença ao INSS. O pleito foi negado pela entidade autárquica sob

1 Lei 8.213/91. **Art. 25.** A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, **ressalvado o disposto no art. 26**: I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais; **Art. 26.** Independe de carência a concessão das seguintes prestações: II - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza [...]

o fundamento de "que não foi constatada, em exame realizado pela perícia médica do INSS, incapacidade para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual" (p. 51).

Diante da negativa administrativa, o interessado promoveu ação judicial perante o Juizado Especial Federal (Proc. nº 0511032-16.2014.4.05.8103, distribuído para 19ª Vara Federal, **p. 53**). Naquela sede, em atendimento à intimação determinada pelo magistrado oficiante, o médico perito Dr. Pedro Wisley Sampaio Hardy (CRM n° 10906) assim respondeu aos quesitos apresentados:

> […]
> **Verificação da doença/INCAPACIDADE**
>
> 4. O (a) periciando (a) é, ou já foi, portador (a) de doença, deficiência ou algum tipo de retardo mental? Nesse último caso, qual o grau: Leve, moderado ou grave?
> Resposta: Sim
> Sequela de traumatismo raquimedular (CID: T91.3). Trata-se da sintomatologia residual (sequela), incluindo dores crônicas e prejuízo funcional, decorrente de episódio prévio de traumatismo sobre a coluna vertebral.
>
> 5. Em caso afirmativo, essa doença, deficiência ou retardo mental atualmente o (a) incapacita para a atividade que ele (a) afirmou exercer? E já o (a) incapacitou anteriormente?
> Resposta: Sim. Sim. A patologia causa quadro de dores crônicas e prejuízo funcional no sistema osteomuscular que evolui de forma progressiva, apesar do tratamento médico instituído, determinando incapacidade laborativa.
>
> 6. Caso o (a) periciando (a) esteja incapacitado (a), é possível determinar a data do início da doença? E a data do início da incapacidade?
> Resposta: Não. Sem elementos de convicção para determinar data de início da doença. **Início da incapacidade: aproximadamente 10/01/2014, conforme radiografia da coluna vertebral.**

7. No caso de haver sido detectada alguma incapacidade, quais os sintomas que acometem o (a) periciando (a) deixando-o (a) incapacitado (a) para o exercício da atividade que ele (a) declarou exercer?
Resposta: Dores crônicas e limitação de movimentos na coluna vertebral.

8. **Caso o (a) periciando (a) esteja incapacitado (a), tal incapacidade é temporária (ou indefinida),** ou seja, há, em tese, a possibilidade de cessação de tal incapacidade para que ele volte a exercer atividade laborativa; **ou definitiva**, quer dizer, de acordo com a evolução atual dos conhecimentos médicos, não há possibilidade de cessação de tal incapacidade?
Resposta: **Definitiva.**

9. Considerando apenas a situação física do (a) periciando (a), **sua incapacidade pode ser considerada total, ou seja, para toda e qualquer atividade; ou parcial,** quer dizer, apenas para atividade que ele afirmou exercer?
Resposta: **Parcial.**

10. Caso o periciando (a) esteja incapacitado (a), a doença por si só já o (a) tornava incapaz para o trabalho ou tal incapacidade somente aconteceu após a progressão ou agravamento da enfermidade? Se a incapacidade resultou da progressão ou do agravamento, é possível definir a data de tal progressão/agravamento?
Resposta: A incapacidade somente aconteceu após a progressão da enfermidade. Data da progressão da enfermidade: **aproximadamente 10/01/14, conforme radiografia da coluna vertebral.**

11. Com relação às atividades da vida diária (assear-se, alimentar-se, locomover-se), o (a) autor (a) apresenta alterações em virtude das quais necessite de acompanhamento permanente de outra pessoa?
Resposta: Não.

Verificação de REDUÇÃO NA CAPACIDADE

> 12. Caso tenha sido detectada a existência de doença/deficiência/retardo mental, mas o (a) periciando (a) não esteja incapacitado para o trabalho por ele informado, ele (a) apresenta sequela que limite/reduza sua capacidade laborativa? Em que intensidade (25%, 50% etc.)?
> Resposta: Prejudicado.
>
> 13. A referida doença/enfermidade/deficiência/retardo mental foi decorrente de acidente de trabalho? Em caso afirmativo, foi de acidente de trabalho (no exercício da atividade laboral ou no caminho para o trabalho)?
> Resposta: Sim. Sim. **A parte autora comunicou que sofreu acidente durante o exercício da atividade laborativa.**
>
> 14. O (a) periciando (a) está, OU JÁ FOI, acometido de: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado de doença de Paget (osteíte deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida (AIDS), esclerose múltipla, hepatopatia grave e/ou contaminação por radiação?
> Resposta: Não.
>
> 15. Em quais documentos, exames, etc. se baseou o perito para tomar suas conclusões e quais as datas de realização desses documentos e/ou exames?
> Resposta: Radiografia de coluna vertebral (10/01/14); atestado médico (20/10/14). **(p. 58-60).**

O processo então em curso no Juízo Federal foi extinto sem resolução de mérito em razão da incompetência do juízo, nos termos do art. 51, III, da Lei n. 9.099/1995, sob o fundamento de que, de acordo com a resposta do perito ao quesito nº 13, "o risco social coberto pelo benefício ora em questão decorreu de acidente de trabalho" (**p. 53-57**), o que motivou a propositura da presente ação na Justiça Estadual.

A prova técnica em referência demonstrou que o recorrido apresenta incapacidade **definitiva** para o seu trabalho habitual (agricultura)

oriunda de acidente sofrido no exercício deste, **podendo ser reabilitado**. O atestado médico de **p. 15**, datado de 14 de janeiro de 2014, registra que este foi submetido a cirurgia na coluna lombar e dorsal (CID-10 T09) com uso de placas e parafusos, impossibilitando o exercício do seu trabalho habitual por tempo indeterminado.

Embora a sua condição de segurado seja fato incontroverso e, nos termos do já citado art. 26, II, da Lei n. 8.213/1991, a concessão do benefício em questão independa de carência, o promovente comprovou que contribuiu para a Previdência Social de março de 2004 até março de 2014 (**p. 63-66**), enquanto a incapacidade se iniciou por volta de 10 de janeiro de 2014, segundo resposta apresentada pelo perito ao quesito nº 10.

É irrelevante o fato de o recorrido ter condições de exercer outras atividades, pois o parâmetro da incapacidade para o fim de percepção do auxílio-doença é o trabalho habitual do segurado. Nesse sentido é o teor da Súmula 25 da Advocacia-Geral da União: *"Será concedido auxílio-doença ao segurado considerado temporariamente incapaz para o trabalho ou sua atividade habitual, de forma total ou parcial, atendidos os demais requisitos legais,* ***entendendo-se por incapacidade parcial aquela que permita sua reabilitação para outras atividades laborais****"*.

Segundo o firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a Lei n. 8.213/91 não faz distinção entre incapacidade total ou parcial para fins de concessão de auxílio-doença. Confira-se:

> PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-DOENÇA. REQUISITOS DELIMITADOS NO ART. 59 DA LEI 8.213/1991. EXIGÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE TEMPORÁRIA PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE HABITUAL DO SEGURADO. NÃO ENCONTRA PREVISÃO LEGAL A EXIGÊNCIA DE QUE O TRABALHADOR ESTEJA COMPLETAMENTE INCAPAZ PARA O EXERCÍCIO QUE QUALQUER ATIVIDADE.
> 1. Nos termos do art. 59 da Lei 8.213/1991, para que seja concedido o auxílio-doença, necessário que o Segurado, após cumprida a carência, seja considerado incapaz temporariamente para o exercício de sua atividade laboral habitual.

2. A análise dos requisitos para concessão do benefício deve se restringir, assim, a verificar se a doença ou lesão compromete (ou não) a aptidão do Trabalhador para desenvolver suas atividades laborais habituais.
3. *In casu*, o autor era operador de máquinas em uma oficina de reparos de veículos. A perícia judicial, como reconhece o acórdão, atesta que o autor apresenta restrição funcional à realização de atividade físicas/laborativas de natureza pesada e/ou demais afins que demandem flexo-extensão constante da coluna lombar, concluindo, que o Trabalhador apresenta capacidade funcional aproveitável ao exercício de demais tarefas de natureza leve (fls. 188).
4. Ocorre que, considerando que o autor apresenta capacidade funcional para o exercício de atividades leves, a Corte de origem julgou improcedente o pedido de auxílio-doença, pressupondo que o benefício exigiria a incapacidade total para o trabalho para sua concessão, o que não corresponde à realidade do direito.
5. Não encontra previsão legal a exigência de comprovação de que o Segurado esteja completamente incapaz para o exercício de qualquer trabalho para concessão do benefício de auxílio-doença, tal exigência só se faz necessária à concessão da prestação de aposentadoria por invalidez.
6. Nesse cenário, reconhecendo o laudo técnico que o Segurado apresenta capacidade apenas para o exercício de atividades leves, não é possível afirmar que esteja ele capaz para o exercício de sua atividade habitual. Seria desarrazoado imaginar que o trabalho de operador de máquinas em uma oficina mecânica possa se enquadrar no conceito de tarefa leve, nem a isso se lançou o INSS.
[...]
8. Em situações assim, em que o Segurado apresenta incapacidade para o exercício de sua atividade habitual, mas remanesce capacidade laboral para o desempenho de outras atividades, o Trabalhador faz jus à concessão do benefício de auxílio-doença até ser reabilitado para o exercício de outra atividade compatível com a limitação laboral diagnosticada, nos termos do art. 62 da Lei 8.213/1991. Precedentes: AgInt no REsp. 1.654.548/MS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 12.6.2017; AgRg no AREsp. 220.768/PB,

Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 12.11.2012.
9. Não é somente em matéria Previdenciária que se deve refinar o conceito das situações jurídicas, para fazer incidir, com a desejável justiça, a solução judicial que o conflito comporta e exige; contudo, é na seara jusprevidencialista que essa exigência se mostra com maior força, porque o desnível entre as partes litigantes é daqueles que alcança o nível de máxima severidade. O INSS tem a obrigação institucional de deferir o melhor benefício a que faz jus o trabalhador, não devendo, portanto, atuar como adversário ou opositor do seu Segurado ou do seu Pensionista. A relação previdenciária não se confunde com relação fiscal e nem com relação administrativa ou puramente negocial.
10. Recurso Especial do Segurado provido para reconhecer o direito à concessão do benefício de auxílio-doença.
(REsp 1474476/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., julg. em 05/04/2018; **grifei**).

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. LEI 8.213/91. CONCESSÃO. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE. TOTAL. PARCIAL. **A Lei 8.213/91 não faz distinção quanto à incapacidade, se deve ser total ou parcial;** assim, não é possível restringir o benefício ao segurado, deferindo-o, tão-somente, quando a desventurada incapacidade for parcial. Recurso desprovido.
(REsp 699.920/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., julg. em 17/02/2005; **grifei**).

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE PARCIAL PARA O TRABALHO HABITUAL.
1. **É devido o auxílio-doença ao segurado considerado parcialmente incapaz para o trabalho, mas suscetível de reabilitação profissional** para o exercício de outras atividades laborais. 2. Recurso improvido. (REsp 501.267/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., julg. em 27/04/2004; **grifei**).

AUXÍLIO-DOENÇA. PROVA DA INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE. OFENSA À LEI. INEXISTÊNCIA.

> 1 – **O artigo 59 da Lei nº 8.213/91 não especifica se a incapacidade deve ser total ou parcial para a concessão do auxílio-doença, apenas diz "ficar incapacitado", assim, onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo.** Precedente.
> 2 - Recurso não conhecido.
> (REsp 272.270/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., julg. em 14/08/2001; **grifei**).

Diante da inconsistência do motivo determinante indicado pelo INSS ao negar o benefício – qual seja, a suposta ausência de constatação da incapacidade do apelado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual –, deve ser mantida a condenação do ente autárquico à implantação do auxílio-doença acidentário em favor do requerente, com efeitos retroativos.

Quanto ao termo inicial do benefício, o art. 60 da Lei 8.213/1991 assim dispõe:

> Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)
> § 1º Quando requerido por segurado afastado da atividade por mais de 30 (trinta) dias, o auxílio-doença será devido a contar da data da entrada do requerimento.

O STJ decidiu, em sede de recurso repetitivo (regime do art. 543-C do CPC/1973 e da Resolução nº 8/2008 do STJ), que, para fins de fixação do momento em que ocorre a lesão incapacitante em casos de doença profissional ou do trabalho, deve ser observada a definição do art. 23 da Lei nº 8.213/1991, segundo a qual "considera-se como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro" (REsp Nº 1.296.673/MG-RR, Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, *DJe* 03/09/2012).

A propósito do termo final, o art. 62 da Lei nº 8.213/1991 (Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social), na redação anterior à edição da Medida Provisória nº 739, de 07.07.2016, assim dispunha:

> Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. **Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez**.

Atualmente, o citado dispositivo (art. 62, *caput* e p. ún., da Lei nº 8.213/1991) apresenta redação semelhante:

> Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insuscetível de recuperação para sua atividade habitual, **deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional**.
>
> Parágrafo único. **O benefício será mantido até que o segurado seja considerado reabilitado para o desempenho de atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez**.

***In casu*, por não ser possível aferir se decorreram 30 (trinta) dias entre o início da incapacidade e o pedido administrativo, apresentado em 07/02/2014, o benefício será devido desde o requerimento formulado junto ao INSS** (conforme requerido pela parte autora na peça inicial - p. 11), **até a reabilitação do segurado ou, acaso venha a ser considerado não recuperável, até que seja aposentado por invalidez.**

A Administração é responsável pela inclusão do beneficiário em processo de reabilitação com a emissão, ao final, de certificado individual, no qual devem ser indicadas as atividades que poderão ser por ele exercidas, na forma do art. 92 da Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social, nada impedindo que este exerça outra atividade para a qual se capacitar.

No que toca aos consectários legais incidentes sobre o valor da condenação, o Superior Tribunal de Justiça definiu, sob a sistemática dos recursos repetitivos (REsp 1.495.146/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, DJe 02/03/2018), que as condenações de natureza previdenciária impostas à Fazenda Pública sujeitam-se à incidência do **INPC, para fins de correção monetária**, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91.[2] Quanto aos **juros de mora, estes incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança** (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

Os juros são devidos a partir da citação (Súm. 204 do STJ) e a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação (Súm. 148 do STJ). Confiram-se:

> STJ. Súmula 204. Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida.
>
> STJ. Súmula 148. Os débitos relativos a benefício previdenciário, vencidos e cobrados em juízo após a vigência da Lei n. 6.899/1981, devem ser corrigidos monetariamente na forma prevista nesse diploma legal.
>
> Lei 6.899/1981. Art 1º - A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.
> § 1º - Nas execuções de títulos de dívida líquida e certa, a correção será calculada a contar do respectivo vencimento.

2 Lei 8.213/91. Art. 41-A. O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, *pro rata*, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. (Incluído pela Lei nº 11.430, de 2006)

Por fim, assiste razão ao recorrente ao defender ser descabida a sua condenação ao pagamento de custas, diante da isenção legal (art. 5º, I, da Lei Estadual n. 16.132/2016).[3]

Ante o exposto, **dou parcial provimento** à remessa necessária e ao apelo e reformo em parte o *decisum*, apenas para estabelecer como termo inicial do benefício a data do requerimento administrativo (07/02/2014) e afastar a condenação do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS ao pagamento das custas processuais. Sentença confirmada nos seus demais termos.

A parte apelada não deu causa à sucumbência recursal, razão pela qual o apelante responderá, por inteiro, pelos honorários (art. 86, p. ún., do CPC), os quais serão fixados sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido pela parte autora, devendo a definição do percentual ocorrer apenas quando liquidado o julgado, conforme dispõe o art. 84, §§ 2º a 5º, do CPC. No arbitramento, levar-se-á em conta o acréscimo de serviço decorrente da fase recursal.

É como voto.

3 Lei N. 16.132/2016. Art. 5º - **São isentos do pagamento de despesas processuais: I - a União**, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal **e as respectivas autarquias** e fundações; [...] Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo não alcança as entidades fiscalizadoras do exercício profissional, nem exime as pessoas jurídicas referidas no inciso I da obrigação de reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora.

PROCESSO: 0005065-74.2007.8.06.0070 – APELAÇÃO
APELANTE: PAULO NAZARENO SOARES ROSA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DR. SÉRGIO LUIZ ARRUDA PARENTE, PORT. 1494/2018

EMENTA: APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE CRATEÚS. PRELIMINAR. INAPLICABILIDADE DA LEI 8.429/92. ADI 2.797/DF. OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO OU TITULAR DE MANDATO ELETIVO. FORO PRIVILEGIADO. INADMISSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS FORA DA ORDEM DE APROVAÇÃO. CONHECIMENTO EFETIVO DO AGENTE ÍMPROBO. VIOLAÇÃO À LICITUDE DO CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE DOLO GENÉRICO. APLICAÇÃO DO ART. 11, INCISO V, DA LEI 8.429/92. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Versa a presente demanda de Apelação Cível apresentada por Paulo Nazareno Soares Rosa opondo-se ao julgamento da sentença realizado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Crateús – CE, o qual julgou parcialmente procedente a pretensão do *Parquet*, para condenar Paulo Nazareno Soares Rosa e José Ernesto Coelho da Costa ao pagamento da multa civil no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) em razão da violação aos princípios administrativos, premissa do art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa.

2. Em primeiro plano, insta ponderar sobre a arguição preliminar de inaplicabilidade da Lei nº. 8.429/92 aos agentes políticos. No julgamento plenário da ADI 2.797/DF, restou explicitado que, em se tratando de Ação Civil Pública por improbidade administrativa fundada na Lei nº 8.429/92, mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções.

3. A argumentação preliminar apresentada pelo recorrente, quanto a inadmissibilidade da presente demanda, em face do entendimento sufragado no teor da Reclamação nº. 2.138, da relatoria do Min. Nelson Jobim, em nada influencia na atual *quaestio*, pois a discussão em curso no Excelso Pretório versava sobre regime de responsabilidade dos agentes políticos e dos demais agentes públicos em face dos crimes de responsabilidade, previstos na Lei nº 1.079/1950 e Decreto-Lei nº 201/1967.

4. Nestes termos, REJEITA-SE a preliminar de inaplicabilidade da Lei nº. 8.429/92 ao caso em tela, em razão do julgamento da Reclamação de nº. 2.138/DF pelo Excelso Pretório.

5. O réu apresenta a tese recursal de inexistência de má-fé dos atos administrativos praticados, quanto a nomeação de candidatos em certame público sem seguir a ordem de aprovação, informando, ainda, que "assinava inúmeros documentos que lhe eram repassados pelo corpo de secretariado", não podendo apontar-se dolo na conduta praticada.

6. A sentença condenou o apelante a premissa do artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa, sob o fundamento de ter ocorrido ato de improbidade administrativa que atentou contra os princípios da administração pública, em razão da omissão do réu, a qual acarretou violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

7. A conduta do agente público não pode ser considerada omissiva, pois o réu detinha concreto conhecimento da situação violadora da licitude do concurso público, esquivando-se, voluntariamente, de adotar conduta repressiva quanto a fraude na ordem de classificação na investidura em cargo ou emprego público do Ente Municipal, de modo a afrontar os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade ínsitos ao certame.

8. "O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria –, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas". (AgRg no REsp 1.539.929/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/6/2016, DJe 2/8/2016).

9. Sob tais fundamentos, deve-se considerar que a sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Crateús merece ser mantida, pois a Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público do Estado do Ceará possui os pressupostos

suficientes para imputar o recorrente as penalidades insertas no art. 12, inciso III, da Lei 8.429/92.
10. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento nos termos do voto do eminente relator.

Fortaleza, 24 de outubro de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível ajuizada por Paulo Nazareno Soares Rosa em contrariedade a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Crateús – CE, o qual julgou parcialmente procedente a Ação de Improbidade Administrativa para condenar Paulo Nazareno Soares Rosa e José Ernesto Coelho da Costa ao pagamento da multa civil no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Em sua minuta recursal, fls. 653/656 e 665/694, Paulo Nazareno Soares Rosa, alega a inaplicabilidade da Lei nº. 8.429/92 aos agentes políticos, os quais devem submeter-se ao regime da Lei nº. 1.079/50, sob pena de violação ao art. 37, §4º, da Constituição Federal.

Aponta restar ausente a prática de ato de improbidade por parte do recorrente, uma vez que a Lei Municipal de nº. 386/99 concedeu autonomia a cada Secretário Municipal para realizar diversos atos administrativos, em razão da delegação e descentralização administrativas. Afirma que a mera subordinação hierárquica dos Secretários Municipais não pode representar a responsabilidade objetiva do Prefeito, sem que exista qualquer previsão legal para tanto. Relata que, em razão das sanções a serem aplicadas, o reconhecimento da improbidade administrativa somente pode recair sobre o agente que praticou a conduta comissiva ou omissiva.

Enuncia inexistir má-fé na conduta administrativa, ao passo que o apelante assinava inúmeros documentos que lhe eram repassados pelo corpo de secretariado, oportunidade em confiava na veracidade e legalidade dos atos subscritos.

Destaca, também, não ocorrer dolo na conduta realizada, sendo tal elemento imprescindível aos tipos previstos no art. 10, da Lei 8.429/32 – Lei de Improbidade administrativa. Repele a aplicação das sanções previstas no art. 12, inciso III, da Lei 8.429/92, em razão da desproporcionalidade e falta de razoabilidade em relação a gravidade do ato alegadamente reputado como ímprobo.

Ao cabo, postula a reforma da sentença de primeiro grau para indeferir a petição inicial me face da inaplicabilidade da Lei nº. 8.429/92, ou que sejam julgados improcedentes os pedidos realizados, e subsidiariamente requer a redução da multa aplicada.

Em petição de fls. 659/662, José Ernesto Coelho da Costa, em breve síntese, pleiteia a redução da multa aplicada e o parcelamento para pagamento da mesma.

Tal pleito foi rejeitado, de plano, pelo Magistrado de origem, cf. fl. 699.

O Ministério Público do Estado do Ceará apresenta contrarrazões em que repele a argumentação preliminar de inaplicabilidade da Lei de Improbidade administrativa, pois subsiste entendimento pacífico da aplicabilidade da Lei de Improbidade administrativa quando o gestor pratica atos que comportam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário ou violam princípios da Administração Pública.

Dispõem que o ato ímprobo qualifica-se na modalidade do art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa, não se exigindo a presença de dolo específico, sendo suficiente a conduta dolosa, comissiva ou omissiva, consubstanciada pelo mero dolo genérico.

Sustenta, a teor do dolo genérico, que o gestor apelante teve pleno conhecimento do conteúdo e dos efeitos dos malsinados atos administrativos, mantendo-se inerte ante a plausibilidade de desfazê-los. Ressalta a conduta livre e consciente de descumprir o ordenamento jurídico, havendo regularidade

formal da sentença vergastada, ao impor a responsabilização aos réus pelos atos de improbidade cometidos.

Ao término, postula o improvimento ao recurso e manutenção integral da sentença.

É o relatório.

VOTO

Versa a presente demanda de Apelação Cível apresentada por Paulo Nazareno Soares Rosa opondo-se ao julgamento da sentença realizado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Crateús – CE, o qual julgou parcialmente procedente a pretensão do *Parquet*, para condenar Paulo Nazareno Soares Rosa e José Ernesto Coelho da Costa ao pagamento da multa civil no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) em razão da violação aos princípios administrativos, premissa do art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa.

Em primeiro plano, insta ponderar sobre a arguição preliminar de inaplicabilidade da Lei nº. 8.429/92 aos agentes políticos. No julgamento plenário da ADI 2.797/DF, restou explicitado que, em se tratando de Ação Civil Pública por improbidade administrativa fundada na Lei nº 8.429/92, mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções.

Tal entendimento encontra-se assentado no julgamento da Reclamação nº. 2.766 e devido a sua importância para o deslinde da matéria, transcreve-se a ementa do julgado, *in litteris*:

> *E M E N T A: RECLAMAÇÃO – AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – COMPETÊNCIA DE MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU, QUER SE CUIDE DE OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO, QUER SE TRATE, COMO NA ESPÉCIE, DE TITULAR DE MANDATO ELETIVO (PREFEITO MUNICIPAL) AINDA NO EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.*

> ***O Supremo Tribunal Federal tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau.*** *Precedentes.* (Rcl 2.766 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 08-04-2014 PUBLIC 09-04-2014) (negritos nossos).

Logo, a argumentação preliminar apresentada pelo recorrente, quanto a inadmissibilidade da presente demanda, em face do entendimento sufragado no teor da Reclamação nº. 2.138, da relatoria do Min. Nelson Jobim, em nada influencia na atual *quaestio,* pois a discussão em curso no Excelso Pretório versava sobre regime de responsabilidade dos agentes políticos e dos demais agentes públicos em face dos crimes de responsabilidade, previstos na Lei nº 1.079/1950 e Decreto-Lei nº 201/1967.

Seguem abaixo entendimentos enunciados em diversos tribunais pátrios, acerca da matéria:

> *Ementa: Embargos de declaração. Agravo de instrumento. Ação de improbidade administrativa. Hipótese versada nos autos que trata de ato de improbidade administrativa por dano ao erário decorrente de pagamento, em tempo recorde, de quantia vultosa à empresa vencedora de licitação para a construção de uma praça no Distrito de Xerém, no Município de Duque de Caxias-RJ, não tendo, porém, a obra sido executada. Ação ajuizada em face do agravante, do Ex-Prefeito de Duque de Caxias-RJ, e demais agentes públicos que participaram do procedimento licitatório. Decisão agravada que recebeu a inicial da ação de improbidade administrativa. Recurso ao qual foi negado seguimento liminarmente, na forma do disposto no artigo 557, caput, do CPC. Agravo Interno. Reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Estadual, com supedâneo em precedentes desta Câmara e do Superior Tribunal de Justiça,*

tendo sido determinada a remessa dos autos para o Supremo Tribunal Federal. Contudo, esta Câmara, no julgamento dos embargos de declaração opostos no agravo de instrumento nº 0034881-81.2012.8.19.0000, diante de fato novo sustentado pelo Parquet, ou seja, decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de considerar de cunho civil a ação de improbidade administrativa, conduzindo à inaplicabilidade da tese da competência implícita complementar, ao fundamento de inexistir similitude de hipóteses entre as ações civil e criminal, a justificar a prerrogativa de foro, tendo, inclusive, declarado a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02, que estabelecia foro especial não previsto na Constituição Federal, acolheu os embargos de declaração "para modificar a decisão anterior desta Câmara, no sentido da rejeição da questão de ordem relativa à competência, reconhecendo-se, pois a da Justiça Estadual para o julgamento da ação em comento, seus incidentes e recursos". Deste modo, devem ser providos os presentes embargos de declaração, com efeitos infringentes, para modificar o acórdão anterior e declarar a competência da Justiça Estadual para o julgamento da ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do embargado e outros. Quanto ao agravo interno, o mesmo não merece prosperar, tendo em vista que a decisão encontra-se devidamente fundamentada. Ademais, a remansosa jurisprudência é no sentido de que, mesmo a fundamentação concisa, desde que suficiente para o entendimento das partes, não rende ensejo à nulidade. Réu notificado da petição inicial e apresentou manifestação prévia, com advogado constituído nos autos. Participação na fase preliminar que equivale a comparecimento espontâneo. Ausência de prejuízo à defesa. Quanto ao mérito, a questão demanda elucidação probatória a ser realizada na instrução processual. Provimento dos embargos de declaração com efeitos infringentes opostos pelo Ministério Público e desprovimento do agravo interno. (TJ-RJ - AI: 00019421420138190000 RJ 0001942-14.2013.8.19.0000, Relator: DES. CARLOS JOSE MARTINS GOMES, Data de Julgamento: 03/12/2013, DÉCIMA SEXTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 29/04/2014 13:06) (grifos nossos).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SECRETÁRIO DE ESTADO. AUSÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU.
Na ação civil de improbidade administrativa não há foro privilegiado, por prerrogativa de função, ou seja, não há competência originária para processar e julgar ação de improbidade. Essa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça que, em recentes decisões, se manifesta pela inexistência de foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa, as quais devem ser julgadas nas instâncias ordinárias. Precedentes desta Corte. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70057885808, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/03/2014) (grifos nossos).

I - Ação civil pública por improbidade administrativa com pedido de suspensão de direitos políticos e seus consectários. Irregularidades administrativas em face das limitações próprias do município. Realização de despesas miúdas de pronto pagamento sem justificação e comprovação adequadas. Aplicabilidade da Lei 8.429/92 a Prefeitos. Admissibilidade.
II - A Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada aos Órgãos do Poder Executivo, pois a Carta Política no artigo 37, § 4º, prevê as penas administrativas, civis e políticas pertinentes à improbidade, relegando à lei infraconstitucional seu regramento. ***Não há dúvida de que crime de responsabilidade, crime comum, impeachment e ato de autoridade são distintos, mas com relação aos Prefeitos e seus Secretários é perfeitamente ajustável à aplicação da Lei 8.429/92.***
III O prazo prescricional nos atos de improbidade administrativa se inicia para os particulares partícipes ou beneficiários com o término do exercício do mandato do agente político responsável pela improbidade (artigo 23 da LIA).
IV O agente político se subsume à lei 8.429/92. O art. 37, IV, da Constituição da República é norma constitucional retora para todos os agentes que exercem a função administrativa. A Constituição dá atribuições competenciais para todos os juízes singulares para o julgamento dos agentes políticos e

> *os demais agentes públicos, ressalvada apenas a perda de cargo ou suspensão de direitos políticos de autoridades que tenham forma própria e específica de destituição prevista no Texto Constitucional. Nesses casos, é que se pode falar em deslocamento da competência para os Tribunais Superiores e até para o Supremo Tribunal Federal, mas no que tange à prática de atos ilícitos no ambiente administrativo municipal, os magistrados singulares são individualmente competentes para apreciar e julgar os Prefeitos e aqueles que exercem a atividade administrativa municipal.*
> *V O objetivo da Lei de Improbidade Administrativa é punir o Administrador Público corrupto, desonesto, e não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado. O Prefeito, no exercício de suas funções públicas, não se enriqueceu ilicitamente, mas atentou contra princípios retores da Administração Pública. Em razão dessa conduta, deve pagar multa civil arbitrada em duas vezes o valor da remuneração percebida no trânsito em julgado da sentença bem como ao ressarcimento dos danos causados ao Erário, devidamente corrigidos.*
> *VI Deixa-se de aplicar as penas de perda da função pública e suspensão dos seus direitos políticos, porque o fato não é gravíssimo e nem ficou provado o seu enriquecimento ilícito ou dano irreparável ao Erário Público. Conquanto o artigo 11 preveja as penas que lhe foram impostas, o melhor é deixar que o ex-Prefeito seja julgado por seus pares em eventual pleito político para cargo do Legislativo ou do Executivo.*
> *VII Sentença de improcedência. Recurso provido em parte para os fins supramencionados".* (TJ-SP - APL: 00039868520078260108 SP 0003986-85.2007.8.26.0108, Relator: Guerrieri Rezende, Data de Julgamento: 04/03/2013, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 07/03/2013) (grifos nossos).

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará também perfilha tal entendimento, em diversos julgados, os quais colaciono abaixo:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. APLICABILIDADE AOS PREFEITOS. NÃO LANÇAMENTO E ARRECADAÇÃO IPTU. LRF. NEGLIGÊNCIA

CONSTATADA. IMPROBIDADE CARACTERIZADA. SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE, INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Cuida-se de Recurso de Apelação Cível com vistas a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa interposta em desfavor do apelante e na qual o Parquet imputa ao réu a conduta descrita no art. 10, VII e X da Lei 8.429/92, pelo fato de ter ele, no ano de 2012, enquanto gestor do Município de Baixio, deixado de realizar os atos necessários ao lançamento e consequente arrecadação do IPTU daquele ano, perfazendo um prejuízo de R$52.498,43 (cinquenta e dois mil, quatrocentos e noventa e oito reais e quarenta e três centavos), requerendo sejam imputadas as sanções descritas no art. 12, II, da LIA. Sentença de mérito na qual foram acolhidos os argumentos do autor, condenando o réu: a) na perda da função pública; b) na suspensão dos direitos políticos por 7 (sete) anos; c) no pagamento de multa civil, correspondente a duas vezes o valor do dano; d) no ressarcimento ao erário do dano provocado, no importe de R$52.498,43 (cinquenta e dois mil, quatrocentos e noventa e oito reais e quarenta e três centavos).

2. Em suas razões, refere-se o réu/apelante à inaplicabilidade da Lei 8.429/92 aos Prefeitos Municipais, sob pena de bis in idem, bem como refere-se a inexistência de ato de improbidade, notadamente em razão de não restar comprovada a má-fé do recorrente e, por fim, alega a desproporção da condenação.

3. A Lei 8.429/1992 é perfeitamente aplicável aos Prefeitos Municipais, inexistindo incompatibilidade com o Decreto-Lei 201/1967. O Supremo Tribunal Federal (Rcl 2.138) não deu interpretação que possa ser aplicada ao presente caso, posto que no referido julgado tratou de crimes de responsabilidade previstos na Lei 1.079/1950, aplicável ao Presidente da República e aos Ministros de Estado, além do que, como dito, referido julgamento possui efeitos inter partes. Precedentes.

4. A conduta imputada ao gestor, de omitir-se na realização dos procedimentos necessários ao lançamento e arrecadação do IPTU referente ao ano de 2012, se amolda com perfeição ao disposto no citado art. 10, X, da LIA. As isenções, por certo,

não podem ser estabelecidas como bem entender o gestor municipal, sem qualquer estudo de impacto ou previsão de compensação, sob pena de colocar em xeque a sanidade fiscal do município, devendo, por isso, seguir as regras estabelecidas no art. 14, da LRF e observada a responsabilidade do gestor prevista no art. 11, da LRF.

5. Irrefutável a irregularidade da conduta desempenhada pelo ex-gestor municipal que, em ano de eleição municipal, omitiu-se no cumprimento de suas obrigações arrecadatórias sem qualquer respaldo constitucional ou legal.

6. As punições descritas na norma (art. 12 da LIA) são severas, merecendo atuação cautelosa do aplicador, com vistas a evitar situações de desequilíbrio e desproporção caso aplicadas as sanções indistintamente, sem que se leve em conta o caso concreto em suas circunstâncias e nuances. Possível a aplicação isolada ou cumulativa das punições descritas no referido dispositivo legal devendo o julgador avaliar o caso concreto, a extensão do dano e o proveito econômico obtido pelo réu.

7. No caso em comento, como dito, agiu o réu, no mínimo, de forma negligente ao omitir-se no lançamento e consequente arrecadação do IPTU relativo ao ano de 2012. Contudo, referida negligência não afastou por completo a possibilidade de posterior lançamento e arrecadação do mesmo, dado não ter expirado o respectivo prazo decadencial, tanto que no ano seguinte (2013) a nova gestora tomou todas as medidas necessárias ao lançamento e arrecadação do IPTU relativo ao ano de 2012.

8. Assim, tenho que a aplicação de todas as sanções descritas no art. 12, II, da LIA, como requerido pelo representante do Parquet e acolhido em sua quase inteireza pelo magistrado de piso entremostra-se desarrazoada, ferindo os postulados da isonomia, razoabilidade, proporcionalidade e individualização da pena.

9. Recurso de Apelação conhecido e parcialmente provido, para reformar a sentença de primeiro grau, mantendo a condenação do réu, ARMANDO QUARESMA TRIGUEIRO, por ato de improbidade em razão da omissão no lançamento e arrecadação do IPTU referente ao ano de 2012, com fundamento no art. 10, X, da Lei 8.429/92, mas restringindo as sanções previstas no art. 12, II, do mesmo diploma legal

ao pagamento de multa, fixada em R$52.498,43 (cinquenta e dois mil, quatrocentos e noventa e oito reais e quarenta e três centavos), bem como na suspensão dos seus direitos políticos por 5 (cinco) anos. ACÓRDÃO Acordam os integrantes da Eg. Primeira Câmara de Direito Público, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer do recurso para dar-lhe parcial provimento, de acordo com o voto do Relator. Fortaleza, 10 de setembro de 2018. PRESIDENTE RELATOR PROCURADOR(A)
(0001181-77.2014.8.06.0042 – Apelação, Relator (a): PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE; Comarca: Baixio; Órgão julgador: Vara Única; Data do julgamento: 10/09/2018; Data de registro: 11/09/2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. EX PREFEITO. PARÁGRAFOS 1.º E 2.º DA LEI N. 10.628/2002. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF (ADI 2.797/DF). JULGAMENTO PERANTE ESTA E. CORTE. DESCABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 481 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.
1. O juiz singular desacolheu e declarou constitucional os parágrafos 1.º e 2.º da Lei n.º 10.628/2002, o incidente provocado pelo douto representante do órgão ministerial, ao fundamento da regra do art. 22, inciso I, da CF/88, que confere a União a competência para legislar sobre matéria processual.
2. Esses dispositivos são, sem dúvida, inconstitucionais porque contrariam os artigos 29, inciso X, e 125, § 1.º, ambos da Constituição Federal de 1988, que taxam como foro privilegiado somente os crimes comuns e de responsabilidade, não envolvendo, pois, em seu texto, os feitos de natureza cível, como é o caso das ações de improbidade administrativa.
3. No mais, estes dispositivos, violaram os arts. 102, I; 105, I, "a"; 108, I e 125, § 1º, da Carta Magna, porque o legislador ordinário, como é certo, não tem legitimidade formal para alterar a competência dos tribunais, se a matéria é privativa de emenda constitucional.
4. Daí que, com base, inclusive em decisão do STF (ADIN nº 2797-2), é que aponto como juízo competente o da Comarca

de Madalena ao exame e julgamento do presente feito, ao que procedo com fundamento no disposto no artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil Brasileiro. 5. Recurso conhecido e provido
(Relator (a): EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE; Comarca: N/A; Órgão julgador: N/A; Data do julgamento: N/A; Data de registro: N/A).

AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO PARA PREFEITO. PARÁGRAFOS 1º E 2º DA LEI Nº 10.628/2002. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF.
1. No caso, ação rescisória contra acórdão que reconheceu ato de improbidade administrativa, sob alegação de violação à suposta prerrogativa de foro (Art. 485, II do CPC).
2. Preliminar de inépcia da inicial rejeitada, uma vez que todos os requisitos legais foram satisfatoriamente cumpridos.
3. Quando do trânsito em julgado da decisão rescindenda, predominava o entendimento pela aplicação da regra do Art. 2º, caput, da Lei da Ação Civil Pública, que reconhecia a competência do local da ocorrência do dano para processar e julgar a causa, não sendo aplicável às alterações legislativas posteriores, por força do princípio do tempus regit actum.
4. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das ADIs nº 2.797 e 2.860, declarou inconstitucionais os §§ 1º e 2º do Art. 84 do CPP, inseridos pela Lei nº 10.628/02, inexistindo foro por prerrogativa de função perante o Tribunal de Justiça nas ações de improbidade administrativa contra prefeitos municipais. - Ação rescisória julgada improcedente. - Acórdão rescindendo confirmado. - Unânime.
(Relator (a): MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE; Comarca: N/A; Órgão julgador: N/A; Data do julgamento: N/A; Data de registro: N/A) (sublinhados nossos).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL - SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS - AGENTE POLÍTICO COMO ESPÉCIE DO GÊNERO

AGENTE PÚBLICO - LEGITIMIDADE DO AGENTE PÚBLICO PARA RESPONDER AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO MUNICIPAL - FORO PRIVILEGIADO NÃO RECONHECIDO - LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PARA REGULAR CRIMES DE RESPONSABILIDADE E ATOS DE IMPROBIDADE - JURISDIÇÃO ESPECIAL PARA AGENTES POLÍTICOS QUE NÃO INCLUI O CARGO DE PREFEITO. RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento para desconstituir decisão monocrática que recebeu ação de improbidade administrativa contra o Prefeito Municipal e o Secretário de Administração e Finanças alegando a ilegitimidade passiva do Secretário e necessidade de jurisdição especial para o Chefe do executivo municipal.

2. É legítima a intervenção do agente público na qualidade Secretário Municipal se a imputação indica aplicação indevida de recurso, mesmo que não lhe caiba ordenar despesas, mormente se a secretaria executava a ordem do gestor municipal.

3. Não cabe foro privilegiado em ação de infração político - administrativa praticada por Prefeito Municipal se a Lei nº 1.079/50, que prevê jurisdição especial, especifica os agentes políticos abrangidos por sua incidência sem constar o chefe do executivo municipal.

É incabível a incidência da Reclamação nº 2.138, em todos os processos instaurados por infrações político-administrativas, vez que ao proferir o julgamento desta, o STF decidiu que a mesma foi veiculada por meio do controle difuso de constitucionalidade, que não tem caráter vinculante e nem possui efeitos "erga omnes".

5. Eventual foro privilegiado em razão de "múnus" público não deve alcançar o ex-ocupante do cargo que perdeu a condição de agente público, porquanto a lei nº 10.628/2002, que tornou legal tal desiderato foi considerada inconstitucional pelo julgamento da ADI 2.797/DF. (TJCE, Agravo de Instrumento 1925587200980600000, Relator(a): FRANCISCO AURICÉLIO PONTES, Comarca: Fortaleza, Órgão julgador: 2ª Câmara Cível, Data de registro: 15/04/2013) (sublinhados nossos).

Nestes termos, REJEITO a preliminar de inaplicabilidade da Lei nº. 8.429/92 ao caso em tela, em razão do julgamento da Reclamação de nº. 2.138/DF pelo Excelso Pretório, e sob as premissas acimas descritas, passo a analisar as questões de mérito.

Passo ao exame do mérito.

O réu apresenta a tese recursal de inexistência de má-fé dos atos administrativos praticados, quanto a nomeação de candidatos em certame público sem seguir a ordem de aprovação, informando, ainda, que "assinava inúmeros documentos que lhe eram repassados pelo corpo de secretariado", não podendo apontar-se dolo na conduta praticada.

Examinando a plausibilidade do argumento esboçado, deve-se atentar ao trecho do termo de declarações, prestadas que o Sr. Paulo Nazareno Soares Rosa, na Promotoria de Justiça da Comarca de Crateús, acostadas às fls. 126/127 dos autos:

> [...]
> que o Secretário de Administração era o responsável por encaminhar ao declarante os atos de nomeação dos aprovados, observando a ordem de classificação; que à época do concurso de 2002 o Secretário de Administração era o Sr. Ernesto Coelho, tendo este permanecido no cargo até o final de 2004; que não tem conhecimento de que tenha havido burla na ordem de chamada dos candidatos aprovados para o concurso de 2002; que não chegou ao conhecimento do declarante pedido de alguma autoridade para admitir alguma pessoa em burla à ordem de classificação; mostrado ao declarante o ofício n. 173/2002, da lavra do Dr. José Airton da Silva, disse não recordar de tê-lo recebido, nem de ter cedido o servidor João Alves Neto Palhano, que a convocação dos aprovados ficava a cargo da Secretaria de Administração, entretanto a recomendação era de que o interessado fosse comunicado pessoalmente; que as publicações eram feitas no átrio do Paço Municipal e pelas rádios, não dispondo a Prefeitura de Diário Oficial; que o declarante assinava os atos de nomeação sem conferir se a ordem de classificação estava sendo respeitada, pois presumia que estivesse sendo obedecida a orientação dada; que o declarante prestou informações do concurso

> e das nomeações ao Tribunal de Contas dos Municípios, o que ficava a cargo direto do Secretário de Administração; que tomou ciência de algumas reclamações a respeito da preterição de alguns candidatos em favor de outros, mas em apenas um dos casos determinou a instauração de sindicância para apurar a irregularidade; que todos os atos de nomeação eram assinados pelo declarante, mas a posse se dava perante o Secretário da pasta onde o servidor era lotado;
> [...]
> (termo de declarações do Sr. Paulo Nazareno Soares Rosa junto a Promotoria de Justiça da Comarca de Crateús, fls. 126/127 dos autos).

No caso em comento, a sentença condenou o apelante a premissa do artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa, sob o fundamento de ter ocorrido ato de improbidade administrativa que atentou contra os princípios da administração pública, em razão da omissão do réu, a qual acarretou violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. No caso em tela, aplica-se especificamente a premissa do inciso V, uma vez que o Prefeito frustou a licitude do concurso ao assentir a preterição de alguns candidatos no certame público, mesmo restando ciente da situação.

A conduta do agente público não pode ser considerada omissiva, pois o réu detinha concreto conhecimento da situação violadora da licitude do concurso público, esquivando-se, voluntariamente, de adotar conduta repressiva quanto a fraude na ordem de classificação na investidura em cargo ou emprego público do Ente Municipal, de modo a afrontar os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade ínsitos ao certame.

Há de se atentar que a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça disciplina que deve restar presente na conduta ímproba do agente público, ao menos, o dolo *lato sensu* ou genérico sendo, contudo, dispensável a comprovação de prejuízo ao erário na configuração do ilícito administrativo. Seguem julgados que corroboram tal tese:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO SUBJETIVO. DESCABIMENTO DA DEMANDA, SE SUPERADA, AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA REFORMA DO ACÓRDÃO RESCINDENDO.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública por improbidade administrativa movida contra 213 pessoas por força de irregularidades em concurso para provimento de cargos da Prodam, assim narradas na petição inicial (grifo acrescentado): "A efetivação do concurso para provimento dos cargos da 'Prodam' privilegiou uma gama enorme (quase absoluta conforme veremos no quadro abaixo ilustrado) dos servidores que trabalhavam naquela empresa, classificada como sociedade de economia mista municipal. O prazo (menos de 24 horas) que compreendeu a publicação e a inscrição dos candidatos às inúmeras vagas colocadas à disposição para preenchimento; assim como o prazo (8 horas) concedido para as inscrições dos interessados, revelam que o concurso teve claro objetivo de beneficiar os servidores da 'Prodam' e, principalmente, excluir, suprimir a competitividade do certame". A inicial faz referência à restrição de publicidade, alijamento de interessados do acesso aos cargos, favorecimento daqueles que já trabalhavam na Prodam, que entraram quase imediatamente no exercício de seus cargos em período eleitoral.

2. Na inicial, pediu-se a imposição ao recorrido da "suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida no último mês do exercício de seu cargo; a 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", a condenação a "reparar o dano causado ao patrimônio da Prodam, e a toda coletividade, mediante a devolução, ao patrimônio público, de todos os salários e encargos sociais pagos ao pessoal contratado e mantido pela 'Prodam'".

3. A sentença julgou o feito parcialmente procedente. Reconheceu-se ali a improbidade do ato: "a publicação do edital estabelecendo apenas o dia seguinte ao de sua publicação como data para as inscrições, à evidência, comprometeu o caráter competitivo do certame, uma vez que impediu o amplo conhecimento de outros interessados, bem como impossibilitou, mesmo àqueles que tiveram acesso a essa informação, de se organizarem de modo a proporcionar a regular inscrição, seja em razão de documentos, seja em razão de horário para efetivá-la. (...) Na hipótese dos autos, a conduta praticada pelo co-réu Armindo Borelli, ao restringir a publicidade do concurso público, beneficiando diretamente os então funcionários da 'Prodam', violou diretamente o disposto no inciso I, do artigo 11, da LIA, pois, assim agindo, esse co-réu frustrou a licitude do certame)". Contudo, afastou a reparação econômica (porquanto o serviço fora prestado) e, com base em expresso juízo de proporcionalidade e razoabilidade, negou as demais sanções do art.
12, III, da LIA, exceto pela multa, estabelecida em patamar inferior ao máximo legal.
4. A sentença foi mantida pelo Tribunal de origem, que ratificou "que houve intenção de privilegiar os servidores lotados na Prodam. Os aprovados já eram contratados pela empresa, com admissão anterior à realização do certame. A realização do certame licitatório nos moldes como efetuados restringiu o acesso da população, violando o interesse público. Ademais, houve violação ao princípio da publicidade a que os atos administrativos estão sujeitos. Não foi dado conhecimento à população, excetuados os servidores participantes (...) Quanto às sanções do art. 12 da Lei Federal 8.429/92, muito bem considerada pela r. sentença, porque deve ser proporcional à natureza da infração". Iniciou-se então a execução de R$ 566 mil (valores de setembro de 2009), 5. A presente Ação Rescisória apontou erro de fato e afronta a disposição literal de lei no intuito de afastar ou reduzir a multa cominada, pedido este acolhido pelo Tribunal a quo, que reduziu a multa para 5 (cinco) salários.
EXAME DOS PRECEDENTES SOBRE O CABIMENTO DA RESCISÓRIA

6. No Resp 1.217.321/SC (Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Rel. p/acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18.10.2012), o eminente Relator designado (Ministro Mauro Campbell) refutou a possibilidade de se debater a "justiça ou injustiça da decisão" em Ação Rescisória, dado que "provas e fatos não podem ser reapreciados, a não ser que tenha havido violação às regras que dizem respeito à própria disciplina das provas, sua apresentação, forma e valor probatório". Com base em tal paradigma, a demanda rescisória poderia então discutir a "ausência de fixação de honorários", mas não a "má apreciação dos fatos", ou mesmo a "irrisoriedade ou exorbitância de verba honorária".

7. Transpondo a lição para o caso concreto, a sentença, ratificada pelo acórdão proferido na Ação Civil Pública, incorreu em duplo acerto de cunho objetivo: o valor da multa está dentro dos parâmetros objetivos fixados pelo art. 12, III, da LIA (pagamento de multa civil de até cem vezes) e atenta expressamente para as preocupações pretorianas em relação à razoabilidade e à proporcionalidade. Tirante casos patentemente absurdos ou teratológicos, discutir se o valor da multa deve ser cinquenta ou cinco salários (a irrisoriedade ou exorbitância da multa) não tem cunho objetivo.

8. Outro precedente, específico sobre a impossibilidade de rever sanção prevista na LIA em Ação Rescisória, afirma que "os critérios de proporcionalidade, de justeza, de razoabilidade, utilizados como parâmetros na aplicação das sanções ao ato ímprobo não são passíveis de serem revistos na via estrita de ação rescisória, porquanto não se constituem como violação 'literal' de dispositivo legal". (Sobre a matéria: REsp 827.288/RO, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 18.5.2010, DJe 22.6.2010.) Como bem expôs o juízo anterior, a "via rescisória que não se presta ao reexame da prova dos autos da ação originária (ação civil por ato de improbidade) como o objetivo de perquirir circunstâncias agora alegadas pelo agente político, como a sua boa-fé e a efetiva prestação dos serviços pela servidora ilegalmente contratada." (AgRg no REsp 1220274/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15/2/2011, DJe 22/2/2011). Tal decisum faz menção justamente a caso em que se pretendia debater a sanção à luz da boa-fé do administrador e da prestação de

serviços, fundamentos também utilizados aqui como causa de pedir da demanda Rescisória.

MÉRITO

9. O art. 12, III, da LIA determina que a multa será fixada em "até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente". A decisão rescindenda da Ação Civil Pública estabeleceu a sanção em 50 salários com amparo em manifesta preocupação com a proporcionalidade e a razoabilidade.

10. Tanto o acórdão rescindendo como o acórdão ora objeto de Recurso Especial partem rigorosamente da mesma premissa fática para atribuir-lhe consequências distintas, o que, data máxima venia, não revela contrariedade literal de disposição de lei suficiente para a procedência da Ação Rescisória.

11. Sem a tarifação legal da sanção, o arbitramento da multa em 50% do limite previsto na LIA, como o fez a decisão rescindenda, não está nem muito acima do mínimo legal (cuja referência não consta da lei, presumindo-se que seja, talvez, zero) nem muito inferior ao limite legal e tem conteúdo bastante modesto se considerarmos que nenhuma outra sanção prevista no art. 12, III, da LIA foi imposta. A sentença da Ação Civil Pública foi, portanto, proporcional.

12. A caracterização da conduta instituída no art. 11 da LIA dispensa o dano ao Erário. Se tal dano fosse pressuposto da dosimetria da sanção, o resultado da aplicação seria sempre zero e a lei teria colocado em seu texto palavras ao vento. O legislador permitiu que a multa atingisse até 100 salários, independentemente do dano causado, como nítida mensagem de que a preservação dos princípios da administração pública e dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições merece ser sancionada com multa que alcance valor substancial, independentemente do prejuízo gerado pela conduta ímproba.

13. O acórdão da rescisória reconhece explicitamente a contratação ilegal e o dolo (em toda sua intensidade), como pressupostos da condenação. Contudo, a despeito da sucumbência do recorrido (que poderia ter se insurgido para afastar in totum a condenação, conforme pretendido na exordial), Armindo Borelli, este não interpôs Recurso Especial, deixando que tais questões precluíssem.

CONCLUSÃO

14. Recurso Especial provido.
(REsp 1351701/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 08/09/2016).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.
1. O recurso especial foi interposto nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o recorrente, na condição de ex-prefeito do Município de Restinga/SP, por ter praticado os atos de improbidade administrativa descritos nos artigos 9º, inciso XI (enriquecimento ilícito em virtude da incorporação, "por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1°" da Lei de Improbidade) e artigo 11 da Lei nº 8.429/92.
2. Cerceamento de defesa. Quanto à alegação de cerceamento de defesa, em virtude do julgamento antecipado da lide, o conhecimento do recurso esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, já que o acórdão recorrido, com base no contexto fático, entendeu ser suficiente a prova dos autos e desnecessária a dilação probatória reclamada pelo réu, ora recorrente.
3. Violação dos princípios da Administração Pública - ofensa ao artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa.
3.1. As infrações de que tratam os arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429/92, além de dependerem da comprovação de dolo ou culpa por parte do agente supostamente ímprobo, podem exigir, conforme as circunstâncias do caso, a prova de lesão ou prejuízo ao erário.
3.2. Com relação ao artigo 11 da Lei de Improbidade, a Segunda Turma desta Corte perfilhava o entendimento de que não seria necessário perquirir se o gestor público comportou-se com dolo ou culpa, ou se houve prejuízo material ao erário nem tampouco a ocorrência de enriquecimento ilícito.

3.3. Quanto ao elemento subjetivo, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 765.212/AC, DJe de 19.05.10, relator o eminente Ministro Herman Benjamin, a orientação desta Turma foi alterada no sentido de ser preciso estar presente na conduta do agente público ao menos o dolo lato sensu ou genérico, sob pena de caracterizar-se verdadeira responsabilidade objetiva dos administradores.

3.4. In casu, as instâncias ordinárias entenderam estar configurado o propósito do ora recorrente em contratar servidores sem o devido concurso público, ao argumento de que seriam ocupantes de cargos em comissão.

3.5. Não há que se falar, portanto, em atipicidade da conduta do recorrente, já que, além de estar configurado o dolo genérico, é dispensável a comprovação de prejuízo ao erário na configuração do ilícito administrativo previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

3.6. Nos termos do inciso V, do artigo 11, da Lei 8.429/92, constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente a prática de ato que visa frustrar a licitude de concurso público. Nesse sentido, a "contratação de funcionários sem a observação das normas de regência dos concursos públicos caracteriza improbidade administrativa" (REsp 817.557/ES, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 10.02.10).

4. Enriquecimento ilícito - contrariedade ao artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa.

4.1. O recorrente alega negativa de vigência do artigo 9º da Lei n.º 8.429/92, ao argumento de não ter ficado comprovada a apropriação de valores recebidos a título de adiantamentos ilegais.

4.2 No especial, assevera-se que "o acórdão recorrido baseou-se apenas no relatório da auditoria e em evidências", bem assim que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo exarou parecer favorável à aprovação das suas contas (e-STJ fl. 2.157), não estando caracterizada a conduta ímproba de enriquecimento ilícito.

4.3. O juízo singular, ao julgar procedente a demanda, reconheceu ter o requerido incidido em improbidade

administrativa capitulada no artigo 9º da LIA, condenando-o à "perda dos valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio, mediante a obrigação de restituir aos cofres públicos municipais dos quais recebeu, a quantia de R$ 11.015,68, mais a diferença entre os valores de R$ 598,00" (e-STJ fl. 1.930).

4.4. O Tribunal a quo, ao manter a decisão monocrática, foi bastante claro ao reconhecer ter havido enriquecimento ilícito, concluindo que "são fatos que caracterizam ato de improbidade quer pelo tipo genérico do 'caput' do art. 9º quer pelo específico do inciso XI, da Lei nº 8.429/92" (e-STJ fl. 2.090).

4.5. Para contestar as premissas delineadas no aresto impugnado, no sentido de que não houve enriquecimento indevido, seria preciso examinar as provas e fatos dos autos, providência vedada nos termos da Súmula 7/STJ.

4.6. Com relação ao dissídio pretoriano suscitado, ao fundamento de que "[a] jurisprudência do C. STJ é pacífica no sentido de não admitir lesividade presumida" (e-STJ fl. 2.161), não se constata a necessária similitude fática entre os arestos confrontados, pois o acórdão atacado em momento algum tratou da referida tese.

5. Princípio da proporcionalidade na aplicação das penas.

5.1. Sustenta-se a não-observância do princípio da proporcionalidade, pois seria impossível a cumulação das penas previstas na LIA, bem como porque "o v. acórdão aplicou sanção desarrazoada ao recorrente que não agiu de má-fé, não foi desonesto e os servidores contratados efetivamente prestaram os seus serviços à Municipalidade de Restinga, não causando qualquer prejuízo".

5.2. O magistrado deve realizar a dosimetria da pena segundo a natureza, gravidade e as consequências do ato ímprobo, providências que não impedem a cumulação se necessário for.

5.3. Com relação ao enriquecimento indevido (art. 9º da LIA) ficou demonstrada a má-fé e o locupletamento ilícito, não havendo que se falar, por outro lado, em prejuízo ao erário (art. 10 da LIA), já que o aresto recorrido não imputou tal conduta ao recorrente.

5.4. Os atos que não geram, ao menos aparentemente, desfalque aos cofres públicos e vantagens pecuniárias ao agente ímprobo, tal como ocorre quando há violação dos princípios da administração pública (art. 11 da LIA), nem

> por isso deixam de ser típicos, sendo inadmissível concluir-se pelo mero não-sancionamento, sob pena de consagrar-se verdadeira impunidade.
> 5.5. As sanções aplicadas pelo Tribunal a quo atendem ao princípio da proporcionalidade e aos fins sociais a que a Lei de Improbidade Administrativa se propõe, tendo em vista as graves condutas praticadas pelo recorrente.
> 6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.
> (REsp 1140315/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 19/08/2010).

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará também perfilha tal entendimento, em diversos julgados, os quais colaciono abaixo:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOMEAÇÃO DE COMPANHEIRA PARA EXERCER O CARGO DE CHEFE DE GABINETE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. AGENTE POLÍTICO. EQUIPARAÇÃO COM O CARGO DE SECRETÁRIO. INEXISTÊNCIA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE. CHEFIA DE GABINETE. NATUREZA EMINENTEMENTE ADMINISTRATIVA. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº. 005/2005, ANEXO III, QUADRO C. NEPOTISMO CONFIGURADO. SÚMULA VINCULANTE Nº. 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SENTENÇA REFORMADA.
> 1. "É cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CPC/1973". (STJ, EREsp 1.220.667/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 30/06/2017).
> 2. Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face de Raimundo Nonato Guimarães Maia e de Talita de Lima Santiago, respectivamente, ex-Prefeito do Município de Quixeré e ex-Chefe de Gabinete. A inicial da demanda imputa-lhes a prática do ato de improbidade administrativa capitulado no artigo 10, "caput" e inciso XII, da Lei nº 8.429/1992, bem como no artigo 11 da referida legislação. Segundo relato da peça incoativa, o corréu Raimundo Nonato

Guimarães Maia nomeou a sua companheira, co-demandada Talita de Lima Santiago, para exercer o cargo em comissão de Chefe de Gabinete, embora esta fosse sua companheira.
3. A controvérsia instalada nos autos consiste em saber se a parte recorrida deve responder por atos de improbidade previstos nos artigos 10, caput, VII e 11, ambos da Lei nº. 8.429/92: a ocorrência de nepotismo.
4. Descendo à realidade dos presentes autos, verifico que a sentença vergastada julgou improcedente a demanda em virtude do entendimento do Supremo Tribunal Federal, na Rcl nº. 7834, no sentido de que o cargo de Chefe de Gabinete, por ser de natureza eminentemente política, não contrariava a Súmula Vinculante nº. 13. 5. A nomeação da recorrida Talita de Lima Santiago para exercer o cargo em comissão de Chefe de Gabinete na Prefeitura Municipal de Quixeré-Ce, por ato administrativo exarado pelo recorrido Raimundo Nonato Guimarães Maia, é fato incontroverso na presente demanda, tendo em vista a confissão destes nos autos.
6. Diante desse cenário, importante analisar se o cargo em comissão de Chefe de Gabinete ostenta, ou não, a natureza política, bem como se seu ocupante deve ser considerado agente político, afastando, assim, a incidência da conduta individualizada na inicial na moldura delineada na Súmula Vinculante nº. 13 do Supremo Tribunal Federal.
7. Os agentes políticos são os titulares dos cargos aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público, quais sejam: o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos, e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo (Ministros e Secretários das diversas pastas), Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.
8. Fácil perceber que não se afigura lícito concluir, na contramão da doutrina de direito administrativo colacionada e desta 3ª Câmara de Direito Público, que a nomeação realizada pelo recorrido Raimundo Nonato Guimarães Maia, conduta que fundamentou o ajuizamento da presente ação de improbidade administrativa, teve como finalidade o provimento de cargo por "agente político".
9. Merece relevo e anotação o fato de as atribuições específicas ao cargo em comissão de Chefe de Gabinete serem de natureza

eminentemente administrativa, técnica e profissional, conforme se infere do anexo III, Quadro "C", da LC Municipal nº. 005/2005 (fls. 45/64 – 61).

10. O artigo 24 da retromencionada legislação aponta a Chefia de Gabinete como Órgão de Assessoramento Direto da Administração Direta, distinguindo dos Órgãos de Execução Instrumental e de Execução Programática (execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público), nos quais se inserem a Secretaria de Educação (Secretário de Educação), Secretaria da Saúde (Secretário de Saúde), Secretaria do Desenvolvimento Urbano (Secretário do Desenvolvimento Urbano), Secretaria do Meio Ambiente e Infra-Estrutura (Secretário do Meio Ambiente e Infra-Estrutura), Secretaria da Ação Social (Secretário da Ação Social), Secretaria da Agricultura e Desenvolvimento Rural (Secretário da Agricultura e Desenvolvimento Rural), Secretaria da Cultura, Esporte e Juventude (Secretário da Cultura, Esporte e Juventude).

11. Infere-se, ainda, que a Lei Municipal nº. 005/2005, ao estabelecer o organograma funcional e hierárquico da Administração Direta, não estabelece equiparação entre o Chefe de Gabinete e os Secretários das diversas pastas, razão pela qual o presente caso não tem o beneplácito do entendimento do Supremo Tribunal Federal, notadamente no que diz respeito ao julgamento da Reclamação nº. 7834, de relatoria do em. Ministro Celso de Mello, o que justifica a reforma da sentença vergastada para reconhecer o ato ímprobo praticado pela parte recorrida: nepotismo direto.

12. A tipologia dos atos de improbidade se subdivide em: (i) atos que implicam enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA); (ii) atos que ensejam dano ao erário (art. 10 da LIA), com exceção do inciso VIII, exige-se a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo); e (iii) atos que vulneram princípios da administração (art. 11 da LIA), com seus respectivos elementos subjetivos (necessários à imputação da conduta ao tipo) divididos da seguinte maneira: exige-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos artigos 9º e 11, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10.

13. Resta evidente a conduta ímproba praticada pela parte Raimundo Nonato Guimarães Maia, na medida em que nomeou a sua companheira para o cargo em comissão de

Chefe de Gabinete, caracterizando, o nepotismo direto. Com efeito, o dolo encontra-se configurado em virtude de a parte Raimundo Nonato Guimarães Maia, mesmo diante do ofício nº. 115/2011 do Ministério Público Estadual, o qual resultou na exoneração de Talita de Lima Santiago do cargo de assessora de planejamento, ter nomeado a sua companheira para ser Chefe de Gabinete, cargo que pertence a mesma simbologia do anterior.

14. "O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria –, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas". (AgRg no REsp 1.539.929/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/6/2016, DJe 2/8/2016).

15. Impõe-se a condenação da parte recorrida por ato de improbidade administrativa, razão pela qual a sentença merece reforma para, no mérito, julgar procedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, decretando, assim: a suspensão dos direitos políticos de Raimundo Nonato Guimarães Maia e Talita de Lima Santiago, pelo prazo de 03 (três) anos, bem como para lhes aplicar a multa civil no valor correspondente a 05 (cinco) vezes o valor percebido à época pelos recorridos, bem como ficam os condenados proibidos de contratar com a administração pública, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

16. Prejudicada a sanção de perda do cargo público, eis que os recorridos não ocupam mais os respectivos cargos, bem como deixo de reconhecer a penalidade de ressarcimento integral do dano, tendo em vista a efetiva prestação do serviço pela parte Talita de Lima Santiago, sob pena de enriquecimento sem causa da administração pública.

REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. SENTENÇA REFORMADA. ACÓRDÃO Acordam os integrantes da Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do reexame necessário e recuso de apelação para, no mérito, dar-lhes parcial

provimento para, reformando a sentença vergastada, julgar parcialmente procedente a ação civil pública no sentido de condenar Raimundo Nonato Guimarães Maia e Talita de Lima Santiago pela prática de atos de improbidade administrativa descritos nos artigos 10, caput, e inciso VIII, e 11, caput, e II, ambos da Lei nº. 8.429/92, e, por conseguinte, aplicar-lhes as seguintes penalidades: I) a suspensão dos direitos políticos pelo período de 03 (três) anos; II) o pagamento de multa civil em 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida à época pelos recorridos; III) a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios os 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, em conformidade com o voto do relator. Fortaleza, 09 de julho de 2018.
(0027992-89.2011.8.06.0071 Apelação - Relator (a): FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES; Comarca: Quixeré; Órgão julgador: Vara Única; Data do julgamento: 09/07/2018; Data de registro: 09/07/2018) (sublinhados nossos).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-GESTOR DO FUNDO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE PEREIRO. AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL E REALIZAÇÃO DE OBRAS SEM LICITAÇÃO E/OU DISPENSA FORMAL. NULIDADE DO PROCESSO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RÉU REGULARMENTE NOTIFICADO E CITADO. REVELIA. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DA LEI Nº 8.429/92. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.
1.Tendo o réu/apelante sido regulamente notificado e citado, não há que se falar em nulidade do feito, seja por cerceamento de defesa ou por aplicação dos efeitos da revelia. 2.Decretada a revelia, resta preclusa a discussão a respeito de matérias de fato, sendo descabida a produção de provas e/ou juntada de documentos na fase recursal. Preliminar rejeitada.

3.No caso, as irregularidades apontadas pelo Ministério Público Estadual, restaram demonstradas no Acórdão nº 2.129/07, do Tribunal de Contas dos Municípios – TCM, notadamente as aquisições de combustíveis e realização de obras sem o devido processo licitatório e/ou dispensa formal.
4.As hipóteses de compras e contratação direta são exceções ao princípio licitatório, sendo vedado ao Administrador transformar em regra aquilo que o Legislador disciplinou como excepcional, como, in casu, fez o réu/apelante.
5.Constitui ato de improbidade "frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente" (art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92).
6."A indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano in re ipsa, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema. Precedentes da Segunda Turma." (STJ – REsp 817921/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 06/12/2012)
7.Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida, em plena consonância com o parecer ministerial. ACÓRDÃO ACORDA a 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por uma de suas turmas julgadoras, à unanimidade, em conhecer do recurso de apelação, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator, parte integrante deste. Fortaleza, 19 de fevereiro de 2018.
(0000075-38.2009.8.06.0145 Apelação, Relator (a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Comarca: Pereiro; Órgão julgador: Vara Única; Data do julgamento: 19/02/2018; Data de registro: 19/02/2018).

APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE EX-PREFEITO MUNICIPAL. FRAUDE EM PROCESSOS LICITATÓRIOS E OUTRAS CONDUTAS ILÍCITAS. CARACTERIZADAS A MÁ-FÉ E O DOLO DO EX-GESTOR PÚBLICO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. SENTENÇA MANTIDA.
1. A controvérsia dirimida nos autos em questão diz respeito à verificação quanto à existência ou não de improbidade

> administrativa perpetrada por ex-gestor público ao fraudar procedimentos licitatórios, bem como por praticar diversas outras condutas consideradas como ilegais. 2
> . A documentação carreada ao feito, constituída por diversas provas documentais oriundas do Tribunal de Contas dos Municípios, atesta a existência de ilegalidades perpetradas no quadriênio 1993/1996 pelo ex-prefeito do Município de Mombaça/Ce, o qual teria violado os Princípios da Moralidade e da Legalidade ao determinar a assunção de despesas públicas de forma irregular, sem atentar para a realização de procedimentos licitatórios adequados ao caso.
> 3. Patenteados o dolo, a má-fé, bem como o descaso público, a condenação do ex-prefeito, nos termos do Art. 12, III da Lei 8.429/92, é medida que se impõe. - Apelo conhecido, mas desprovido. - Sentença mantida em sua integralidade. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0001862-77.2000.8.06.0126, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 3ª Câmara de Direito Público do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do apelo, mas para negar-lhe provimento, mantendo a sentença de primeiro grau de jurisdição em sua integralidade, nos termos do voto do Relator. Fortaleza, 27 de novembro de 2017 HENRIQUE JORGE HOLANDA SILVEIRA PORT 1694/17 Relator (0001862-77.2000.8.06.0126 Apelação, Relator (a): HENRIQUE JORGE HOLANDA SILVEIRA PORT 1694/17; Comarca: Mombaça; Órgão julgador: 1º Vara da Comarca de Mombaça; Data do julgamento: 27/11/2017; Data de registro: 27/11/2017).

Sob tais fundamentos, deve-se considerar que a sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Crateús merece ser mantida, pois a Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público do Estado do Ceará possui os pressupostos suficientes para imputar o recorrente as penalidades insertas no art. 12, inciso III, da Lei 8.429/92.

Ao perquirir a fixação das penas aos agentes ímprobos, dever-se-á levar em conta a extensão do dano causado à Administração Pública municipal, assim como o proveito patrimonial obtido, inteligência do parágrafo único, do art. 12, da Lei de Improbidade Administrativa.

Logo, diante dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, aplicáveis à imposição das penas a serem arbitradas, e considerando que não restou comprovado, de modo efetivo, o acréscimo ilícito de bens ou valores ao patrimônio do réu, ou ainda, não visualizando gravidade dos atos que possa impor a suspensão dos direitos políticos, considera-se escorreita a pena fixada de pagamento de multa civil, a ser adimplida entre Paulo Nazareno Soares Rosa e José Ernesto Coelho da Costa, em valor igual ao de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), demonstrando-se em, montante adequado ao caso em tela, de modo a estabelecer punição comedida, mas congruente e harmônica a afronta ao regramento legal.

Por estas razões, CONHEÇO da Apelação Cível, mas para julgá-la IMPROVIDA, mantendo-se a sentença adversada para condenar o apelante aos termos da sentença adversa, a qual determinou o pagamento de multa civil em face de Paulo Nazareno Soares Rosa e José Ernesto Coelho da Costa, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), em razão da condenação dos mesmos às premissas do art. 12, inciso II, da Lei nº. 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa.

É como voto.

Fortaleza, 24 de outubro de 2018.

PROCESSO: 0108801-72.2017.8.06.0001 – APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: LUCIANA KELLY XIMENES DOS SANTOS
APELADO: INSTITUTO DOUTOR JOSÉ FROTA – IJF E INSTITUTO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DE RECURSOS HUMANOS – IMPARH
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE TÍTULOS. CÔMPUTO DE EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO EMITIDA POR ÓRGÃO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE DECLARAÇÃO EXPEDIDA POR COOPERATIVA DE TRABALHO. NORMA EDITALÍCIA NÃO CUMPRIDA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A autora, ora apelante, interpôs a presente demanda objetivando a reanálise da documentação comprobatória de experiência profissional apresentada na fase de títulos do concurso público para provimento de cargo efetivo de nível superior do Instituto Doutor José Frota – IJF, com a consequente validação da pontuação não atribuída.

2. Sobre o tema, o STF firmou o entendimento de que *"não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade"* (Tese de Repercussão Geral nº 485, RE 632.853, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJE 29.06.2015). Nesse contexto, apenas se afigura plausível a intervenção do Poder Judiciário na correção de provas quando restar evidente a ilegalidade da

norma editalícia ou o seu descumprimento pela banca examinadora.
3. O edital do certame aponta objetivamente que a documentação comprobatória da experiência profissional deve ser emitida por órgãos públicos. Todavia, a candidata apresentou declarações de experiência profissional emitidas por cooperativas de trabalho atestando o exercício de atividades de enfermagem no Hospital Infantil Albert Sabin.
4. Diante desse panorama, denota-se o descumprimento do edital pela postulante ao não apresentar declarações expedidas por agentes da Administração Pública, munidos de fé pública, atestando o desempenho de suas atividades em instituições hospitalares.
5. A substituição da declaração de órgão público pela de cooperativa não pode ser admitida para suprir a inobservância do edital, visto que decisão nesse sentido implicaria violação aos princípios da isonomia, considerando que todos os candidatos devem se submeter às mesmas exigências relativas à documentação a ser apresentada.
6. Apelação conhecida e desprovida. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de turma e decisão unânime, em conhecer da apelação para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 11 de março de 2019.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Luciana Kelly Ximenes dos Santos em face da sentença proferida pela Juíza de Direito Joriza Magalhães Pinheiro, da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, em ação ordinária ajuizada em desfavor do Instituto Doutor José Frota – IJF e do Instituto Municipal de Desenvolvimento de Recursos Humanos – IMPARH.

Narra a exordial, em suma, que: **a)** a autora inscreveu-se no concurso para provimento de cargos efetivos de nível superior do Instituto Doutor José Frota – IJF para diversas categorias profissionais da área de saúde, concorrendo para o cargo de Enfermeira; **b)** o certame aconteceria em duas fases: prova objetiva e análise de títulos e experiência profissional; **c)** na segunda etapa, o edital cobrava requisitos e mencionava a pontuação pertinente sobre cada um, elencando entre eles a experiência profissional e a aprovação em concurso público na área de atuação do cargo almejado; **d)** a candidata apresentou todos os documentos de acordo com o previsto no item 5.3.14 do edital, porém sua pontuação ficou prejudicada em 4,0 (quatro) pontos em decorrência dos seus títulos, os quais não foram computados; **e)** em resposta ao recurso administrativo interposto, ressaltou-se que a declaração apresentada a título de comprovação de experiência profissional não foi expedida por órgão público, estando em desacordo ao estipulado no supracitado item editalício.

Sob tais fundamentos, requer a validação da pontuação não atribuída, (4,0 pontos pela experiência profissional), sendo reclassificada com observância desta nota.

Às p. 278/282, a Magistrada *a quo* indeferiu o pedido de tutela de urgência e evidência.

O IJF ofertou contestação (p. 293/297) sustentando preliminarmente a sua ilegitimidade passiva. No mérito, alega que a banca examinadora não poderia se afastar das regras editalícias, sob pena de malferir o princípio da legalidade.

Por sua vez, o IMPARH apresentou defesa às p. 299/309 suscitando a preliminar de falta de interesse processual. No mérito, sustenta o

respeito ao princípio da legalidade e da vinculação ao Edital nº 97/2016, bem como que o documento apresentado pela autora a título de comprovação de experiência profissional não pode ser considerado para fins de pontuação, uma vez que a declaração não foi expedida por órgão público, estando em desacordo com o subitem 5.3.14, alínea "b", do referido edital.

Réplica às p. 323/335.

O Ministério Público atuante em primeira instância opinou pela improcedência da demanda, nos termos do parecer de p. 343/346.

A Magistrada julgou improcedente a demanda nos seguintes termos:

> "Diante do exposto, considerando os elementos do processo e tudo o mais que dos presentes autos consta, bem como atenta aos dispositivos constitucionais e legais orientadores da matéria em tablado, julgo por sentença, para que surtam seus jurídicos efeitos, IMPROCEDENTE a pretensão formulada pela promovente LUCIANA KELLY XIMENES DOS SANTOS.
>
> Condeno a parte autora ao pagamento das despesas processuais, bem como dos honorários sucumbenciais, os quais, consoante apreciação equitativa, fixo em R$ 2.000,00 (dois mil reais), tendo em vista o muito baixo valor da causa, a pouca complexidade do caso e o trabalho não exaustivo da defesa, atendendo assim os parâmetros perfilhados no §2º e o disposto no §8º, ambos do art. 85 do Código de Processo Civil, suspendendo o pagamento desdes ônus por 05 (cinco) anos, em razão da gratuidade judiciária deferida, nos termos do art. 98, §3º, da mesma norma". (p. 347/354)

Apelo interposto pela requerente às p. 360/347, asseverando que: **a)** teve 4,0 (quatro) pontos atinentes à experiência profissional não atribuídos, causando um enorme prejuízo no referido certame, uma vez que a ausência dessa pontuação fez a candidata sair da 12ª para a 42ª colocação; **b)** não aceitar sua experiência é não tratar com isonomia o caso, pois sempre prestou suas atividades ao Poder Público e apresentou a declaração da cooperativa por ser a entidade que terceiriza/contrata a prestação de serviços; **c)** os réus

indevidamente negaram a pontuação correspondente ao tempo de experiência profissional com excesso de formalismo, porquanto tal requisito deixa de fora muitos profissionais que também possuem experiência na área.

Contrarrazões recursais (p. 377/381) pugnando pela manutenção da sentença.

Ausente o interesse público (art. 178 do CPC), deixei de remeter os autos à Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da apelação.

Conforme relatado, a autora, ora apelante, interpôs a presente demanda objetivando a reanálise da documentação comprobatória de experiência profissional apresentada na fase de títulos do concurso público para provimento de cargo efetivo de nível superior do Instituto Doutor José Frota – IJF, com a consequente validação da pontuação não atribuída.

Sobre o tema, vale destacar que, acerca do controle de legalidade de concurso público e com supedâneo no princípio da separação dos poderes, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que *"não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade"* (Tese de Repercussão Geral nº 485, RE 632.853, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJE 29.06.2015).

Nesse contexto, apenas se afigura plausível a intervenção do Poder Judiciário na correção de provas quando restar evidente a ilegalidade da norma editalícia ou o seu descumprimento pela banca examinadora.

Observa-se pelo teor das regras do Edital nº 97/2016 que o certame efetivou-se em duas fases. A segunda etapa referia-se a análise e avaliação dos títulos e da experiência profissional dos candidatos.

O sobredito instrumento convocatório, notadamente no subitem 5.3.14, aponta objetivamente que a documentação comprobatória da experiência profissional deve ser emitida por órgãos públicos, *in verbis:*

> 5.3.14. Para ser atribuída a pontuação relativa ao tempo de serviço/experiência profissional, além dos documentos citados no subitem 5.3.5, o candidato deverá entregar a cópia autenticada em cartório da documentação comprobatória que se enquadra em pelo menos uma das alíneas abaixo:
> a) cópia autenticada do inteiro teor do contrato de trabalho;
> b) **certidão ou declaração** original ou cópia autenticada de **órgãos públicos**, contendo o tempo líquido (ano, mês e dia) de serviço, datado e assinado pelo representante legal, com a descrição da espécie do serviço e das atividades realizadas;
> c) cópia autenticada das páginas da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), com a foto, os dados pessoais e as anotações de todos os contratos de trabalho que contenham os dados do empregado e do empregador, bem como de todas as alterações salariais e anotações gerais, devendo ser apresentada em todos os casos a cópia da página imediatamente subsequente à do último contrato e da última alteração salarial/anotação geral, ainda que esteja em branco. (grifos nossos)
>
> 5.3.14.1. **A declaração e/ou certidão mencionadas no subitem anterior deverão ser emitidas por autoridade competente, por dirigentes de órgão de pessoal ou de recursos humanos ou por funcionários lotado na unidade.** (grifos nossos)

Preceitua também que o tempo de experiência não será computado se o documento apresentado pelo candidato não se enquadrar nas exigências acima descritas. Veja-se:

> 5.3.17. **Não será computado o tempo de experiência se o documento a ser analisado não se enquadrar nas exigências constantes do subitem 5.3.14 e de suas alíneas**, ou se o documento a ser analisado for referente a tempo de serviço/experiência profissional advindo de trabalho não compatível com o cargo objeto do certame, ou se o início ou o término da experiência não estiver no formato dia/mês/ano. (grifos nossos)

Todavia, para fins de cumprimento da supracitada regra editalícia, a apelante apresentou declarações de experiência profissional

emitidas pela Cooperativa de Trabalho dos Profissionais de Enfermagem do Ceará – COOPEN-CE (p. 18) e pela Cooperativa de Trabalho dos Profissionais de Saúde do Estado do Ceará – COOSAÚDE (p. 19), as quais informam que a candidata exerceu atividades de enfermagem no Hospital Infantil Albert Sabin.

Não obstante, a banca examinadora desconsiderou as declarações sob o fundamento de que não haviam sido emitidas por órgão público, conforme estipulado no instrumento editalício.

Diante desse panorama, denota-se o descumprimento do edital pela postulante ao não apresentar documentos expedidos por agente da Administração Pública, munido de fé pública, atestando o desempenho de suas atividades em instituições hospitalares.

A substituição da declaração de órgão público pela de cooperativa não pode ser admitida para suprir a inobservância do edital, visto que decisão nesse sentido implicaria violação ao princípio da isonomia, considerando que todos os candidatos devem se submeter às mesmas exigências relativas à documentação a ser apresentada.

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará transcrevo os seguintes precedentes:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. **CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE TÍTULOS. VALORAÇÃO E ATRIBUIÇÃO DE PONTOS. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA CONDUTA DA ADMINISTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA.** ATRIBUIÇÃO DE PONTUAÇÃO MÁXIMA PARA O TÍTULO APRESENTADO. VEDAÇÃO EDITALÍCIA. ATIVIDADE CONCOMITANTE QUE DEVERIA SER COMPROVADA POR TÍTULOS DIFERENTES. **PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL, IMPESSOALIDADE E ISONOMIA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE JUSTIFICA A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ATRIBUIÇÃO DE PONTUAÇÃO AOS CERTAMISTAS. PRECEDENTES.** CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. (TJ/CE, Apelação nº 0016653-48.2016.8.06.0075, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Airton Albuquerque Filho, data do julgado: 30/10/2017; grifei)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. **TÍTULOS COMPROBATÓRIOS DA EXPERIÊNCIA TÉCNICO-PROFISSIONAL DA CANDIDATA. NECESSIDADE DE FIRMA RECONHECIDA. NORMA EDITALÍCIA NÃO CUMPRIDA. EXCLUSÃO DO CERTAME. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL PRESERVADA.** AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1 - A decisão monocrática que negou provimento à apelação interposta pela Agravante fora prolatada em sintonia com os princípios da vinculação ao edital do concurso público e ao da isonomia, assim como a jurisprudência remansosa do STJ. 2 - **O edital do concurso, notadamente no item 6.9, aponta, objetivamente, que a pontuação relativa à *experiência profissional*, o candidato deve apresentar declaração do empregador com firma reconhecida, ônus não atendido pela agravante. 3 - A exigência prevista no edital não se entremostra descabida, vez que implica em maior segurança da Administração Pública na avaliação de provas de títulos.** 4 - É certo que, no caso em concreto, se a agravante fosse dispensada da apresentação dos documentos com firma reconhecida previsto em edital, estar-se-ia tratando desigualmente outros candidatos e afrontando as cláusulas do concurso. 5 - **Requisitos objetivos encontrados nas cláusulas de edital de concurso público, desde que exigidos a todos os candidatos indistintamente, como no caso em tela, não se revelam de modo algum desproporcionais. Em verdade, prestigiam o princípio da isonomia. 6 - A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, no tocante à pontuação dos candidatos em concurso público, ao Judiciário somente é possível analisar observância do princípio da legalidade e ao da vinculação às regras do edital** (Ag. Reg. no RMS n.27.808/MG, rei. Min. HERMAN BENJAMIN). 7 - Agravo regimental conhecido, porém não provido. Decisão inalterada.
(TJ/CE, Agravo nº 0040864-61.2012.8.06.0117, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Teodoro Silva Santos, data do julgado: 03/06/2015; grifei)

Registre-se que na realização de um concurso para o preenchimento de vagas existentes no serviço público, o edital, amplamente divulgado, reúne as necessárias informações e as regras específicas sob as quais o certame será realizado.

Assim, as regras editalícias, consideradas como verdadeira lei interna do certame, vinculam tanto a Administração como os candidatos participantes, em observância ao princípio da vinculação ao edital. Veja-se:

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. **EDITAL COMO LEI DO**
> **CONCURSO.** ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. **AS PREVISÕES DO EDITAL DEVEM SER INTERPRETADAS EM CONJUNTO. IMPOSSIBILIDADE DA BANCA EXAMINADORA DESCUMPRIR NORMAS FIXADAS NO EDITAL.**
> **I - A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o edital é a lei do concurso e de que suas regras obrigam tanto a Administração quanto os candidatos, em atenção ao princípio da vinculação ao edital. Nesse sentido: AgInt no RMS 39.601/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 29/03/2017; AgRg no RMS 47.791/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015;/ AgRg no REsp 1124254/PI, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 29/04/2015.**
> II - Na hipótese, o edital do certame estipulou como requisito para ingresso no cargo público referido a titulação de Mestrado em Recursos Pesqueiros e Engenharia de Pesca, Extensão. Desse modo, não tendo o candidato comprovado o cumprimento do aludido requisito, mas sim o de Mestrado em Ecologia Humana e Gestão Sócio Ambiental, não há se falar em direito líquido e certo à nomeação ao pretendido cargo.
> (...)
> VI - Agravo interno improvido.
> (AgInt no REsp 1630371/AL, rel. Ministro Francisco Falcão, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 10/04/2018; grifei).

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE TÉCNICO EM ENFERMAGEM. EDITAL FAZ LEI ENTRE AS PARTES. **PONTUAÇÃO RELATIVA À EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL - DOCUMENTAÇÃO EM DESCONFORMIDADE COM REQUISITO DO EDITAL. 1. Em tema de concurso público, é cediço que o Edital é lei entre as partes, estabelecendo regras às quais estão vinculados tanto a Administração quanto os candidatos.** 2. Apelação desprovida.
> (TRF-4, AC 5007928-11.2014.404.7102, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 30/04/2015; grifei)

Desse modo, a atuação da banca examinadora ao desconsiderar a pontuação decorrente da experiência profissional não foi equivocada, como afirmado pela recorrente, pois se baseou nos requisitos estabelecidos no instrumento editalício, motivo pelo qual a improcedência da demanda é medida que se impõe.

Isto posto, conheço do apelo para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença impugnada.

Majoro os honorários advocatícios para R$ 2.300,00 (dois mil e trezentos reais), a teor do art. 85, § 11, do CPC. Exigibilidade, porém, suspensa em virtude da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

É como voto.

Fortaleza, 11 de março de 2019.

PROCESSO: 065210-39.2015.8.06.0001 – APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELADO: MANUELA AIRES GONÇALVES
CUSTOS LEGIS; MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. PAULO ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO EM VESTIBULAR ANTES DA CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE EXAME SUPLETIVO PARA VIABILIZAR MATRÍCULA NO ENSINO SUPERIOR. CENTRO DE EDUCAÇÃO DE JOVENS ADULTOS QUE SE DESTINA ÀS PESSOAS QUE NÃO TIVERAM ACESSO AO ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO NA IDADE APROPRIADA, NÃO PODENDO SERVIR DE ATALHO À CONCLUSÃO DAS ETAPAS ESCOLARES PREVISTAS NA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. COMANDO NORMATIVO DO ART. 44, II DA LEI Nº 9.394/96 (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO). PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DESTE TJCE. RESSALVADO O POSICIONAMENTO DO RELATOR, É DE SE CONHECER E DESPROVER O APELO DO ESTADO, EM RAZÃO DA POSIÇÃO MAJORITÁRIA ADOTADA NESTA EG. 1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO,

NO SENTIDO DE APLICAR A TEORIA DO FATO CONSUMADO, EM PRESTÍGIO DO PRINCÍPCIO DA COLEGIALIDADE.

1. Casos como o dos autos são recorrentes nesta Corte de Justiça, quando alunos cursistas do ensino médio inconcluso pretendem ingressar no ensino superior e, quando aprovados nos respectivos vestibulares, buscam a tutela estatal para lhes assegurar a conclusão antecipada do ensino médio através dos programas para educação de jovens adultos.

2. Em análise pormenorizada do tema, conclui-se que a maioria das decisões judiciais, inclusive, a ora recorrida, partem da premissa, a meu ver equivocada, de que a aprovação prematura em exame vestibular demonstra capacidade e maturidade intelectual do candidato, circunstância suficiente para afastar a limitação etária estabelecida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação e na própria norma instituidora do CEJA.

3. *In casu*, a autora, quando da impetração original, era **aluna do ensino médio** quando logrou aprovação no vestibular para a instituição de ensino superior, tendo obtido provimento liminar que lhe assegurou realizar a verificação do rendimento escolar junto ao Centro de Educação de Jovens Adultos, havendo notícia nos autos de que já cursou a metade das cadeiras do curso de Direito.

4. Inobstante essas considerações representativas do que pensa e defende esta relatoria, não posso deixar de considerar que na ambiência da 1ª Câmara de Direito Público prevalece a orientação majoritária de que a revogação das decisões que

asseguraram as matrículas dos demandantes nos cursos superiores representa enorme prejuízo à esfera de direito dos alunos, violando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo esta a única e estrita razão pela qual se mantém o provimento jurisdicional recorrido, acolhendo o posicionamento majoritário desta Turma Julgadora.

5. Apelação e Remessa necessária conhecidas e desprovidas, com base no entendimento majoritário da 1ª Câmara de Direito Público do TJCE. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao reexame necessário e à apelação voluntária, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 17 de setembro de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e de apelação interposta pelo Estado do Ceará visando retorquir a sentença concessiva de segurança que assegurou à impetrante, Manuela Aires Gonçalves, o direito à realização de "*prova de avanço*" por meio do Centro de Educação de Jovens Adultos – CEJA, ratificando a antecipação de tutela que já havia sido deferida anteriormente.

Na origem, a autora impetrou ação mandamental apontando como autoridade coatora a Diretora do Centro de Educação de Jovens Adultos do Estado do Ceará, afirmando, na ocasião, estar cursando o terceiro ano do ensino médio, tendo conseguido aprovação no vestibular para o curso de

Direito da Universidade de Fortaleza razão pela qual necessitaria submeter-se à avaliação de verificação do rendimento escolar junto ao Centro de Educação de Jovens Adultos, e seu posterior avanço para a conclusão do ensino médio, tendo encontrado na óbice na recusa da autoridade coatora que justificou o impedimento etário para a obtenção do certificado.

A medida liminar pleiteada na exordial restou deferida às fls. 21/23. Em tal *decisum*, o Juízo de primeiro grau determinou que a autoridade impetrada autorizasse o impetrante a se submeter ao exame especial de proficiência, e na hipótese de aprovação, expedisse o certificado de conclusão de ensino médio em favor do promovente.

O Estado do Ceará, ente público ao qual está vinculada a autoridade coatora, apresentou manifestação sobre o pleito autoral às fls. 28/34. Arguiu, basicamente, que o Centro de Educação de Jovens Adultos fora criado com o intuito de complementar a educação de maiores de dezoito anos que, por algum motivo, não tenham tido condições de frequentar e concluir o ensino médio regular, o que não é o caso do impetrante, que, por ato próprio, decidiu abreviar o ensino médio, não reunindo requisitos legais para realizar as provas do CEJA. Pugnou, ao final, pela denegação da segurança.

Após regular tramitação processual, sobreveio a sentença de fls. 59/64, confirmando a liminar deferida.

Irresignado com a decisão, o Estado do Ceará interpôs Recurso de Apelação, alegando que a facilitação ao acesso ao ensino superior por meio da emissão de certificado de conclusão do ensino é para maiores de 18 (dezoito) anos que conseguiram aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio e que não concluíram ou não cursaram o ensino médio, não estando a impetrante nessas condições. Sustenta ainda o fato de a apelada ter sido aprovada em processo seletivo de uma universidade não é suficiente para demonstrar o seu alto grau de conhecimento e desenvolvimento, superior ao padrão das suas faixas etárias. Ao final, pugna pela reforma total da sentença.

Já na instância revisora os autos foram com vista à PGJ, que lançou o parecer de fls. 96/102, opinado, pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

Em juízo de prelibação, conheço do recurso oficial e da apelação cível, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não havendo questões preliminares a dirimir, segue-se o deslinde o meritório da impetração, no âmbito do qual se discute se a impetrante, aprovada no vestibular antes da conclusão do ensino médio, faz jus à realização de prova de verificação de rendimento escolar junto ao Centro de Educação de Jovens Adultos (CEJA), permitindo, assim, o seu ingresso no curso superior, após aprovação e conclusão do ensino médio nesse sistema especial.

Casos como o dos autos são recorrentes nesta Corte de Justiça, quando alunos cursistas do ensino médio inconcluso pretendem ingressar no ensino superior e, quando aprovados nos respectivos vestibulares, buscam a tutela estatal para que lhes sejam assegurada a conclusão antecipada do ensino médio através dos programas para educação de jovens adultos.

Com efeito, não obstante a maioria das decisões judiciais de primeiro grau sejam favoráveis aos pleitos dessa natureza, enxergo com bastante vagar essa banalização do ensino supletivo que, indubitavelmente, não se presta à finalidade de abreviar esta importante etapa da caminhada estudantil, que é o ensino médio.

Em análise pormenorizada do tema, constatei que a maioria das decisões judiciais, inclusive, a ora recorrida, partem da premissa, a meu ver equivocada, de que a aprovação prematura em exame vestibular demonstra capacidade e maturidade intelectual do candidato, circunstância suficiente para afastar a limitação etária estabelecida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação e na própria norma instituidora do CEJA.

Rogando vênia aos entendimentos divergentes, discordo da conclusão a que chegou o julgador singular, pois entendo que esta solução jurídica causa verdadeiro desvirtuamento de todo o sistema educacional definido pela LDB, alicerçado nos preceitos constitucionais definidos na *Lex Mater*.

Com efeito, conforme esclarecido pelo Estado do Ceará, o programa de educação de jovens adultos destina-se àquelas pessoas que não não tiveram acesso ao ensino fundamental e médio na idade apropriada, em razão de suas condições de vida e trabalho diferenciadas daqueles alunos que cursam regularmente as etapas educacionais, razão pela qual a própria LDB estabeleceu limite etário mínimo para o acesso a este sistema de avaliação particularizado, que possui uma proposta pedagógica diferenciada daquela prevista no sistema regular de ensino.

Como bem assinalou o Ministro Castro Meira, no REsp nº 1.262.673/SE, o exame supletivo "*foi concebido com o escopo de contemplar aqueles que não tiveram acesso ao ensino na idade própria ou, mesmo o tendo, não lograram concluir os estudos, não sendo por outra razão que o legislador estabeleceu como 18 (dezoito) anos como idade mínima para ingresso no curso supletivo relativo ao ensino médio. Nesse cenário, a excepcional autorização legislativa, idealizada com o propósito de facilitar a inclusão educacional daqueles que não tiveram a oportunidade em tempo próprio – infelizmente, realidade comum em nosso país – e promover a cidadania, vem sendo desnaturada cotidianamente por estudantes do ensino médio que visam a encurtar sua vida escolar de maneira ilegítima, burlando as diretrizes legais*".

Não se olvida, contudo, que o direito à educação encontra assento constitucional, constituindo dever do Estado a sua plena efetivação mediante a garantia de "acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um".

Com a maestria que lhe é peculiar, nos ensina *Canotilho* que *"A educação é elemento indispensável ao preparo profissional, quanto mais nos dias atuais, em que o preparo intelectual razoável do trabalhador é julgado como elemento indispensável até mesmo para a realização de tarefas consideradas como trabalho não intelectual. O Estado deve ofertar condições materiais mínimas para que todos possam conseguir qualificar-se para buscar um posto de trabalho. A educação como instrumento permanente de aperfeiçoamento do trabalhador é algo inerente às sociedades como a nossa, marcadas pela dinamicidade e pela inovação, que a cada dia colocam novos desafios aos trabalhadores*."

In casu, a autora, quando da impetração original, era **aluna do terceiro ano do ensino médio**, quando logrou aprovação no vestibular para faculdade particular Unifor, certame 2015.2, tendo obtido provimento liminar que lhe assegurou realizar verificação do rendimento escolar junto ao Centro de Educação de Jovens Adultos, permitindo-lhe encurtar o ensino médio, a despeito de não se enquadrar em nenhum das hipóteses previstas na lei instituidora do CEJA.

Nessa linha de intelecção, inúmeros julgados desta Corte de Justiça, inclusive em sua composição no Órgão Especial, convergem para o reconhecimento da impropriedade das decisões precárias que asseguram o acesso ao ensino superior sem a conclusão formal do ensino médio.

À guisa ilustrativa:

> MANDADO DE SEGURANÇA. **EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO OU DECLARAÇÃO DE PROFICIÊNCIA. APROVAÇÃO NO PROUNI. IDADE INFERIOR A 18 ANOS. LEI Nº 9.394/96. PORTARIA Nº 179/2014 DO INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA – INEP. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA**.
>
> 1. No presente Writ o impetrante alega ter direito líquido e certo a expedição do Certificado de Conclusão do Ensino Médio ou Declaração de Proficiência haja vista ter sido aprovado no PROUNI.
>
> 2. O exame supletivo foi concebido com o escopo de contemplar aqueles que não tiveram acesso ao ensino na idade própria ou, mesmo o tendo, não lograram concluir os estudos, sendo por esse motivo que o legislador estabeleceu 18 (dezoito) anos como idade mínima para ingresso no curso supletivo relativo ao ensino médio.
>
> 3. O impetrante não preencheu os requisitos da Lei nº 9.394/96 e da Portaria n.º 179/2014 do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, haja vista possuir idade inferior a 18 (dezoito) anos à época da realização do vestibular. Também não apresentou prova pré-constituída do cumprimento dos demais requisitos dispostos na Portaria.

4. Segurança denegada.(TJCE: 624263-49.2016.8.06.0000 Relator(a): RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: **Órgão Especial; Data do julgamento: 03/11/2016; Data de registro: 03/11/2016**)

No âmbito dos órgãos fracionários:

REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CANDIDATA APROVADA NO VESTIBULAR PARA INGRESSO NA UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR. ENSINO MÉDIO INCONCLUSO. IMPOSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE ENSINO MÉDIO. EXEGESE DO ART. 44, II, DA LEI N. 9.394/96. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. CABÍVEL O INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 8º, DA LEI N. 1.533/51 E 10, DA LEI N. 12.016/09. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. O art. 10, da Lei n. 12.016/09 autoriza o indeferimento da petição inicial quando não for caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais. Indeferida a exordial, por falta de interesse de agir em face da ausência de direito líquido e certo, extingue-se o processo sem resolução do mérito (Exegese dos arts. 267, incs. I e VI, e 295, inc. III, todos do Código de Processo Civil).

2. Impossibilidade da estudante, apesar de aprovada no vestibular para o curso de Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, obter certificado do Colégio Ari de Sá Cavalcante, haja vista a ausência de conclusão do ensino médio ou equivalente, exigência prevista na Lei de Diretrizes e Bases de Educação Nacional para o ingresso em estabelecimento na educação superior nos cursos de graduação (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.394/96).

3. Apelo conhecido e não provido. Sentença mantida.

(TJCE: 169469-77.2015.8.06.0001 Relator(a): FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 02/09/2015; Data de registro: 02/09/2015)

> APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - AUTOR APROVADO NO VESTIBULAR PARA INGRESSO NO CURSO SUPERIOR DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS - ENSINO MÉDIO NÃO CONCLUÍDO - IMPOSSIBILIDADE DE MATRÍCULA - INTELIGÊNCIA DO ART. 44, INCISO II, DA LEI Nº 9.394/96 - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
> 1.Embora o recorrente tenha obtido aprovação no vestibular para o curso de Ciências Econômicas da Universidade Regional do Cariri – URCA, forçoso reconhecer a impossibilidade do estudante efetuar sua matrícula na referida Instituição de Ensino Superior, ante a ausência de conclusão do ensino médio ou equivalente, exigência prevista na Lei de Diretrizes e Bases de Educação Nacional para o ingresso na educação superior nos cursos de graduação (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.394/96).
> 2. Impossibilidade do estudante, apesar de aprovado e classificado no processo seletivo pertinente, obter matrícula em Instituição de Ensino Superior, haja vista a ausência de conclusão do Ensino Médio.
> 3. Apelo conhecido e não provido. Sentença mantida. (TJCE: Apelação Cível nº 0035169-02.2014.8.06.0071 - Relator(a): SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA; Comarca: Crato; Órgão julgador: 6ª Câmara Cível; Data do julgamento: 03/06/2015; Data de registro: 03/06/2015)

Eminentes pares, sob a minha ótica, especificamente no que concerne às particularidades deste caso concreto, é indene de dúvidas que a possibilidade da aluna/impetrante, cursista do terceiro ano do ensino médio e menor de dezoito anos, obter o certificado de conclusão do ensino médio com base em realização de prova de avanço junto ao Centro de Educação de Jovens Adultos, viola preceitos legais com alto grau de relevância que não se harmoniza com a ordem constitucional vigente, mesmo se fazendo uma ponderação de valores à luz do acesso à educação, também de acesso constitucional.

Inobstante essas considerações representativas do que pensa e defende esta relatoria, não posso deixar de considerar que na ambiência desta

1ª Câmara de Direito Público prevalece a orientação majoritária de que a revogação das decisões que asseguraram as matrículas dos demandantes nos cursos superiores representa enorme prejuízo à esfera de direito dos alunos, violando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em vista disso, em casos como o dos autos, o egrégrio órgão camerário tem acolhido a teoria do fato consumado, observando, assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, sendo esta a razão pela qual ora me inclino a acatar, pelo princípio da colegialidade, a orientação que segue pela aplicação da Teoria do Fato Consumado.

Veja-se:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À EDUCAÇÃO. ENSINO SUPERIOR. MENOR DE DEZOITO ANOS QUE NÃO CONCLUIU O ENSINO MÉDIO. APROVAÇÃO EM VESTIBULAR. PLEITO DE INSCRIÇÃO EM EXAME SUPLETIVO DEFERIDO POR DECISÃO JUDICIAL PRECÁRIA. FATO CONSUMADO PELO DECURSO DO TEMPO. PRECEDENTES. REMESSA OBRIGATÓRIA E APELO DESPROVIDOS. 1- Trata-se de caso recorrente nesta Corte de Justiça, em que adolescentes aprovados em processos seletivos para o ingresso no ensino superior buscam a tutela estatal para lhes ser assegurada a conclusão antecipada do ensino médio por meio de exame supletivo. 2- Apesar da não implementação do requisito etário (idade mínima de dezoito anos), o Juízo a quo deferiu a medida liminar pleiteada e determinou a matrícula do estudante no Centro de Educação de Jovens e Adultos – CEJA. 3- A manutenção do diploma de quem obteve êxito em exame supletivo, ainda que a matrícula para a realização daquele padeça de vício formal, não traz qualquer prejuízo para terceiros nem ofende o interesse público, uma vez que o critério meritório foi devidamente observado. 4- Não há vantagem em obrigar o jovem que ultrapassou determinada etapa social a regredir nos seus estudos, pois o prejuízo eventualmente causado ao seu desenvolvimento já se consolidou com o cumprimento da decisão e somente seria agravado com tal medida. 5- O

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará possui precedentes favoráveis à aplicação da teoria do fato consumado pelo decurso do tempo, na linha da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, nas seguintes hipóteses: I) quando o interessado, por força de liminar, realiza exame supletivo, é aprovado e obtém o respectivo diploma, com o posterior ingresso no ensino superior, ainda que ausente o requisito da idade mínima de 18 (dezoito) anos quando da realização da prova; ou II) quando, também por liminar, o estudante efetua a sua matrícula no curso superior antes de concluir o ensino médio e, posteriormente, obtém o respectivo diploma. Precedentes. 6- Remessa necessária e recurso de apelação conhecidos e desprovidos.
(1ª Câmara de Direito Público, Relator (a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 13ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 16/07/2018; Data de registro: 16/07/2018)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PLEITO DE CERTIFICAÇÃO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. IMPETRANTE COM IDADE INFERIOR À MÍNIMA EXIGIDA (DEZOITO ANOS) PARA O ALCANCE DA SUA PRETENSÃO. ÊXITO EM EXAME VESTIBULAR. INGRESSO EM CURSO DE ARQUITETURA E URBANISMO (UNIFOR). TEORIA DO FATO CONSUMADO APLICÁVEL À VERTENTE HIPÓTESE, HAJA VISTA A CONFIGURAÇÃO DE SITUAÇÃO CONSOLIDADA PELO DECURSO DO TEMPO. DISTINÇÃO (DISTINGUISH) AO ENTENDIMENTO FIRMADO NESTA 1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA.
1. Cuida-se de Remessa Necessária de Sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE que, nos autos do Mandado de Segurança, autuado sob o nº. 0164156-38.2015.8.06.0001, impetrado por BRENDHA FORTE SAMPAIO GOMES em face de ato do DIRETOR DO CENTRO DE EDUCAÇÃO DE JOVENS E ADULTOS-CEJA, concedeu a segurança

pleiteada para permitir que a impetrante realizasse o exame de conclusão do ensino médio elaborado pelo Centro de Educação dos Jovens e Adultos – CEJA. Sem honorários nos moldes do art. 25 da Lei nº 12.016/2009. 2. De saída, consigno que o entendimento adotado na 1ª Câmara de Direito Público em julgados semelhantes a este é no sentido de não conceder o ingresso de jovens em universidades quando ainda estão a cursar ensino médio. 3. Contudo, no caso em comento deve ser aplicada a teoria do fato consumado, vez que verifica-se que a liminar favorável a impetrante foi deferida em 17/06/2015 e a Sentença concedendo a segurança é de 29/01/2018, dessa forma, em tese, presume-se que a impetrante tenha se matriculado no curso de Arquitetura e Urbanismo na Universidade de Fortaleza (UNIFOR) para cursar o primeiro semestre em 2015.2. Nessa perspectiva, deduz-se que a impetrante, atualmente, encontra-se no 6º semestre do curso de Arquitetura e Urbanismo. 4. Nestes termos, em casos excepcionais, em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo por intermédio do mandado de segurança concedido (*in casu*, a conclusão do curso e obtenção do diploma), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se firmado no sentido de admitir a aplicação da teoria do fato consumado. 5. A reforma da respeitável decisão de piso poderá causar lesão grave e de difícil reparação ao desenvolvimento da Impetrante, vez que colidiria com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 6. Remessa Necessária conhecida e desprovida. Sentença de primeiro grau mantida.
(1ª Câmara de Direito Público, Relator (a): LISETE DE SOUSA GADELHA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 5ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 09/07/2018; Data de registro: 09/07/2018)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO E À EDUCAÇÃO. ENSINO SUPERIOR. MENOR DE IDADE QUE NÃO CONCLUIU O ENSINO MÉDIO. APROVAÇÃO EM VESTIBULAR. INSCRIÇÃO EM EXAME SUPLETIVO. DECISÃO LIMINAR RECURSAL. PRECÁRIA. MAIORIDADE ATINGIDA DURANTE O ANDAMENTO

DO PROCESSO. SEGURANÇA DENEGADA NA ORIGEM. FATO CONSUMADO PELO DECURSO DO TEMPO. PRECEDENTES. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Cuida-se de Recurso de Apelação contra sentença denegatória de segurança impetrada contra ato do Coordenador escolar do Centro de Educação de Jovens e Adultos que não permitiu a realização de exame de proficiência escolar supletiva de ensino médio à impetrante. Em suas razões alega que apenas dois meses após o ingresso do mandamus a impetrante atingiu a maioridade e encontra-se cursando Engenharia Civil na Unifor, fatos estes que afastam qualquer alegativa de despreparo ou imaturidade. 2. Embora denegada a liminar no primeiro momento, o Tribunal concedeu o direito de realização do exame em sede de agravo de instrumento, determinando ao Conselho Estadual de Educação do Ceará que autorizasse a matrícula da então agravante e ora apelada em unidade do Centro de Educação de Jovens e Adultos – CEJA, sob pena de multa. 3. Consumada a matrícula em curso superior, a manutenção do diploma de estudante que obteve êxito em exame supletivo não traz qualquer prejuízo para terceiros nem ofende o interesse público, uma vez que o critério meritório foi devidamente observado e o pressuposto etário perdeu relevância com a sua maioridade; 4. Esta Câmara especializada possui precedentes favoráveis à aplicação da teoria do fato consumado pelo decurso do tempo, na linha da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, nas seguintes hipóteses: I) quando o interessado, por força de liminar, realiza exame supletivo, é aprovado e obtém o respectivo diploma, com o posterior ingresso no ensino superior, ainda que ausente o requisito da idade mínima de 18 (dezoito) anos quando da realização da prova; ou II) quando, também por liminar, o estudante efetua a sua matrícula no curso superior antes de concluir o ensino médio e, posteriormente, obtém o respectivo diploma. 5. Apelação conhecida e provida. Segurança concedida.

(1ª Câmara de Direito Público, Relator (a): PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 04/09/2017; Data de registro: 05/09/2017)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO EM VESTIBULAR ANTES DA CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE EXAME SUPLETIVO PARA VIABILIZAR MATRÍCULA NO ENSINO SUPERIOR. CENTRO DE EDUCAÇÃO DE JOVENS ADULTOS QUE SE DESTINA ÀS PESSOAS QUE NÃO TIVERAM ACESSO AO ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO NA IDADE APROPRIADA QUE NÃO PODE SERVIR DE ATALHO À CONCLUSÃO DAS ETAPAS ESCOLARES PREVISTAS NA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. COMANDO NORMATIVO DO ART. 44, II DA LEI Nº 9.394/96 (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO). PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DESTE TJCE. RESSALVADO O POSICIONAMENTO DO RELATOR, É DE SE CONHECER E DESPROVER O APELO DO ESTADO, EM RAZÃO DA POSIÇÃO MAJORITÁRIA ADOTADA NESTA EG. 1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, NO SENTIDO DE APLICAR A TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. O caso dos autos é emblemático e vem se tornando recorrente nesta Corte de Justiça, quando alunos cursistas do ensino médio inconcluso pretendem ingressar no ensino superior e, quando aprovados nos respectivos vestibulares, buscam a tutela estatal para lhes assegurar a conclusão antecipada do ensino médio através dos programas para educação de jovens adultos. 2.Em análise pormenorizada do tema, conclui-se que a maioria das decisões judiciais, inclusive, a ora recorrida, partem da premissa, a meu ver equivocada, de que a aprovação prematura em exame vestibular demonstra capacidade e maturidade intelectual do candidato, circunstância suficiente para afastar a limitação etária estabelecida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação e na própria norma instituidora do CEJA. 3.In casu, o autor, quando da impetração original, era aluno do primeiro ano do ensino médio quando logrou aprovação no vestibular para a instituição de ensino Unifor, certame 2016.2, tendo obtido provimento liminar que lhe assegurou realizar a verificação do rendimento escolar junto ao Centro de Educação de Jovens

> Adultos, permitindo-lhe encurtar o ensino médio, a despeito de não se enquadrar em nenhum das hipóteses previstas na lei instituidora do CEJA. 4.Inobstante essas considerações representativas do que pensa e defende esta relatoria, não posso deixar de considerar que na ambiência da 1ª Câmara de Direito Público prevalece a orientação majoritária de que a revogação das decisões que asseguraram as matrículas dos demandantes nos cursos superiores, após terem se submetido, também em razão de provimentos judicias, representa enorme prejuízo à esfera de direito dos alunos, violando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo esta a única e estrita razão pela qual se mantém o provimento jurisdicional recorrido, acolhendo o posicionamento majoritário desta Turma Julgadora. 5. Apelação conhecida e desprovida, com base no entendimento majoritário da 1ª Câmara de Direito Público do TJCE. Sentença mantida. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por decisão unânime, conhecer dos recursos para negar-lhes provimento, nos termos do voto do relator.
> (1ª Câmara de Direito Público, Relator (a): PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 12ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 24/04/2017; Data de registro: 26/04/2017)

É esta, pois, a única e estrita razão pela qual acolho o posicionamento majoritário desta Turma Julgadora.

ANTE O EXPOSTO, conheço da apelação cível e do reexame obrigatório, porém para desprover-lhes, mantendo, nesta ocasião a sentença de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 17 de setembro de 2018.

PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL Nº 0196004-14.2013.8.06.0001
APELANTE: JESPERSEN DE ATHAIDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA
APELADA: MÁRCIA DA SILVA DO NASCIMENTO
RELATOR: DES. TEODORO SILVA SANTOS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PRESCRIÇÃO: INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DA CONDIÇÃO JURÍDICA DE TERCEIRO. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO.

1.- O direito subjetivo de exigir a transferência da propriedade somente surgiu com o trânsito em julgado da sentença proferida na ação de consignação, momento em que, declarada a quitação do preço, surgiu o direito subjetivo de a parte compradora exigir a transferência da propriedade do bem. Artigos 189, 481 e 491, do CC/2002.

2.- Portanto, não está prescrita a pretensão de a compradora **MARCIA DA SILVA DO NASCIMENTO**, ora apelada, obrigar a empresa apelante JESPERSEN DE **ATHAIDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA**, na condição de sucessora a título singular (contrato de compra e venda), a transferir a propriedade do imóvel.

3.- Se na própria petição inicial, JESPERSEN DE ATHAIDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA se qualifica como empresa "anteriormente

denominada de DI FIORI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA" (fl.1), configura violação da boa-fé objetiva (***venire contra factum proprium*** e ***tu quoque***) pretender se furtar aos efeitos da cessão de posição contratual efetuada por si própria quando ainda denominada DI FIORI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, apesar de ter sede no mesmo local e ser gerida pela mesma pessoa.

4.- Diante do contexto de fato, percebe-se que falta à apelante o *status* de terceiro.

5.- Apelo conhecido e não provido. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do presente recurso para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 11 de outubro de 2017.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível (fls.156/173) interposta por **JESPERSEN DE ATHAIDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA**, visando reformar sentença (fls.123/130) proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE que, nos autos de Ação de Embargos de Terceiro proposta em desfavor de em desfavor de **MARCIA DA SILVA DO NASCIMENTO**, decidindo o seguinte:

(...) a prescrição não pode mais ser alegada, uma vez que a embargada não foi acionada para cobrança das parcelas em atraso, nem pela JADI nem pela atual sucessora/embargante, as quais tem como representante legal a mesma sócia.

Assim, não havendo exercido, a tempo, o direito de cobrança, preferindo as empresas quedarem-se inertes, portanto, entendo que a prescrição deveria aproveitar, em todo caso, à própria acionada/embargada. Contudo, o que se constata dos autos é que a promitente compradora entendeu de quitar o débito em juízo, mediante consignação, cujo processo foi julgado procedente e com sentença já transitada em julgado. Restando configurada, na espécie, a sucessão empresarial, tendo as empresas a mesma sócia-gerente, deste modo, reafirmo que não há nenhum adminículo legal para agasalho da tese de que tenha se operado o alardeio da prescrição pela embargante/sucessora.

(...) os argumentos veiculados nos embargos de terceiro deflagrados pela embargante são ineludivelmente insubsistentes, porquanto, o cenário processual demonstra, sem hesitação, que a embargada comprovou documentalmente a compra do Lote em questão da primeira empresa DI FIORI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA (pp. 69/72) - a qual, conforme aditivo contratual de nº 0148 (p. 73), transferiu os direitos alusivos ao referido imóvel para JADE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, que, por sua vez, também repassou os supra mencionados direitos e obrigações para a empresa JESPERSEN DE ATAYDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA, representada pela sócia-gerente Deborah Jespersen de Athayde, que, por sua vez, era também sócia e representante legal das empresas antecessoras (p. 15/16).

Independentemente de haver ou não caracterizada uma possível sucessão ou confusão empresarial, o fato é que a proteção possessória/dominial almejada, no caso em análise, depende de prova inarredável do alegado inadimplemento da embargada. E a prova da morae debitoris não foi demonstrada pela embargante.

Por outro lado, em se deduzindo pela referida sucessão empresarial, pelo fato de que as mencionadas empresas eram, continua e sucessivamente, geridas pela mesma sócia-gerente,

exercerem a mesma atividade comercial, estabelecendo-se no mesmo endereço, não há, pois, como penalizar-se a parte embargada por ser possuidora de boa fé e haver efetuado a quitação das parcelas ajustadas pactualmente pelo devedor fiduciante/cedente.

Nesse compasso, o adimplemento contratual pela cessionária/embargada, decorrente do contrato de compra e venda celebrado entre o cedente e a Imobiliária/Vendedora, opera efeitos "erga omnes", especialmente todos os efeitos jurídico-legais em relação à empresa, ora embargante, consoante exegese extraída da dicção das normas encartadas na Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel.

(...) julgo não estar caracterizado o inadimplemento da embargada na hipótese em tela, haja vista os depósitos judiciais das parcelas atrasadas. O que aconteceu foi que a embargada, diante da indevida recusa no envio dos boletos de pagamento pela sócia-gerente da imobiliária vendedora, lançou mão da via jurídica da consignatória, que fora julgada procedente, declarando-se cumpridas as obrigações.

(...) Oportuno sublinhar, ad argumentandum, que não obstante a promovida estivesse inadimplente, em todo caso, militaria em seu prol a teoria do inadimplemento substancial, é dizer, se o contrato já restou adimplido substancialmente, como se infere, não seria permitida a retomada do imóvel, com a perda dos valores que já foram efetuados pela compradora. Em decorrência de tal teoria, eventual alegação da exceptio non adimpleti contractus, não poderia vicejar. Assim, a pretensão da embargante deduzida nestes embargos deve ser lançada por solo.

Por certo, a embargante, na condição de atual sucessora da JADI Empreendimentos, não tem direito de opor-se à promitente compradora/embargada, pelos seguintes motivos: primeiro - ser a embargante sucessora da empresa JADI - segundo - a Sra. Deborah Jespersen de Athayde sempre foi sócia-gerente e representante legal das empresas antecessoras que continuaram com a mesma exploração comercial - terceiro - que a vendedora JADI, ao ser regularmente citada na ação de consignação em pagamento, quedou-se à revelia.

> De tudo se extrai que, por qualquer prisma se perscrute a querela judicial em análise, este julgador tem a firme convicção de que a pretensão embargatória não encontra albergue jurisdicional - a uma - porque o negócio jurídico de que ora se trata não fora desconstituído - a duas - não houve quebra contratual por parte da requerida/embargada - a três - porque, de notável sabença, respeitadas as normas de ordem pública, o contrato faz lei entre as partes e, na situação em pauta, concluo, sem pestanejar, que a embargada refutou a contento a suposta mora debitoris, quitando o débito, mediante depósito judicial das parcelas restantes, satisfazendo, ipso facto, a integralidade do preço pactuado.
>
> Frente aos elementos colacionados, inarredável JULGAR improcedentes os EMBARGOS DE TERCEIROS opostos por JESPERSEN DE ATHAYDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA, e, por corolário, condeno a embargante nas custas processuais e honorários advocatícios na base de 15% (quinze por cento) sobre o valor atribuído à causa, de conformidade com o art. 20, §3º da Lei Instrumental o que faço por sentença, nos termos do art. 269, I do Diploma Processual, para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Tal decisão foi alvo de Embargos de Declaração (fls.133/145), rejeitados pelo Juízo de primeiro grau (fls.152/153).

Interposta, então, a presente Apelação Cível (fls.772/808) na qual JESPERSEN DE ATHAYDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA argumenta, em síntese: 1) a ação consignatória foi protocolada em 12 de Dezembro de 2012 e houve um lapso temporal de 7 (sete) anos e 7 (sete) meses entre a inadimplência constatada e a busca do Judiciário, portanto, configurou-se a prescrição da pretensão; 2) para que a sentença da ação consignatória pudesse ser oposta à Apelante, ela deveria ser proprietária do imóvel, além de integrar o polo passivo da demanda principal (ação consignatória), em homenagem ao devido processo legal; 3) a sentença pode gerar enriquecimento sem causa, pois o lote, em 2001, valia pouco mais de 06 (seis mil reais) e, atualmente, possui valor de mercado de aproximadamente R$60.000,00 (sessenta mil reais); 4) a inadimplência da Embargada/Apelada é inconteste, pois além de constar na sentença da ação consignatória, foi

assumida expressamente na contestação; 5) não há confusão de pessoas jurídicas e seus respectivos patrimônios; e 6) ainda que a Embargada/Apelada não tenha sido notificada para pagar o que devia, a inadimplência é confessa e existente, além de o imóvel pertencer a terceiro. Pediu provimento.

Em sede de contrarrazões (fls.179/182), a apelada pede a manutenção da sentença recorrida, pelos mesmos fundamentos nela expostos. É o relatório.

VOTO

Do Juízo de Admissibilidade:

Da tempestividade (art.1.003, §5º do CPC/2015): a sentença foi disponibilizada no Diário da Justiça em 18/11/2015, considerando-se publicada em 19/11/2015, iniciando a fluência do prazo em 20/11/2015. Interpostos embargos de declaração (fls.133/145) em 24/11/2015, houve interrupção do prazo. Disponibilizada a decisão que julgou os embargos declaratórios no Diário da Justiça em 02/03/2016, considerando-se publicada em 03/03/2016, o termo inicial do prazo foi 04/03/2016 e o final seria 18/03/2016. Desse modo, interposto tempestivamente o recurso de apelação em 17/03/2016 (fl.156).

Do preparo: o apelante efetuou o preparo recursal devido (fls.174/175).

Da regularidade formal da peça apelatória (art. 1.010 do CPC/2015): presentes os requisitos legais.

Diante disso, conhecido o recurso de Apelação Cível, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade.

Antes de adentrar o mérito, necessário analisar a questão prejudicial atinente à prescrição da pretensão da parte autora, ora apelada.

Questão prejudicial: prescrição

Não há falar em prescrição. Como bem explicitou o Juízo de primeira instância, houve sucessão empresarial. No ponto, correta a fundamentação exposta na sentença, em textual:

> (...) a prescrição não pode mais ser alegada, uma vez que a embargada não foi acionada para cobrança das parcelas em atraso, nem pela JADE nem pela atual sucessora/embargante, as quais tem como representante legal a mesma sócia.
> Assim, não havendo exercido, a tempo, o direito de cobrança, preferindo as empresas quedarem-se inertes, portanto, entendo que a prescrição deveria aproveitar, em todo caso, à própria acionada/embargada. Contudo, o que se constata dos autos é que a promitente compradora entendeu de quitar o débito em juízo, mediante consignação, cujo processo foi julgado procedente e com sentença já transitada em julgado. Restando configurada, na espécie, a sucessão empresarial, tendo as empresas a mesma sócia-gerente, deste modo, reafirmo que não há nenhum adminículo legal para agasalho da tese de que tenha se operado o alardeio da prescrição pela embargante/sucessora.

E, se houve prescrição foi da pretensão de cobrar parcelas atrasadas, não da pretensão de obrigar a parte vendedora a efetuar a transferência da propriedade do bem imóvel adquirido, como bem observou o Juízo de primeira instância.

Na verdade, o direito subjetivo de exigir a transferência da propriedade somente surgiu com o trânsito em julgado da sentença proferida na ação de consignação, momento em que, declarada a quitação do preço, surgiu o direito subjetivo de a parte compradora exigir a transferência da propriedade do bem. Nesse sentido, o CC/2002:

> **Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.**
> (...)
> **Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.**
> (...)
> **Art. 491. Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço.**

Portanto, não está prescrita a pretensão de a compradora **MARCIA DA SILVA DO NASCIMENTO**, ora apelada, obrigar a empresa apelante JESPERSEN DE **ATHAYDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA**, na condição de sucessora a título singular (contrato de compra e venda) das empresas **DI FIORI – EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS** (fl.12) e **JADE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS** (fl.16), a transferir a propriedade do imóvel.

Referida pretensão surgiu no momento em que, transitada em julgado a sentença proferida na ação de consignação em pagamento (fls.77/79), declarando a quitação do preço, a empresa JESPERSEN DE ATHAYDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA se negou a transferir a propriedade.

Portanto, não há falar em prescrição.

Adentra-se ao exame do mérito.

Mérito: limites subjetivos da sentença proferida em ação consignatória

No entender da empresa JESPERSEN DE ATHAYDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA, a sentença proferida na somente afeta à empresa JADE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, pessoa jurídica diversa da apelante.

Além disso, defende que a empresa JADE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA não era proprietária do imóvel em questão, o qual seria propriedade da apelante JESPERSEN DE ATAHAYDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA.

A Respeito do assunto, correta a fundamentação do sentença apelada, em textual:

> **Analisando as peculiaridades do caso posto em mesa, afigura-se-me que os argumentos veiculados nos embargos de terceiro deflagrados pela embargante são ineludivelmente insubsistentes, porquanto, o cenário processual demonstra, sem hesitação, que a embargada**

> **comprovou documentalmente a compra do Lote em questão da primeira empresa DI FIORI - EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA (pp. 69/72) - a qual, conforme aditivo contratual de nº 0148 (p. 73), transferiu os direitos alusivos ao referido imóvel para JADE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, que, por sua vez, também repassou os supra mencionados direitos e obrigações para a empresa JESPERSEN DE ATAYDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA, representada pela sócia-gerente Deborah Jespersen de Athayde, que, por sua vez, era também sócia e representante legal das empresas antecessoras (p. 15/16)**.
>
> Independentemente de haver ou não caracterizada uma possível sucessão ou confusão empresarial, o fato é que a proteção possessória/dominial almejada, no caso em análise, depende de prova inarredável do alegado inadimplemento da embargada. E a prova da *morae debitoris* não foi demonstrada pela embargante.
>
> Por outro lado, em se deduzindo pela referida sucessão empresarial, pelo fato de que **as mencionadas empresas eram, continua e sucessivamente, geridas pela mesma sócia-gerente, exercerem a mesma atividade comercial, estabelecendo-se no mesmo endereço, não há, pois, como penalizar-se a parte embargada por ser possuidora de boa fé e haver efetuado a quitação das parcelas ajustadas pactualmente pelo devedor fiduciante/cedente**.
>
> Nesse compasso, o adimplemento contratual pela cessionária/embargada, decorrente do contrato de compra e venda celebrado entre o cedente e a Imobiliária/Vendedora, opera efeitos "erga omnes", especialmente todos os efeitos jurídico-legais em relação à empresa, ora embargante, consoante exegese extraída da dicção das normas encartadas na Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel.

Não há como vislumbrar boa-fé da ora apelante, vez que a sócia-gerente das três empresas estava ciente da existência do negócio jurídico celebrado com a apelada MARCIA DA SILVA DO NASCIMENTO, bem

como das cessões da posição contratual de vendedor e, portanto, da sucessão contratual decorrente das referidas transferências de direito. A assinatura de Deborah Regina Jespersen de Athayde consta:

(a) no Contrato Particular de Compra e Venda nº 000148, celebrado entre MARCIA DA SILVA DO NASCIMENTO e DI FIORI – EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA (fl.15);

(b) no Primeiro aditivo ao contrato padrão nº 0148, em que JADE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA se intitula "hoje proprietária dos direitos relativos ao Contrato Padrão nº 0148, realizado pela DI FIORI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA" (fl. 16);

(c) no instrumento denominado TRANSFERÊNCIA DO CONTRATO Nº 0148, em que JADE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA anui com a cessão da posição contratual de comprador a MARCIA DA SILVA NASCIMENTO (fl.17);

(d) no primeiro parágrafo da petição inicial, quando da qualificação como "JESPERSEN DE ATHAIDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA, anteriomente denominada de DI FIORI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, (...) representada neste ato por sua sócia gerente, DEBORAH REGINA JESPERSEN DE ATHAYDE" (fl. 1); e

(e) no instrumento particular de procuração em que a JESPERSEN DE ATHAIDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA, anteriormente denominada de DI FIORI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS outorga poderes ao advogado que subscreve a petição inicial e o recurso de apelação (fl.9).

Além de tudo, a empresa DI FIORI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS, atualmente denominada JESPERSEN DE ATHAIDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA, cedeu a posição contratual de vendedor no contrato nº 0148 à empresa JADE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS (fl.17).

No âmbito doutrinário, sobre a cessão de posição contratual, **Pinheiro e Glitz** lecionam:

> Trata-se da cessão da posição contratual, negócio por meio do qual o contratante transfere a terceiro o amplo espectro de créditos e débitos que, em razão da posição que ocupa na relação jurídica obrigacional, é titular. (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Cessão da posição contratual na perspectiva do direito brasileiro contemporâneo: em busca da compreensão da relação jurídica obrigacional**. EOS Revista Jurídica da Faculdade de Direito, Vol. III, nº5, Janeiro/Junho 2009, p. 24-44).

Carlos Alberto da Mota Pinto complementa:

> Constitui esse tipo de contrato o meio dirigido à circulação da relação contratual, isto é, à transferência *ex negotio*por uma das partes contratuais (cedente), **com o consentimento do outro contraente (cedido)**, para um terceiro (cessionário), do complexo de posições activas e passivas criadas por um contrato. (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 71-72).

Com a anuência da DI FIORI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, através da cessão de posição contratual, a empresa JADE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS assumiu o amplo espectro de débitos e créditos que eram titularizados pela cedente DI FIORI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, com o consentimento de MARCIA DA SILVA NASCIMENTO.

A hipótese de cessão da posição contratual com substituição de uma parte por outra exige expressa anuência das partes originárias para sua validade, o que ocorreu na hipótese. A respeito, as lições de **Ruy Rosado de Aguiar Júnior**em seu Extinção dos contratos por inadimplemento do devedor, AIDE, 2003, p. 29; **Luís Renato Ferreira da Silva**, Cessão da Posição Contratual, em Teoria Geral dos Contratos, Coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni, Atlas, 2011, pp. 394/408 e 401/402; e **Caio Mário da Silva Pereira**, Instituições de Direito Civil, v. II, Forense, 2010, p. 382.

E, se na própria petição inicial, JESPERSEN DE ATHAYDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA se qualifica como empresa

"anteriormente denominada de DI FIORI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA" (fl.1), configura violação da boa-fé objetiva (***venire contra factum proprium*e *tu quoque***) pretender se furtar aos efeitos da cessão de posição contratual efetuada por si própria quando ainda denominada DI FIORI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, apesar de ter sede no mesmo local e ser gerida pela mesma pessoa. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em casos similares:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CAMBIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO. NOTA PROMISSÓRIA. ASSINATURA ESCANEADA. DESCABIMENTO. INVOCAÇÃO DO VÍCIO POR QUEM O DEU CAUSA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS SINTETIZADA NOS BROCARDOS LATINOS 'TU QUOQUE' E 'VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM'.
> (...)
> 4. Caso concreto, porém, em que a assinatura irregular escaneada foi aposta pelo próprio emitente.
> 5. Vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa.
> **6. Aplicação da 'teoria dos atos próprios', como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos 'tu quoque' e 'venire contra factum proprium', segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé**
> 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.
> 8. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.
> (REsp 1192678/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 26/11/2012)
> AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FIANÇA LOCATÍCIA. VÊNIA CONJUGAL. AUSÊNCIA. OMISSÃO DO ESTADO DE CASADO. "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM". VALIDADE DA GARANTIA. MITIGAÇÃO DA SÚMULA 332/STJ. AGRAVO INTERNO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 1.021, § 4o, DO CPC/2015.

> 1. Controvérsia acerca da validade de fiança prestada pelo marido sem o consentimento da esposa, sendo a nulidade por ela alegada.
> 2. "A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia" (Súmula 332/STJ).
> 3. Mitigação da Súmula 332/STJ na hipótese em que o fiador omite o estado de casado.
> **4. Aplicação da teoria dos atos próprios, concretizada na fórmula "venire contra factum proprium".**
> **5. Validade da garantia, na espécie, ainda que a nulidade tenha sido alegada pelo cônjuge que não participou do negócio jurídico. Precedentes.**
> 6. Preservação da meação do cônjuge que não se obrigou como fiador.
> 7. Agravo interno manifestamente improcedente, fazendo incidir a multa processual do art. 1.021, § 4o, do CPC/2015, arbitrada em 1% do valor atualizado da causa.
> 8. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.
> (AgInt nos EDcl no REsp 1384112/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 11/10/2016)

Portanto, diante do contexto de fato narrado, percebe-se que houve sucessão, a título singular (no contrato nº 0148), entre as empresas DI FIORI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, JADE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA e JESPERSEN DE ATHAIDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA. E, também, falta à apelante o *status* terceiro.

Mérito: inadimplência e enriquecimento sem causa

Em relação às referidas matérias, não pode este relator ou a 2ª Câmara de Direito Privado, nesta via, impugnarem a validade de sentença proferida em outro processo e já transitada em julgado. Isto ofenderia à imutabilidade da coisa julgada.

Ora, diante do contexto fático descrito, falta a condição jurídica de terceiro à empresa JESPERSEN DE ATHAIDE CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES TLDA, anteriormente denominada DI FIORI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS, esta cedente de sua posição contratual no contrato nº 0148 à empresa JADE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS, todas sediadas no mesmo endereço e representadas pela mesma sócia.

Em suma, a sentença proferida na primeira instância merece confirmação.

Conclusões. Dispositivo.

Ante o exposto, CONHECIDO O RECURSO E NÃO PROVIDO, confirmada a sentença recorrida.

É o voto.

Fortaleza, 11 de outubro de 2017.

PROCESSO: 0198036-21.2015.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: SINDICATO DOS MÉDICOS DO ESTADO DO CEARÁ
APELADOS: INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA - IJF E INSTITUTO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DE RECURSOS HUMANOS – IMPARH
CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO. IJF. PROVA DE TÍTULOS. CARÁTER CLASSIFICATÓRIO. PONTUAÇÃO. MODIFICAÇÃO VIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. SUBJETIVISMO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ISONOMIA PRESERVADA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. HONORÁRIOS MAJORADOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Cuida-se de Recurso de Apelação Cível com a finalidade de reforma da sentença que entendeu pela improcedência da Ação Ordinária que visava a anulação das cláusulas editalícias 6.1 e 6.2 do Edital nº 60/2015, que regulamentou o concurso público para preenchimento de 74 (setenta e quatro) vagas para o cargo efetivo de Médico do IJF. Em sua peça inicial e razões recursais alega o recorrente, em síntese, que o peso da prova de títulos (40 pontos) confere a esta etapa um caráter eliminatório, prejudicando a aprovação de médicos que não possuem muito tempo de atuação na área, ferindo o princípio da isonomia.

2. A pretensão do recorrente refoge à esfera de sindicabilidade do Judiciário, porquanto é vedado a esse Poder o exame dos critérios de formulação e correção das questões da prova aplicada pela banca examinadora do concurso público, uma vez que integram o mérito do ato administrativo. Precedentes.

3. existe expressa menção acerca do caráter eminentemente classificatório da Prova de Títulos, a despeito da pontuação prevista no edital. O caráter eliminatório pode ser encontrado, isso sim, na prova objetiva, que prevê a necessidade de acerto de, no mínimo, 60% (sessenta por cento) das questões.

4. Não há que referir-se a burla ao princípio da isonomia, ou mesmo desproporção da pontuação prevista para a prova de títulos, quando os critérios utilizados pela administração alcançam a todos os interessados e não se apresentam como forma deliberada de desobediência aos princípios da administração pública, em especial a isonomia e a impessoalidade.

5. Recurso de Apelação Cível conhecido e desprovido. Honorários sucumbenciais majorados para R$1.000,00 (mil reais), com fundamento no art. 85, §11, do CPC/15)

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Eg. Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer o Recurso de Apelação Cível, mas para negar-lhe provimento, mantendo a sentença apelada, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 19 de novembro de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Apelação Cível com a finalidade de reforma da sentença proferida pelo magistrado atuante na 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza e que entendeu pela improcedência da Ação Ordinária intentada pelo SINDICATO DOS MÉDICOS DO ESTADO DO CEARÁ em desfavor do INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA- IJF e do INSTITUTO MUNICIPAL DESENVOLVIMENTO DE RECURSOS HUMANOS - IMPARH.

Argui em sua peça inicial o Sindicato, em resumo, que foi publicado o Edital n° 60/2015, regulamentando o concurso público para o preenchimento de 74 (setenta e quatro) vagas para o cargo efetivo de Médico do IJF, realizado pelo Instituto Municipal de Desenvolvimento de Recursos Humanos – IMPARH, um dos promovidos. Alega que o peso da prova de títulos (40 pontos) confere a esta etapa um caráter eliminatório, prejudicando a aprovação de médicos que não possuem muito tempo de atuação na área. Ao final, pleiteia a anulação das cláusulas editalícias 6.1 e 6.2 do Edital nº 60/2015.

Indeferida a tutela antecipada pleiteada, fls. 111/113.

Em sua defesa, o Instituto Dr. José Frota - IJF apresentou a peça de fls. 119/123, alegando, o princípio da vinculação do edital e o caráter classificatório da prova de títulos. Por seu turno, o Instituto Municipal de Desenvolvimento de Recursos Humanos – IMPARH apresentou contestação, às fls. 310/315, alegando, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva e a perda do objeto da presente demanda. No mérito, também defende a necessidade de observância ao princípio da vinculação do edital.

Sentença às fls. 323/328 por meio da qual o magistrado de piso entendeu pela improcedência do feito.

Inconformado, o Sindicato dos Médicos do Estado do Ceará ingressou com o presente Recurso de Apelação, fls. 334/356, por meio do

qual apresenta os mesmos argumentos vertidos na peça inicial, pugnando pela anulação dos itens 6.1 e 6.2 do Edital nº 60/2015.

Contrarrazões às fls. 378/381 por meio da qual o IJF refere-se, em síntese, ao acerto da sentença de mérito proferida pelo magistrado *a quo*, pleiteando, assim, a sua confirmação.

Empós, os autos foram remetidos a esse Egrégio Tribunal de Justiça e encaminhados ao Douto representante do *Parquet*que apresentou manifestação, às fls. 391/398, pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o relatório. Decido.

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos do Recurso de Apelação, razão porque dele tomo conhecimento.

Cuida-se de discussão acerca da regra prevista no Edital n° 60/2015, regulamentando o concurso público para o preenchimento de 74 (setenta e quatro) vagas para o cargo efetivo de Médico do IJF e que trouxe previsão de realização de prova de títulos valorada com, no máximo, 40 pontos, o que, na opinião do Sindicato, somada à maneira como encontrado o resultado final (somatório das notas da prova objetiva e da prova de títulos), feriria o princípio da isonomia, diante da exclusão das vagas àqueles interessados que não detenham tantos títulos, como recém formados, residentes, dentre outros.

Contudo, consoante se extrai da leitura do instrumento editalício, fls. 60/110, existe expressa menção acerca do caráter eminentemente classificatório da Prova de Títulos, a despeito da pontuação prevista no edital.

Prevê o edital, isso sim, o caráter eliminatório da prova objetiva, firmando a nota mínima em 60% (sessenta por cento) de acerto nas questões objetivas. Aí sim, pode-se ver a existência de caráter eliminatório, pois somente aqueles candidatos que atingirem o mínimo de 60% de acerto na prova objetiva, terão avaliados os títulos apresentados. Assim preveem os itens 5.1 e 5.2:

> 5.1. O concurso público efetivar-se-á em duas etapas, conforme o discriminado abaixo:

a) PRIMEIRA ETAPA – PROVA OBJETIVA, de caráter eliminatório e classificatório, para todos os candidatos;
b) SEGUNDA ETAPA – ANÁLISE DE TÍTULOS, de caráter meramente classificatório, para os candidatos aprovados na primeira etapa.

5.2. PRIMEIRA ETAPA - DA PROVA OBJETIVA E DAS CONDIÇÕES DE SUA REALIZAÇÃO
5.2.1. Nessa etapa será aplicada uma prova objetiva, de caráter classificatório e eliminatório. A prova objetiva avaliará o grau de conhecimento específico do candidato em relação ao conteúdo programático constante do anexo II, parte integrante deste edital, com o valor máximo de 60 (sessenta) pontos, contendo 50 (cinquenta) questões, todas com quatro alternativas de resposta (A, B, C, D), sendo somente uma considerada correta.
5.2.1.1. A nota da prova escrita para todos os candidatos será calculada pela seguinte fórmula:
NPO = NQC x 1,2
Onde:
NPO = nota da prova objetiva
NQC = número de questões certas
5.2.2. Serão considerados aprovados nessa etapa os candidatos que, CUMULATIVAMENTE:
a) acertarem 60% (sessenta por cento) do total de questões da prova objetiva, o que equivale a 30 (trinta) questões certas, perfazendo 36 (trinta e seis) pontos;
b) alcançarem a classificação limitada ao quantitativo estabelecido no anexo I, por ordem decrescente de nota, utilizados os critérios de desempate previstos no subitem 5.2.3, exigência válida para todos os candidatos.
5.2.2.1. Serão eliminados do certame os candidatos que não atenderem às exigências descritas nas alíneas a e b do subitem 5.2.2 deste edital.
5.2.3. Ocorrendo o empate de classificação nessa etapa, o desempate entre os candidatos ocorrerá levando-se em conta os critérios abaixo relacionados, sucessivamente:
a) idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, na forma do disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), considerada a data do último dia de inscrição previsto para este concurso;
b) a idade maior, considerando-se ano, mês e dia.

Consoante se vê, a prova objetiva detém nítido caráter eliminatório, tendo em vista que aqueles candidatos que não obtenham no mínimo 60% de acerto na prova, não terão avaliados os títulos apresentados.

A respeito da prova de título, o item 5.3 assim prevê:

> 5.3. SEGUNDA ETAPA – DA ANÁLISE DE TÍTULOS
> 5.3.1. Serão considerados habilitados para essa etapa os candidatos aprovados na primeira etapa - prova objetiva, conforme previsto nos subitens 5.2.2 e seguintes, limitados aos quantitativos descritos no anexo I e por ordem decrescente de nota.
> 5.3.2. A referida etapa será constituída da análise de títulos, de caráter meramente classificatório, com o valor máximo de 40 (quarenta) pontos, distribuídos conforme demonstrado no quadro abaixo. Somente serão aceitos os documentos comprobatórios das situações a seguir relacionadas, expedidos até a data-limite prevista para a sua entrega, de acordo com o estabelecido no item 09, em formulário padronizado, e observados os limites de pontos estabelecidos no quadro III.

Diante do que se viu, após a aprovação do candidato com a efetiva demonstração do seu conhecimento, serão avaliados outros requisitos que a administração entende relevantes para aqueles interessados em exercer o cargo de médico do IJF.

Não há que referir-se a burla ao princípio da isonomia, ou mesmo desproporção da pontuação prevista para a prova de títulos, quando os critérios utilizados pela administração alcançam a todos os interessados e não se apresentam como forma deliberada de desobediência aos princípios da administração pública, em especial a isonomia e a impessoalidade.

No caso, refere-se o autor a um eventual prejuízo aos recém-formados, tendo em vista que ficariam eles afastados dos referidos cargos, tendo em vista a ausência de tempo no exercício da profissão. Contudo, do cotejo dos autos, infere-se ter sido exatamente a experiência profissional, somada a capacidade intelectual e especialização nos cargos específicos,

requisitos escolhidos pela administração pública para o ingresso no concorrido cargo de médico do IJF.

Impende destacarmos que a pretensão do sindicato-recorrente refoge à esfera de sindicabilidade do Judiciário, porquanto é vedado a esse Poder o exame dos critérios de formulação e correção das questões da prova aplicada pela banca examinadora do concurso público, uma vez que integram o mérito do ato administrativo.

A esse respeito colaciono alguns julgados:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE TÉCNICO EM ENFERMAGEM. CANDIDATA APROVADA EM CADASTRO RESERVA. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DE QUESTÃO DO CONCURSO. VÍCIO NA CORREÇÃO DA QUESTÃO AFASTADO, PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM, À LUZ DO ACERVO FÁTICO DA CAUSA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REPERCUSSÃO GERAL E PRECEDENTES DO STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS RECURSAIS, EM SEDE DE AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
>
> I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada em 22/05/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015. II. Na origem, trata-se de demanda acerca da interpretação de questão inserida em prova objetiva de concurso público, tendo em vista que a autora não concorda com a resposta apontada pela banca examinadora. III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão dos Embargos Declaratórios apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da

pretendida. IV. Em 23/04/2015, no julgamento do RE 632.853/CE, o Plenário do STF, apreciando o Tema 485 da Repercussão Geral, nos termos do voto do Relator, Ministro GILMAR MENDES, firmou a tese no sentido de que "não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas", reconhecendo, em caráter excepcional, a possibilidade de o Judiciário anular questões de concurso público, quando houver flagrante dissonância entre o conteúdo das questões e o programa descrito no edital do certame. **A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que, em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame, que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal, sendo-lhe vedado substituir-se à banca examinadora, para apreciar os critérios utilizados para a elaboração e correção das provas, sob pena de indevida interferência no mérito do ato administrativo.**Com efeito, "o **Poder Judiciário não pode atuar em substituição à banca examinadora, apreciando critérios na formulação de questões, reexaminado a correção de provas ou reavaliando notas atribuídas aos candidatos"**(STJ, RMS 28.204/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/02/2009). No mesmo sentido: STJ, AgInt no RE nos EDcl no RMS 50.081/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJe de 21/02/2017; AgRg no RMS 37.683/MS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/10/2015. Incidência da Súmula 83/STJ. V. As instâncias ordinárias, à luz do acervo fático da causa, firmaram entendimento no sentido de que, "na verdade, a autora pretende afastar os critérios de correção utilizados pela banca examinadora, que apontou uma das alternativas como válidas, sendo certo que sua irresignação está atrelada à interpretação da questão e a supostos defeitos no enunciado. Percebe-se, portanto, que a impugnação apresentada não se dedica a apontar potencial ilegalidade no enunciado da questão, mas a questionar os critérios de

correção da banca examinadora, o que não condiz com o entendimento jurisprudencial acerca do tema, consoante precedentes transcritos". Conclusão em sentido contrário é pretensão inviável, nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ. VI. No que tange ao pedido de majoração dos honorários advocatícios, à luz do contido no art. 85, § 11, do CPC/2015, destaco que, na forma da jurisprudência desta Corte, "o pedido de arbitramento/majoração da verba honorária de sucumbência no Agravo Interno, formulado pela embargante, deve ser rejeitado, em razão do entendimento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - Enfam - adotado no seminário "O Poder Judiciário e o Novo CPC", no qual se editou o enunciado 16, com o seguinte teor: "Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)". Dito de outro modo, como se trata (o Agravo Interno) de recurso que apenas prorroga, no mesmo grau de jurisdição, a discussão travada no Recurso Especial, o caso concreto não comporta a aplicação do art. 85, § 11, do CPC/2015"
(STJ, EDcl no AgInt no REsp 1.578.347/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/11/2016). VII. Agravo interno improvido. (STJ, AgInt no AREsp 988.316/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO POR AMBAS AS ALÍNEAS DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO PARA O PROVIMENTO DE CARGO DE POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. EDITAL 01/2009 - DPRF. ANULAÇÃO DE QUESTÕES OBJETIVAS 22 E 23 DA PROVA DE RACIOCÍNIO LÓGICO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO, PELO JUDICIÁRIO, DAS QUESTÕES OBJETIVAS 22 E 23 DO REFERIDO CONCURSO. QUESTÃO 23. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. QUESTÃO 22. PRETENSÃO DE ACOLHIMENTO DE

LAUDO TÉCNICO UNILATERAL DO PERITO DOS CANDIDATOS, QUE DIVERGE DA CONCLUSÃO DA BANCA EXAMINADORA. SUBSTITUIÇÃO DA CONCLUSÃO DA BANCA EXAMINADORA POR LAUDO TÉCNICO PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL. RE 632.853/CE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73. II. Na origem, trata-se de demanda ordinária, proposta pelos candidatos, ora recorrentes, objetivando a anulação de questões objetivas de concurso - questões 22 e 23 da prova de raciocínio lógico do concurso público para o provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital 1/2009 -, ao argumento de que, em relação à questão 22, não apresentaria ela opção correta de resposta, e, quanto à questão 23, não forneceria todas as informações necessárias à sua solução, além de que extravasaria o conteúdo programático do edital do certame. Para tanto, nas razões do presente Recurso Especial, defende-se, entre outras, a tese de que é possível, ao Poder Judiciário, quando abalizado por laudo técnico pericial, apreciar o acerto ou não da alternativa atribuída como correta, pela banca examinadora. III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão que julgou os Embargos Declaratórios apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida. IV. Em relação à pretensão de anulação da questão 23 do referido concurso, diante da compreensão firmada pelas instâncias ordinárias, à luz do acervo fático da causa - no sentido de que a referida questão, ao contrário do que afirma a parte recorrente, está correta, inserta nos conhecimentos atinentes a raciocínio lógico e noções de estatística, conforme previsto no edital do certame -, concluir de forma contrária é pretensão inviável, nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ. Nesse sentido, dentre inúmeros, o seguinte precedente: STJ, AgRg no Ag 1.424.286/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA

TURMA, DJe de 03/02/2017. V. Em relação à questão 22, como esclarecem as instâncias ordinárias, no presente caso a inicial fundamenta-se em parecer técnico unilateral, contratado pelos autores - que concluiu que não há resposta correta para a questão 22 -, contrariamente à posição técnica adotada pela banca examinadora do certame, que aponta, como correta, a alternativa B da aludida questão 22. VI. Não se desconhece que inúmeras ações judiciais foram ajuizadas pelos candidatos do referido concurso, objetivando a anulação da questão 22 do aludido certame, em razão de existirem pareceres de especialistas da área específica - tanto perito judicial, quanto auxiliar técnico da parte -, que, contrariamente ao que afirma a banca examinadora do presente concurso, ora sustentam inexistir resposta correta, dentre as alternativas apresentadas no quesito, ora asseveram existir mais de uma alternativa correta, quanto à referida questão 22 do certame em apreço. VII. Todavia, **em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame, que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal, sendo-lhe vedado substituir-se à banca examinadora para apreciar os critérios utilizados para a elaboração e correção das provas, sob pena de indevida interferência no mérito do ato administrativo. Ou seja, "o Poder Judiciário não pode atuar em substituição à banca examinadora, apreciando critérios na formulação de questões, reexaminado a correção de provas ou reavaliando notas atribuídas aos candidatos"**(STJ, RMS 28.204/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/02/2009). No mesmo sentido, dentre inúmeros precedentes: STJ, AgInt no RE nos EDcl no RMS 50.081/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJe de 21/02/2017, AgInt no RMS 49.513/BA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/10/2016, AgRg no RMS 37.683/MS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/10/2015. VIII. **A espancar dúvidas sobre o assunto, em 23/04/2015, no julgamento do RE 632.853/CE, o Plenário**

do STF, apreciando o Tema 485 da Repercussão Geral, nos termos do voto do Relator, Ministro GILMAR MENDES, firmou as premissas de que o Poder Judiciário não pode interferir nos critérios de correção de prova, ressalvada a excepcional hipótese de "juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame". Concluiu o Relator, no STF, no sentido de que "não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas"(STF, RE 632.853/CE, Rel. Ministro GILMAR MENDES, PLENO, DJe de 26/06/2015, sob o regime da repercussão geral). IX. No caso, para o deslinde da presente controvérsia seria necessário levar em conta parecer técnico, elaborado de forma unilateral, pelo perito da parte, ou, em outras hipóteses trazidas à colação, considerar perícia judicial, em sentido contrário ao que restou decidido, pela Corte Maior, em regime de repercussão geral. A corroborar tal posição, o próprio STF, em relação à mesma questão 22 do certame ora em análise, já aplicou a compreensão firmada por aquela Corte, no RE 632.853/CE, em regime de repercussão geral, ainda que monocraticamente, no julgamento do RE 975.980/PE, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, DJe de 22/06/2016 (decisão transitada em julgado em 28/09/2016), e do AgRg no RE 904.737/RS, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, DJe de 21/09/2016 (decisão transitada em julgado em 26/11/2016). X. Diante desse contexto, não merece prosperar a pretensão de anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva do concurso para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital nº 1/2009 - DPRF, porquanto, na hipótese, além de a pretensão conflitar com o entendimento do STF, firmado em regime de repercussão geral, os comandos das referidas questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis, verificáveis à primeira vista, a ensejar sua anulação. Com efeito, não há qualquer ilegalidade flagrante, tanto que, no presente caso - como em outros precedentes, trazidos à colação -, a pretensão da inicial ampara-se em parecer técnico especializado, colhido unilateralmente pelos autores, pelo que concluiu o acórdão recorrido que "as impugnações no aspecto técnico variam

conforme os respectivos especialistas no tema (...) razão porque, nos termos da sentença, prestigio o entendimento da banca examinadora" e que "os comandos das questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis verificados à primeira vista, a ensejar sua anulação". XI. Recurso Especial improvido.
(STJ, REsp 1528448/MG, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/11/2017, DJe 14/02/2018)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO. DIRIGENTE ESCOLAR. REVISÃO DE NOTA. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO. DIVULGAÇÃO A POSTERIORI DOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO. POSSIBILIDADE. OBSERVAÇÃO DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.
1. **A decisão agravada não merece reparos, pois, espelha, com fidelidade, o entendimento jurisprudencial desta Corte, no sentido de que "o critério de correção de prova de concurso público não é de apreciação do Poder Judiciário, por representar tal ato incursão no mérito administrativo"**(AgRg no Ag 1.384.568/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe 05/09/2011). 2. **O objetivo dos certames públicos de provas ou provas e títulos, previstos nos incisos I a IV do art. 37 da Constituição Federal para ingresso no serviço público, é assegurar a observância do princípio constitucional da isonomia, razão pela qual a divulgação, ainda que a posteriori, dos critérios de correção das provas dissertativas não viola, só por si, o princípio da igualdade, desde que os mesmos parâmetros sejam uniforme e indistintamente aplicados a todos os candidatos.**3. Agravo interno a que se nega provimento.
(STJ, AgInt no RMS 51.969/MS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017)

Ainda, trago precedente deste Eg. Tribunal de Justiça:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES CÍVEIS. CONCURSO PÚBLICO PARA JUIZ. INABILITAÇÃO NA PROVA DE SENTENÇA. VALORAÇÃO DE RESPOSTA E MAJORAÇÃO DE NOTA, NA VIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIOS DA BANCA EXAMINADORA. DIVULGAÇÃO DO ESPELHO DE PROVA. PERMANÊNCIA DO SUBJETIVISMO DO EXAME. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SENTENÇA REFORMADA.
> 1. Divulgar o espelho não possui o condão de retirar o subjetivismo da prova de sentença, isto é, não transforma a prova escrita em exame objetivo. Seguir a abordagem esperada, por si só, não enseja conseguir pontuação máxima ou suficiente para habilitação. Até porque é um teste em que se avalia o conhecimento jurídico individual, a capacidade de raciocínio, organização das ideias, coerência do texto, aprofundamento do tema e adequação dos fundamentos, aspectos estes que irão influenciar na nota. 2. A providência adotada pelo magistrado de primeiro grau ensejou a majoração de pontos após reavaliação do conteúdo da peça jurídica e dos critérios adotados pela banca para corrigir a prova redigida pelo candidato. 3. Como regra, n**ão é permitido ao Poder Judiciário substituir a comissão examinadora na correção de provas de caráter eminentemente subjetivo, muito menos valorar as respostas e redefinir notas, notadamente quando não se vislumbra ilegalidade flagrante, já que em nenhum dos quesitos foi atribuído zero ponto, ou seja, a banca não desconsiderou totalmente a resposta.**Apesar de acertar o tema proposto, o postulante não conseguiu desenvolver o texto com a qualidade exigida para sua habilitação, sendo certo que o recurso administrativo direcionado à comissão restou fundamentadamente indeferido. Fartos e atuais precedentes do STF, STJ e TJCE. 4. **A intervenção do Judiciário em concursos públicos deve ser mínima e, como não identificada excepcionalidade, não há como acolher a pretensão autoral. Aliás, se a sentença fosse confirmada**

> **estar-se-ia substituindo a subjetividade do examinador pelo ponto de vista do próprio candidato avaliado, ou mesmo pela corrente adotada pelo doutrinador que subscreveu o parecer apresentado pelo demandante.** . Eventual atribuição de pontos adicionais, neste caso específico, além de macular a separação dos poderes, configuraria nítida afronta ao princípio da isonomia, prejudicando os demais concorrentes que se submeteram às mesmas regras. 6.Reexame e apelos conhecidos e providos. Sentença reformada e pedido inicial julgado improcedente.
> (TJ/Ce, Relator (a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 13/02/2017; Data de registro: 13/02/2017)

Consoante se vê, adentrar no mérito do ato administrativo que determinou as regras de pontuação dos títulos na segunda fase do certame afronta a independência dos Poderes, pois inexiste ilegalidade latente que fundamente a sobredita intervenção do Poder Judiciário.

ISSO POSTO, conheço o Recurso de Apelação, mas para negar-lhe provimento, mantendo em sua totalidade a sentença apelada, ocasião em que, com fundamento no art. 85, §11, do CPC/15m majoro os honorários sucumbenciais para R$1.000,00 (mil reais).

É como voto.

Fortaleza, 19 de novembro de 2018.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0920744-58.2014.8.06.0001, ORIUNDA DA 8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA.
1ª APELANTE: LEDA MARIA CRUZ.
2º APELANTE: ESTADO DO CEARÁ.
APELADOS: OS MESMOS APELANTES.
RELATOR: JUIZ CONVOCADO DR. HENRIQUE JORGE HOLANDA SILVEIRA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL APOSENTADA. PERCEPÇÃO DE PENSÃO POR MORTE. TETO CONSTITUCIONAL. ART. 37, XI DA CF/88. INCIDÊNCIA SOBRE CADA UM DOS BENEFÍCIOS EM SEPARADO. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DO COMANDO CONSTITUCIONAL. SENTENÇA REFORMADA.

1. Tratam os autos de Apelações Cíveis em ação ordinária por meio da qual se discute a incidência do teto remuneratório sobre a percepção de aposentadoria de servidora pública de maneira cumulada com pensão por morte oriunda do falecimento do seu cônjuge.

2. A previsão de um teto constitucional de remuneração é decorrência lógica do princípio da moralidade, previsto no caput do art. 37 e disseminado por todo o ordenamento jurídico brasileiro, seja expressa ou implicitamente.

3. Por meio de tal mecanismo busca-se evitar os denominados "super salários", assim compreendidas as altas cifras percebidas por um único servidor público em decorrência de seu vínculo jurídico com a Administração, de maneira desproporcional

aos demais integrantes da carreira e em claro confronto com o preceito republicano.
4. Ocorre que a interpretação do art. 37, XI da CF/88 não pode estar adstrita, apenas e tão somente, ao método gramatical. Há que se buscar conferir aplicação ao mandamento constitucional de maneira lógico-sistemática.
5. Tendo o servidor contribuído durante toda a sua vida com o objetivo de que perceberia a respectiva contrapartida quando de sua aposentadoria, ou mesmo que sua família receberia os valores devidos em caso de seu falecimento, não se afigura justo que o Estado, mediante interpretação que privilegia a literalidade das disposições em detrimento do conteúdo dos direitos plasmados na Constituição, pretenda obstar a retribuição esperada.
6. Tratando-se de relações jurídicas diversas, oriundas de vínculos distintos (aposentadoria e pensão por morte), o teto constitucional incide sobre cada um dos benefícios em separado.
7. Sendo assim, deve a servidora ser ressarcida quanto aos valores indevidamente descontados, respeitada a prescrição das parcelas anteriores aos cinco anos que precederam o ajuizamento da demanda.
- Apelação da servidora conhecida e provida.
- Apelação do Estado do Ceará prejudicada.
- Sentença reformada.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0920744-58.2014.8.06.0001, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 3ª Câmara de Direito Público do egrégio Tribunal de Justiça do

Estado do Ceará, por unanimidade, em **conhecer das apelações interpostas, para dar provimento ao recurso da servidora e declarar prejudicado o apelo do Estado do Ceará, reformando a sentença recorrida**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelações Cíveis interpostas com o objetivo de desconstituir sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que decidiu pela improcedência da ação.

O caso/a ação originária: Maria Cruz, na condição de servidora pública aposentada, promoveu ação ordinária em face do Estado do Ceará com o fim de questionar a forma pela qual referido ente público estaria aplicando o redutor do teto remuneratório constitucional sobre os valores por ela mensalmente percebidos. Para tanto, afirmou que, além dos proventos de aposentadoria, ostentaria a condição de pensionista do seu falecido marido, Sr. Artur Linhares Mendes, recebendo valores relativos aos cargos por ele ocupados junto à Secretaria de Saúde do Estado e à Universidade Estadual do Ceará. Desta maneira, requereu que o teto remuneratório previsto no art. 37, XI da CF/88 incidisse de maneira isolada sobre cada um dos benefícios, diversamente do que vinha sendo praticado pelo promovido (aplicação do redutor constitucional sobre o somatório das rubricas). Em **contestação**(fls. 104/117), o Estado do Ceará aduziu, em síntese, que as disposições constitucionais atinentes à espécie estariam sendo fielmente observadas, inexistindo, destarte, qualquer irregularidade a ser sanada. O **Ministério Público**deixou de atravessar parecer por entender que, na presente demanda, inexistiria interesse público a ser amparado (fls. 144/145).

A sentença: às fls. 154/158, o Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza decidiu pela **improcedência da ação**. Transcrevo o dispositivo da sentença:

> "Isto posto, julgo improcedente o pedido com esteio no art. 487, I, do CPC.

> Custas recolhidas.
> Condeno a promovente ao pagamento de honorários advocatícios, que, no balizamento do art. 20, §4º do CPC/1973, atual art. 85, §8º do CPC/15, arbitro em R$ 1.000,00".

Apelação da Sra. Leda Maria Cruz, às fls. 164/175, reiterando os argumentos apresentados em 1º grau de jurisdição para, ao final, pugnar pela reforma da sentença, consequente procedência da demanda.

Apelação do Estado do Ceará, às fls. 180/182, suplicando pelo redimensionamento dos honorários fixados pelo Juízo *a quo*.

Contrarrazões, às fls. 186/196 e 197/203, por meio das quais os apelantes rechaçaram as alegações apresentadas pelas partes adversas, requerendo a manutenção do *decisum*no ponto que lhes foi favorável.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 209/214, opinando pelo conhecimento e provimento da apelação interposta pela Sra. Leda Maria Cruz, bem como pela prejudicialidade do apelo do Estado Ceará.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

Tratam os autos de Apelações Cíveis em ação ordinária por meio da qual se discute a incidência do teto remuneratório sobre a percepção de aposentadoria de servidora pública de maneira cumulada com pensão por morte oriunda do falecimento do seu cônjuge.

No caso em análise, a Sra. Leda Maria Cruz, na condição de servidora aposentada da Secretaria da Fazenda, insurgiu-se contra a sistemática utilizada pelo Estado do Ceará para fins de incidência do teto remuneratório constitucional, uma vez que referido ente público estaria considerando, para tal fim, duas pensões por morte percebidas em função do falecimento do seu marido, também servidor público estadual.

Desta maneira, pretende a apelante que a limitação remuneratória prevista na Carta Magna seja considerada sobre cada um dos benefícios em separado e não de maneira conjunta.

Passo, pois, a apreciar a controvérsia.

O ponto central da matéria reside na interpretação do art. 37, inciso XI da CF/88, que assim dispõe:

> "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: (...)
> XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsidio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos"

Referida previsão constitucional, como sabido, é decorrência lógica do princípio da moralidade, previsto no *caput*do dispositivo e disseminado por todo o ordenamento jurídico brasileiro, seja expressa ou implicitamente.

Destarte, com a previsão de um teto remuneratório para o serviço público busca-se evitar a ocorrência dos denominados "*super salários*", assim compreendidas as altas cifras percebidas por um único servidor público

em decorrência de seu vínculo jurídico com a Administração, de maneira desproporcional aos demais integrantes da carreira e em claro confronto com o preceito republicano.

Ocorre que a interpretação do art. 37, XI, da CF/88 não pode estar adstrita, apenas e tão somente, ao método gramatical. Há que se buscar conferir aplicação ao mandamento constitucional de maneira lógico-sistemática, conciliando tal preceito ao art. 40, *caput* §11 da Lei Maior, que assim dispõem:

> "Art. 40. **Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário**, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 11 - **Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo**." (destacamos)

Ora, se o servidor contribui durante toda a sua vida com o objetivo de que perceberá a respectiva contrapartida quando de sua aposentadoria, ou mesmo que sua família receberá os valores devidos em caso de seu falecimento, não se afigura justo que o Estado, mediante interpretação que privilegia a literalidade das disposições em detrimento do conteúdo dos direitos plasmados na Constituição, pretenda obstar a retribuição esperada.

Em outras palavras: tratando-se na hipótese de relações jurídicas diversas, oriundas de vínculos distintos (aposentadoria e pensão por morte), o teto constitucional deve incidir sobre cada um dos benefícios em separado.

Destaque-se que o próprio Conselho Nacional de Justiça, dentro da sua competência de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário (art. 103-B, §4º da CF/88), houve por bem editar a Resolução nº 13/2006, orientando a aplicação do teto remuneratório constitucional nos seguintes termos:

> "Art. 6º **Para efeito de percepção cumulativa de subsídios, remuneração ou proventos, juntamente com pensão decorrente de falecimento de cônjuge ou companheira(o), observar-se-á o limite fixado na Constituição Federal como teto remuneratório, hipótese em que deverão ser considerados individualmente**." (destacamos)

Desta maneira, conferir interpretação diversa da mesma situação jurídica em relação às demais categorias do serviço público representaria verdadeira violação do princípio da isonomia, uma vez que tratamento díspare estaria sendo dispensado em relação a quem a Constituição não diferenciou.

Exatamente com base nestes fundamentos, assim conclui o colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> "**DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - SERVIDOR APOSENTADO E BENEFICIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE - TETO CONSTITUCIONAL - INCIDÊNCIA ISOLADA SOBRE CADA UMA DAS VERBAS - INTERPRETAÇÃO LÓGICO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO - CARÁTER CONTRIBUTIVO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO - SEGURANÇA JURÍDICA - VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - PRINCÍPIO DA IGUALDADE** - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA PROVIDO. 1. **Sendo legítima a acumulação de proventos de aposentadoria de servidor público com pensão por morte de cônjuge finado e também servidor público, o teto constitucional deve incidir isoladamente sobre cada uma destas verbas**. 2. **Inteligência lógico-sistemática da Constituição Federal**. 3. **Incidência dos princípios da segurança jurídica, da vedação**

> **do enriquecimento sem causa e da igualdade**. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido." (RMS 30.880/CE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 24/06/2014)(destacamos)

Não é outro o raciocínio adotado por esta egrégia Corte de Justiça, em situações bastante similares à em análise:

> "CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO ORDINÁRIA. **SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA E PENSÃO POR MORTE. INCIDÊNCIA DO SUBTETO CONSTITUCIONAL SOBRE O SOMATÓRIO DAS VERBAS**. TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA NA ORIGEM. MOTIVAÇÃO INCONSISTENTE. REQUISITOS PRESENTES. PROVIMENTO. 1. **A agravante acumula os benefícios previdenciários da aposentadoria e pensão por morte de seu cônjuge, ex-servidor fazendário aposentado, e pretende a concessão de tutela antecipada para que, na incidência do subteto constitucional (art. 37, XI, CF/1988) mencionadas verbas sejam consideradas em separado, e não conjuntamente como tem praticado o Estado do Ceará, de cujo ato resultam descontos nos estipêndios da autora sob a rubrica "Rem. Maxima" (cod. 0662)**, conforme extratos de pagamento colacionados. 2. A juíza singular incorreu em equívoco ao indeferir a providência requestada com invocação de precedentes que versam sobre a inclusão das vantagens pessoais na verificação do limite remuneratório imposto pela Constituição Federal, debate diverso do objeto da lide. 3. Outrossim, a magistrada reproduziu a ementa do acórdão inicialmente prolatado pelo STJ nos autos do RMS 30.880/CE, que trata de situação similar à presente; porém, o ato colegiado foi reformado. 4. **A jurisprudência assente no STF, STJ e TJCE ampara a pretensão da promovente**, comprovados o perigo da demora e a verossimilhança do direito afirmado, bem como a inexistência de óbice ao deferimento da medida provisória perseguida (STF; Súmula 729). 5. Agravo de Instrumento conhecido e provido." (AI 0627845-28.2014.8.06.0000; Relator (a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª

Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 11/12/2017; Data de registro: 11/12/2017)" (destacamos)

* * * * *

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO CIVIL. **SERVIDORA APOSENTADA E BENEFICIÁRIA DE PENSÃO POR MORTE. APLICAÇÃO DO INCISO XI, DO ART. 37, DA CF/88. IMPOSSIBILIDADE. TETO CONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA ISOLADA SOBRE CADA UMA DAS VERBAS. PRECEDENTES**. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CIVIL IMPROVIDAS. 1. O legislador constitucional resguardou algumas matérias tidas por ele insuperáveis, para retirá-las do espectro de incidência do poder de reforma, inserindo, dentre elas, os direitos e garantias individuais, cuja previsão legal encontra-se insculpida no artigo 5º, da Lex Mitior. 2. E foi, portanto, no âmbito desta cláusula constitucional imutável, que se abrigou a decisão recorrida, protegida pelo direito adquirido (inciso XXXVI, do art. 5º, da CF/88), este, descompromissado com a superveniência de qualquer norma constitucional reformadora, que não o alcança. 3. Afigura-se, consequentemente, agora, incabível, modificar-lhe a fórmula remuneratória sobre o pretexto de que o art. 37, da Constituição Federal fulminou o seu direito adquirido, descurando-se de que o status patrimonial por ela gozada se encontra jungido pela intangibilidade daquela situação já consolidada. 4. Outra **questão a inviabilizar a pretensão deduzida pelo Estado do Ceará, diz respeito ao caráter contributivo do sistema previdenciário do servidor público**. 5. **Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso em Mandado de Segurança nº 30.880-CE, cuja relatoria competiu ao Ministro Moura Ribeiro, em lapidar decisão, anotou que "o servidor contribuiu ao longo de toda sua carreira para o sistema previdenciário na justa expectativa de que será amparado em sua velhice ou na de que sua família será amparada na sua ausência. Não me parece legítimo que o Estado se aproprie dessas contribuições porque elas merecem a retribuição esperada". Desta feita, considerou legítima a acumulação de proventos de aposentadoria de servidor público com pensão por morte do cônjuge e também servidor público, devendo o teto constitucional incidir isoladamente sobre cada uma destas verbas**. 6. Essa decisão, repita-se, foi posta em sede

> de recurso em Mandado de Segurança do Estado do Ceará, em um caso análogo, dentre outros, ficando assim ementada, verbis: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - SERVIDOR APOSENTADO E BENEFICIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE - TETO CONSTITUCIONAL - INCIDÊNCIA ISOLADA SOBRE CADA UMA DAS VERBAS - INTERPRETAÇÃO LÓGICO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO - CARÁTER CONTRIBUTIVO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO - SEGURANÇA JURÍDICA - VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - PRINCÍPIO DA IGUALDADE - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA PROVIDO. 1. Sendo legítima a acumulação de proventos de aposentadoria de servidor público com pensão por morte de cônjuge finado e também servidor público, o teto constitucional deve incidir isoladamente sobre cada uma destas verbas. 2. Inteligência lógico-sistemática da Constituição Federal. 3. Incidência dos princípios da segurança jurídica, da vedação do enriquecimento sem causa e da igualdade. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (RMS 30.880/CE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 24/06/2014) 7. Remessa Necessária e Apelo improvidos. Acórdão unânime." (APC 0838049-47.2014.8.06.0001; Relator (a): INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO; Comarca: Fortaleza - Fórum Clóvis Beviláqua; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 04/09/2017; Data de registro: 04/09/2017)(destacamos)

Ressalte-se, por fim, que a questão em apreço encontra-se com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 359), pendente o julgamento de mérito. Entretanto, em caso análogo (incidência do teto sobre a percepção dos vencimentos de dois cargos públicos cumuláveis), assim se manifestou aquela Corte Constitucional:

> "**TETO CONSTITUCIONAL – ACUMULAÇÃO DE CARGOS – ALCANCE. Nas situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido**."

(RE 612975, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 06-09-2017 PUBLIC 08-09-2017)(destacamos)

Dessarte, o provimento da apelação interposta pela servidora, consequente reforma da sentença recorrida, é medida que se impõe.

Considerando a inversão da sucumbência, passando o Estado do Ceará à condição de vencido na presente demanda, resta prejudicado o apelo por ele interposto.

DISPOSITIVO

Por tais razões, **conheço das apelações interpostas, para dar provimento ao recurso da servidora e declarar prejudicado o apelo do Estado do Ceará, reformando a sentença proferida em 1º grau de jurisdição**, para o fim específico de determinar que o teto remuneratório previsto no art. 37, XI da CF/88 incida separadamente sobre os proventos de aposentadoria da servidora, de um lado, e as pensões por morte decorrentes do falecimento do Sr. Linhares Mendes, de outro, devendo ser considerados, portanto, dois grupos remuneratórios distintos.

Como consectário lógico da condenação, deve a Sra. Leda Maria Cruz ser ressarcida quanto aos valores indevidamente descontados, respeitada a prescrição das parcelas anteriores aos cinco anos que precederam o ajuizamento da demanda, acrescidos de juros de mora, previsto na Lei nº 11.960/2009, e correção monetária com base no INPC (STJ, RESp 1495146/MG, sob a sistemática dos recursos repetitivos – Tema 905, item 3.2).

Fica o arbitramento dos honorários advocatícios postergado para a fase de liquidação do julgado, nos termos do art. 85, §4º, II do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 9 de abril de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

PROCESSO: 0628996-87.2018.8.06.0000.
AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: R. B. M. DE S.
AGRAVANTE: F. A. R. DE S.
AGRAVADO: M. DE F.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUSTEIO DO TRATAMENTO DE INFERTILIDADE PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. NULIDADE DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. VIOLAÇÃO AO ART. 489, § 1º, INCISO VI, DO CPC. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 45 DO TJCE. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. ENUNCIADO 9 DA ENFAM. PRELIMINAR REJEITADA. TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS LEGAIS NÃO ATENDIDOS. PROBABILIDADE DO DIREITO E RISCO À VIDA OU À SAÚDE DA PACIENTE NÃO EVIDENCIADOS. IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA DECISÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1- No tocante à arguição de nulidade por falta de fundamentação do *decisum* em vista do descumprimento da regra do art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC, conquanto não haja o decisório feito explícita menção à Súmula 45 do TJCE, invocada pelos recorrentes, este não se desvelou carente de motivação, uma vez que o enunciado da referida Súmula, que trata do fornecimento a pacientes, pelo poder público, de tratamento ou medicação

com registro no órgão de vigilância sanitária não disponibilizado no sistema de saúde, não se aplica ao peculiar caso dos autos, porquanto o direito ao planejamento familiar não se inclui no âmbito da proteção ao direito fundamental à saúde. Observa-se, por outro lado, haver argumentação suficiente no decisório recorrido a embasar o indeferimento da medida antecipatória. Ademais, os recorrentes limitaram-se a invocar a Súmula 45 do TJCE, sem esclarecer por que esta seria aplicável ao caso dos autos, contrapondo-se à inteligência do Enunciado 9 da ENFAM, segundo o qual: "É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula". Preliminar rejeitada.

2- Segundo a documentação coligida ao recurso, os agravantes padecem de patologias que dificultam ou impossibilitam a fecundação por meios naturais. Em decorrência disso, diante da prescrição médica, buscam que o poder público municipal custeie tratamento em clínica particular mediante fertilização *in vitro*, o qual consiste em terapia de reprodução assistida de grande complexidade, visto não possuírem condições de arcar com o elevado preço da técnica – em média de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por procedimento – já que são necessárias 5 ou 6 tentativas para obter êxito.

3- A terapia de fertilização *in vitro* vindicada pelos autores não se enquadra no conceito de direito fundamental à saúde. A reprodução

humana assistida não constitui medida essencial à preservação direta da vida humana.

4- Consigna a Portaria nº 3.149/2012 do Ministério da Saúde – que destinou recursos financeiros às instituições que realizam fertilização *in vitro* – que "as normativas para o financiamento dos serviços de Reprodução Humana Assistida no âmbito do SUS estão em fase de definição", além de a Portaria GM/MS nº 426/2005 – aludida pelos agravantes – sobre a implementação da referida política pública – ter sido suspensa pela Portaria GM/MS nº 1.187/2005, para análise de impactos financeiros e apreciação da Comissão Intergestores Tripartite. Ademais, consta da Portaria GM/MS nº 3.149/2012 não terem sido destinados recursos federais ao Fundo de Saúde do Estado do Ceará para o financiamento dos serviços de reprodução humana assistida.

5- Os autores tampouco demonstraram preencher as condições técnicos pré-admissionais inerentes ao programa de reprodução humana assistida disponibilizado pelo SUS, tal como idade-limite, entre outros.

6- Os elementos de informação assentes nos fólios não preenchem, pois, os requisitos legais, quer diante da incerteza quanto à probabilidade do direito vindicado, quer diante da inexistência de perigo de dano ou ameaça à vida ou à saúde da paciente. Além do que, nos moldes do § 3º do artigo 300 do CPC, não será concedida tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, como *in casu*.

7- Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e decisão unânime, em conhecer do agravo de instrumento para **negar-lhe provimento**, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 08 de abril de 2019.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por R. B. M. de S. e F. A. R. de S. objetivando a reforma da decisão interlocutória (p. 72-75) proferida pela Juíza de Direito Joriza Magalhães Pinheiro, da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da ação ordinária (Proc. nº 0142067-16.2018.8.06.0001) promovida pelos ora agravantes em face do ente público agravado.

A pretensão veiculada na inicial consiste em obter provimento judicial que assegure o custeio, pelo Município de Fortaleza, de procedimentos de fertilização *in vitro* em favor dos requerentes. A magistrada indeferiu o pleito de antecipação da tutela por não visualizar a probabilidade do direito invocado. No caso concreto, segundo consta da peça recursal, a autora conta 43 (quarenta e três) anos, idade considerada avançada para a gravidez, em face da redução da reserva de óvulos (CID N97), além de ser portadora de hipotireoidismo, diabetes, hipertensão arterial, desequilíbrio hormonal múltiplo e síndrome metabólica, fatores que constituem um quadro que, na avaliação da médica que a acompanha, dificulta a gestação por meios naturais.

A recorrente também foi diagnosticada com aderência na trompa esquerda (CID N97.1), circunstância constitutiva de infertilidade (cf. laudo anexado à petição inicial; p. 51), havendo submetido-se a terapias de baixa complexidade – ciclos de indução de ovulação e tentativa de inseminação

ultrauterina – sem lograr êxito. Além do mais, por não alcançar tal objetivo, a recorrente vem sofrendo de transtorno depressivo ansioso, conforme laudo médico (p. 64 da vestibular).

Referem os agravantes que além da esposa, seu cônjuge se acha igualmente acometido de patologia que impossibilita a fecundação por meios naturais, qual seja, a oligospermia (CID N96), que é a baixa produção de espermatozoides (*vide* p. 66 da proemial).

Relatam, em decorrência do quadro descrito, ter-lhes sido prescrito pelo médico tratamento de fertilização *in vitro*, que consiste em terapia de reprodução assistida de alta complexidade, e que qualquer outro tipo de terapia certamente não terá efeito e importará perda de tempo precioso para os agravantes.

Assim, aduzem a urgência com base no pretenso risco de a parte agravante sofrer prejuízos relevantes e irreversíveis, não possuindo condições de arcar com o alto custo do procedimento que lhes foi receitado.

Informam que no tratamento de reprodução assistida o sucesso nunca é garantido em apenas uma ou duas investidas, sendo diversos os casos de pessoas que somente conseguem o referido objetivo na quinta ou sexta aplicação, ao custo médio de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) cada.

Aludem às Portarias GM/MS nº 388/2005 e nº 426/2005 sobre a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e salientam que, conforme a Portaria GM/MS nº 3.149/2012, o Fundo de Saúde do Estado do Ceará não recebeu recursos para o financiamento dos serviços de Reprodução Humana Assistida no âmbito do SUS, mas defendem que o artigo 35, inciso VII, da Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde Pública) prevê o ressarcimento do serviço ora pretendido, não podendo ser imputado ao cidadão a obrigação oponível ao Estado ou ao Município, de sorte que, ainda que não haja destinação específica da verba ao Município de Fortaleza, nada obsta que este forneça o serviço, mediante ressarcimento à iniciativa privada ou por Tratamento Fora do Domicílio (TFD).

Em prol de sua tese, invocam a Súmula 45 deste Tribunal e suscitam a nulidade do decisório recorrido, em vista do disposto no art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC, quanto a não se considerar fundamentada

qualquer decisão judicial, inclusive interlocutória, que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Apontam que o tratamento pleiteado não constitui uma tecnologia que o CONITEC (Conselho de Incorporação de Tecnologia) não integrou ao SUS ou muito menos uma tecnologia que a ANVISA não liberou no País, mas um serviço dispensado pelo SUS a todos os cidadãos brasileiros e que é absurda a ausência de alocação de recursos pelo Ministério da Saúde para certos Estados da Federação, uma vez que o Sistema Único de Saúde é uma rede integrada.

O recurso veio instruído com a documentação de p. 19-516.

Em decisão de p. 519-521, **indeferi** a liminar porfiada, sob o fundamento de a questão não envolver urgência ou emergência e não se vislumbrar qualquer risco de lesão acaso se aguarde o regular processamento do agravo de instrumento para, após o contraditório, decidir-se o mérito recursal.

Contrarrazões do Município de Fortaleza às p. 527-531, em que aduz: (a) não ser razoável o pagamento do tratamento de altíssimo custo vindicado pelos agravantes (fertilização *in vitro*), por quantas vezes forem necessárias até que a autora obtenha sucesso em sua gestação, porque a parte é assistida em clínica particular, o que implica transferir para o poder público municipal – cujo orçamento já está comprometido prioritariamente com a atenção básica à saúde e a manutenção de hospitais terciários de grande porte – o ônus de obrigações da esfera privada; (b) não haver fundamento jurídico na pretensão dos autores, notadamente pelo fato de estes não correrem risco de vida, não se podendo falar que a fertilização *in vitro* constitua um direito fundamental exigível por meio de decisão judicial e, ainda que existisse tal obrigação, os recorrentes não são hipossuficientes, havendo entendimento do STJ no sentido de que "não é razoável obrigar o Estado ao alto gasto com tratamento de fertilização, pois o direito ao planejamento familiar não se inclui no âmbito de proteção ao direito fundamental à saúde" (REsp nº 1.471.559, Relatora Ministra Assusete Magalhães, DJ 21.11.2014) e pugna, por fim, pelo desprovimento do recurso.

A representante do Ministério Público Estadual, em parecer de p. 537-545, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Conheço do agravo de instrumento, presentes os requisitos de admissão.

O indeferimento do requesto antecipatório em primeiro grau deu-se nos seguintes termos (p. 73-75):

> Em relação ao pedido de tutela de urgência, entretanto, não se vislumbra, neste momento processual, a presença dos requisitos previstos no art. 300 do CPC:
>
> Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
> § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.
> § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.
> § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.
>
> Insta analisar, em sede de decisão antecipatória liminar, a existência *in concreto* dos requisitos autorizadores para a sua concessão, vale dizer: a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
> No caso em exame, não se visualiza, neste momento processual, a presença do requisito da probabilidade do direito invocado, conforme adiante exposto.

Diga-se, inicialmente, que o ideal democrático quer que os órgãos do Executivo e do Legislativo se encarreguem de implementar políticas públicas e que o façam de forma constitucionalmente adequada.

O Judiciário somente deve agir quando os demais poderes agirem mal, devidamente demonstrado nos autos e, ainda, sob critérios racionais e razoáveis, superando os extremismos que marcaram a efetividade dos direitos sociais (dentre eles o direito à saúde), de um lado a destituição de sua aplicabilidade direta e de outro lado a tendência a conceder praticamente toda e qualquer pretensão deduzida via judicial, dando margem a críticas cada vez mais veementes sobre a judicialização desses direitos.

A adoção de critérios racionais e razoáveis são indispensáveis para balizar uma efetividade maior para um maior número de pessoas, levando em conta que todos os direitos demandam custos, nem que seja apenas à manutenção de estrutura de fiscalização para a respectiva implementação, e os recursos, por sua vez, são escassos por definição.

A consciência de que as deliberações judiciais produzem impactos econômicos, que as decisões afetam não apenas as partes envolvidas no processo, mas terceiros e a própria coletividade, que as decisões reverberam para além dos autos, quer pelo dispêndio imposto ao erário, quer pela possibilidade de reprodução de decisões semelhantes, recomendam a construção de parâmetros que viabilizem a solução de casos difíceis, como são, em regra, os que se relacionam com a efetivação dos direitos sociais prestacionais.

(I) Como primeiro parâmetro, entendo que a legitimidade da atuação judicial no controle de políticas públicas para implementação de direitos sociais está restrita aos hipossuficientes. Se os recursos são escassos, deve-se priorizar atendimento, por evidente, aos mais pobres. Esclareça-se que essa hipossuficiência não tem qualquer vínculo com o benefício de gratuidade judiciária, construído de forma a isentar de custas processuais quem não possa demandar em juízo sem prejuízo do próprio sustento, ou de sua família. A hipossuficiência a legitimar a atuação judicial diz respeito à efetiva necessidade quanto à prestação demandada e a absoluta impossibilidade de provê-la por si

ou por sua família (solidariamente responsáveis). O dever de solidariedade familiar assim impõe, como meio de propiciar máximo aproveitamento dos escassos recursos disponíveis. A apreciação da situação familiar minimiza os riscos de apropriação indevida dos parcos recursos existentes por quem não se insere na camada mais necessitada da população. No caso em exame, entretanto, os promoventes não podem ser enquadrados como hipossuficientes a permitir intervenção judicial na política pública de saúde, seja pela renda mensal que percebem, seja por estarem assistidos por advocacia particular e clínica médica particular, onde vêm obtendo tratamento há muito tempo, conforme dito na própria inicial.
(II) Nesse ponto, deve ser mencionado que as ações e serviços públicos de saúde constituem um sistema único e organizado (SUS) com diretrizes fixadas na própria Constituição Federal (Art. 198), pelo que, em princípio, caso o cidadão pretenda ter acesso a tais ações e serviços, deve fazê-lo por meio do SUS, o que não foi observado pelos promoventes no caso em exame.
(III) O controle judicial de políticas públicas deve ser compatível com o princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços do Estado e se cingir a garantia das condições indispensáveis à vida e à saúde, ao núcleo intangível dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana. No caso concreto, a fertilização *in vitro* buscada não se enquadra nesse conceito de mínimo existencial e, pelo alto custo do procedimento, dificilmente poderia ser estendida para todos quanto dela necessitem, ou seja, ao universo de potenciais beneficiários de prestações semelhantes.
(IV) A introdução do paradigma constitucional da eficiência se impõe ao administrador público e a todos os operadores do sistema jurídico. O raciocínio da eficiência e de resultados impõe a que os juízes decidam com olhos no futuro, fazendo a ponderação econômica no caso concreto, de forma a ensejar deliberação social e economicamente responsável.
Assim, mesmo que estivesse constatada a violação de direito fundamental, o que não é o caso dos autos, conforme já exposto linhas acima, ainda não estaria esta julgadora autorizada a promover intervenção judicial na política de saúde para obrigar o Município a custear fertilização *in vitro* em clínica particular da escolha dos promoventes e quantas vezes forem

> necessárias até que se alcance sucesso na gestação, posto que essa intervenção claramente pode resultar prejuízos ao conjunto dos interessados e a toda a sociedade.
> Diante de tais circunstâncias e de toda a fundamentação expedida:
> Defiro os benefícios da gratuidade judiciária.
> Defiro o pleito para que a presente ação tramite com publicidade reduzida (segredo de justiça), a fim de que somente as partes e seus procuradores possam ter acesso aos atos processuais, devendo serem adotadas, pela SEJUD, as providências junto ao sistema processual.
> REJEITO, nesta fase processual, o pleito de antecipação dos efeitos da tutela. [grifamos]

No tocante à **arguição de nulidade por falta de fundamentação** do *decisum* em vista do descumprimento da regra do art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC[1], entendo que, conquanto não haja o decisório feito explícita menção à Súmula 45 do TJCE, invocada pelos recorrentes, este não se desvelou carente de motivação, uma vez que o enunciado da referida Súmula, que trata do fornecimento a pacientes, pelo poder público, de tratamento ou medicação com registro no órgão de vigilância sanitária não disponibilizado no sistema de saúde, **não se aplica ao peculiar caso dos autos, porquanto o direito ao planejamento familiar não se inclui no âmbito de proteção ao direito fundamental à saúde**. Observa-se, por outro lado, haver argumentação suficiente no decisório recorrido a embasar o indeferimento da medida antecipatória.

Ademais, os recorrentes limitaram-se a invocar a Súmula 45 do TJCE, **sem esclarecer por que esta seria aplicável ao caso dos autos**, contrapondo-se à inteligência do **Enunciado 9 da ENFAM**, segundo o qual: "É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, **identificar os fundamentos determinantes** ou demonstrar a existência de

1 Código de Processo Civil. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI - **deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento**.

distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, **sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula**".

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade do *decisum* por falta de fundamentação.

No mérito, a terapia de fertilização *in vitro* vindicada pelos autores não se enquadra no conceito de direito fundamental à saúde. Além do mais, a reprodução humana assistida não constitui medida essencial à preservação direta da vida humana.

Consigna a Portaria nº 3.149/2012 do Ministério da Saúde – que destinou recursos financeiros às instituições que realizam fertilização *in vitro* – que "**as normativas para o financiamento** dos serviços de Reprodução Humana Assistida no âmbito do SUS estão em **fase de definição**", além de a Portaria GM/MS nº 426/2005 – aludida pelos agravantes – sobre a implementação da referida política pública – ter sido **suspensa** pela Portaria GM/MS nº 1.187/2005, para **análise de impactos financeiros e apreciação da Comissão Intergestores Tripartite**. Ademais, consta da Portaria GM/MS nº 3.149/2012 **não terem sido destinados recursos federais ao Fundo de Saúde do Estado do Ceará para o financiamento dos serviços de reprodução humana assistida**.

Destaque-se que os autores **tampouco demonstraram preencher as condições técnicas pré-admissionais existentes no âmbito do programa de reprodução humana assistida disponibilizado pelo SUS**, tal como idade limite, entre outros.

A jurisprudência pátria não se tem revelado indistintamente favorável ao custeio da fertilização *in vitro* pelo poder público, *in verbis*:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. **FORNECIMENTO DE TRATAMENTO DE INFERTILIDADE. AUSÊNCIA DE RISCO À VIDA OU À SAÚDE DA PACIENTE.** 1. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. 2. A proteção à maternidade figura como preceito constitucionalmente assegurado (art. 6º da Carta Magna), porém **não há como ser individualmente assegurado, pelo Poder Judiciário, tratamento de fertilização *in vitro*,**

ante a ausência de dano iminente à vida da paciente, mormente em face da notória precariedade por que passa o sistema público de saúde. 3. Embora inquestionável o desejo das pessoas de terem filhos, essa questão não diz respeito primordialmente à preservação da vida e da saúde, valores maiores que merecem prioridade nas ações estatais, mas ao planejamento familiar, sendo certo que, diante da escassez de recursos, é necessário o direcionamento dos recursos públicos para as ações mais urgentes relativas à saúde pública. 4. Ausente demonstração suficiente da necessidade de realização do tratamento vindicado para a preservação da sua vida ou da saúde, não se ostenta jurídica a imposição de custeio do tratamento pelo poder público. AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

(TJRS, **70078873197 - Agravo de Instrumento**, Terceira Câmara Cível, Relatora Desa. Matilde Chabar Maia, j. em 25/10/2018, DJ 30/10/2018). [grifamos]

APELAÇÃO. FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. EXCEDIDA A IDADE LIMITE PARA O PROSSEGUIMENTO DO PROCEDIMENTO PELO SUS. PACIENTE COM LAQUEADURA. R. sentença que negou o pedido de tratamento para fertilização *in vitro*. **Apelante que não logrou demonstrar seu ingresso com pedido de tratamento de infertilidade antes de completar a idade limite admitida para o tratamento custeado pelo SUS**. Ausência de prova de que a laqueadura da apelante tenha ocorrido sem seu consentimento. Precedentes desta Corte no sentido de que o direito à saúde não abrange o interesse individual no custeio de fertilização *in vitro*, especialmente nos casos em que ocorrera laqueadura. R. sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA.

(TJSP, **1052975-38.2017.8.26.0114 - Apelação**; Relatora Desa. Flora Maria Nesi Tossi Silva, 13ª Câmara de Direito Público, j. em 01/08/2018, reg. em 03/08/2018). [grifamos]

Decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela objetivando compelir a Municipalidade a fornecer tratamento de fertilização assistida na autora, portadora de

esterilidade primária. A matéria envolvendo a obrigação do Município de fornecer tratamento de saúde ao cidadão está pacificada nesta Corte, na Súmula 65, e tem respaldo nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal. No caso em exame, **o tratamento de fertilização almejado pela parte autora, a princípio, não pode ser enquadrado no conceito de direito fundamental à saúde, por não consistir em medida essencial à preservação direta da vida humana** - Diante da realidade fática brasileira e de sua notória escassez de recursos, a imposição a municipalidade ao fornecimento de tratamento de fertilização e reprodução não pode ser considerada legítima e razoável, sob pena de desestruturar toda e qualquer política de saúde. Ausência dos requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, vigente quando proferida a decisão alvejada, atual artigo 300 do Novel Diploma - Manutenção do *Decisum* - Desprovimento do Agravo de Instrumento. (TJRJ, **0026999-29.2016.8.19.0000 - Agravo de Instrumento**, Des. Camilo Ribeiro Ruliere, j. em 07/02/2017, 1ª Câmara Cível). [grifamos]

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SAÚDE. PROCEDIMENTO MÉDICO. FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. INEXISTÊNCIA DE RISCO À SAÚDE. PLANEJAMENTO FAMILIAR. OBRIGAÇÃO DO ESTADO NÃO RECONHECIDA. 1. A orientação jurisprudencial assente na Corte é no sentido de que, **decorre da garantia do direito fundamental à vida e à saúde, a responsabilidade do Estado pelo fornecimento de fármacos e tratamentos de saúde àquele privado de recursos materiais, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, CF)**. 2. **O tratamento de fertilização *in vitro* pretendido pela autora não é procedimento médico indispensável para assegurar ou resguardar a saúde da parte-autora**. Também não é procedimento exclusivo para atender à interesse da autora de promover fecundação e gravidez - conforme planejamento familiar que se pretende realizar. 3. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

(TRF1, **0006371-11.2011.4.01.3304 - Apelação**, Relator Desembargador Federal CARLOS MOREIRA ALVES, 5ª TURMA, j. em 31/05/2017, pub. em 08/06/2017, e-DJF1 08/06/2017). [grifamos]

ADMINISTRATIVO. REPRODUÇÃO ASSISTIDA MEDIANTE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. TRATAMENTO. DIREITO. INEXISTÊNCIA. 1. Ação em que a autora visa obter provimento jurisdicional no sentido de que a UNIÃO e o Estado de Pernambuco sejam compelidos a fornecer procedimento cirúrgico e tratamento de reprodução assistida mediante fertilização *in vitro*. 2. O caso em apreço possui uma particularidade que ultrapassa o exame da temática acerca da questão do direito constitucional à saúde: a postulante pretende ser admitida em programa de reprodução assistida, em que há um outro sem número de mulheres igualmente interessadas em realizar o sonho de ser mãe, constando dos autos, inclusive, a informação de que tal programa tem priorizado, em vista da escassez de recursos, as pacientes que nunca tiveram filhos. 3. Na verdade, o deferimento do pedido implicaria a preterição de acesso ao tratamento a outras mulheres com o mesmo direito à prestação do serviço de saúde postulado pela demandante e, muito possivelmente, com direito a atendimento prioritário, principalmente levando-se em conta que a recorrente, conforme afirmado na peça recursal, já é mãe (com dois filhos de 21 e 19 anos). 4. **Somente compete ao Judiciário o controle da legalidade, corrigindo eventuais vícios na prestação de serviços de saúde, não sendo pertinente a invasão da esfera de competência de outro Poder, para, imiscuindo-se em ações de política pública de saúde, priorizar o tratamento da apelante, em detrimento das demais postulantes ao mesmo procedimento**. 5. Entendimento que se encontra em consonância com o que restou decidido no PJE 0806744-74.2015.4.05.0000, na sessão de 03 de março de 2016, em que negado provimento ao agravo de instrumento interposto pela ora apelante, mantendo-se decisão que indeferiu o pedido de antecipação da tutela. 6. Apelação desprovida.

(TRF5, **08071347320154058300 - Apelação**, relator Desembargador Federal PAULO MACHADO CORDEIRO, 3ª TURMA, j. em 15/07/2016). [grifamos]

Os elementos de informação assentes nos fólios não preenchem, pois, os requisitos do art. 300 do CPC, quer diante da incerteza quanto à probabilidade do direito vindicado, quer diante da inexistência de perigo de dano ou ameaça ao resultado útil do processo, na medida em que não há risco à vida ou à saúde da paciente. Além do mais, no § 3º do citado normativo consta que a tutela antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, como *in casu*.

Por conseguinte, na hipótese em destrame não antevejo qualquer ilegalidade na decisão adversada.

Do exposto, conheço do recurso para **negar-lhe provimento**.

É como voto.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR Nº 8515565-07.2016.8.06.0000 COM AFETAÇÃO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0621834-12.2016.8.06.0000 e AGRAVO INTERNO CORRELATO
SUSCITANTE: DESEMBARGADOR FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE – MEMBRO DA 4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO CEARÁ
INTERESSADOS: UNIMED DE FORTALEZA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA. e OS MÉDICOS FELIPE ARAÚJO ROCHA, FELIPE DE LIMA MONTEIRO e THIAGO ALBUQUERQUE MARTINS.
RELATOR: DES. FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas de nº 8515565-07.2016.8.06.0000, com afetação ao Agravo de Instrumento de nº 0621834-12.2016.8.06.0000, e Agravo interno correlato, em que é requerente, de Ofício, esta relatoria, e interessados UNIMED DE FORTALEZA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA. e os médicos FELIPE ARAÚJO ROCHA, FELIPE DE LIMA MONTEIRO e THIAGO ALBUQUERQUE MARTINS, ACORDAM os desembargadores integrantes da Seção de Direito Privado, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria de votos, após deliberar o mérito da questão controvertida debatida, adotar a tese seguinte:

> **Não é abusiva, tampouco discriminatória e arbitrária, a exigência de seleção pública prevista no Estatuto Social de cooperativa que opera plano de saúde, tendo em vista que não incumbe ao Poder Judiciário, pelo viés da impossibilidade técnica, intervir no funcionamento das cooperativas, sob pena de ferir os princípios Constitucionais da autonomia deliberativa, da não intervenção estatal, da livre associação, além de preservar a isonomia, insculpidos no artigo 5º, *caput*, inciso XVIII da Constituição Federal, e está em consonância com o disposto no art. 4º, inciso I c/c o art. 29, da Lei nº 5.764/71.**

Em consequência desta decisão, nos termos do art. 985, do Código de Processo Civil, conhece-se, julga-se procedente o Agravo Interno correlato ao Agravo de Instrumento de nº 0621834-12.2016.8.06.0000, para cassar a decisão, neste proferida às fls. 1017/1026, impondo-se, portanto, por consequência, a decisão ora proferida neste Incidente de Resolução de Demandas repetitivas.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores Vera Lúcia Correia Lima, Presidente, Emanuel Leite Albuquerque, Jucid Peixoto do Amaral, Durval Aires Filho, Carlos Alberto Mendes Forte, Teodoro Silva Santos, Francisco Gomes de Moura, Maria Vilauba Fausto Lopes, Maria Gladys Lima Vieira, Maria de Fátima de Melo Loureiro, Helena Lúcia Soares, Lira Ramos de Oliveira, Heráclito Vieira de Sousa Neto, Marlúcia de Araujo Bezerra - Juiza convocada, Rosilene Ferreira Tabosa Facundo, Juiza de Direito.

Fortaleza-Ce, 29 de novembro de 2017

RELATÓRIO

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR -, nos autos do Agravo Interno no Agravo de Instrumento de nº 0621834-12.2016.8.06.0000, interpostos em face de decisão que deferiu tutela antecipada em ação declaratória de nulidade c/c obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada *inaudita altera parte* c/c indenização por danos materiais e lucros cessantes ajuizada pelos médicos FELIPE ARAÚJO ROCHA, FELIPE DE LIMA MONTEIRO e THIAGO ALBUQUERQUE MARTINS, para determinar à requerida Unimed de Fortaleza Sociedade de Cooperativa Médica Ltda. a inserir os autores/agravados em seu quadro de cooperados, passando a gozar da condição de filiados, fruindo dos respectivos direitos e deveres, na forma prevista no Estatuto e Regimento Interno respectivos.

No Agravo de Instrumento referido, após a concessão da antecipatória requestada, inconformada, sustentou Unimed de Fortaleza Sociedade de Cooperativa Médica Ltda., (fls. 01/37), em síntese, que a parte

agravada ingressou com ação declaratória de nulidade c/c obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada *inaudita altera parte* c/c indenização por danos materiais e lucros cessantes em face da agravante, que tramita perante a 12ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, sob o nº 0102946-49.2016.8.06.0001, o qual pediu provimento jurisdicional a fim de impor a ré, Unimed de Fortaleza Sociedade de Cooperativa Médica Ltda., a obrigação de garantir o ingresso dos autores como cooperados em suas especialidades, independente de processo seletivo, com todos os direitos inerentes a esta qualidade, com a integralização de suas quotas-partes em 36 (trinta e seis) parcelas mensais ou à vista, iguais e sucessivas, sob pena de multa diária, julgamento no final procedente com condenação em indenização por danos materiais (lucros cessantes), referentemente ao tempo consignado na inicial, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

Asseverou que através de decisão interlocutória de fls. 99/102, como referido acima, o MM. Juiz *a quo*, deferiu o pleito antecipatório, impondo-lhe a obrigação de garantir aos médicos agravados, o direito de ingressar nos seus quadros como cooperados em suas especialidades, independente de processo seletivo, com todos os direitos inerentes a esta qualidade, com a integralização de suas quotas-partes em 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas.

Argumentou que não merece prosperar a decisão agravada, uma vez que a alegada livre adesão não é absoluta, cabendo excepcionalidades reconhecidas em lei, mormente no que concerne à impossibilidade técnica não somente dos pretensos cooperados, mas também da própria cooperativa, ante à inviabilidade operacional decorrente do número excessivo de profissionais em determinada área de atuação, o que compromete a finalidade e os princípios do cooperativismo.

Defende que os requisitos definidos estatutariamente para o ingresso de novos médicos cooperados não caracteriza reserva de mercado, mesmo porque os agravados exercem regularmente suas atividades profissionais.

Defendendo que a matéria alcança grande repercussão, tanto no campo econômico como social, que, se não observados, poderão gerar

sério desequilíbrio econômico na Cooperativa com reflexo na prestação de serviço, pugnando por realização de perícia, pede a suspensão da antecipatória deferida, e, ao final, a procedência do recurso e reforma da decisão objurgada.

Através da decisão monocrática que repousa às fls. 1017/1026, nos termos do art. 557 do CPC/73, neguei seguimento ao Agravo de Instrumento de nº 0621834-12.2016.8.06.0000, pelo que mantive na íntegra a decisão agravada.

Contra esta minha decisão, a Agravante, Unimed de Fortaleza Sociedade de Cooperativa Médica Ltda., interpôs Agravo Interno (Processo 0621834-12.2016.8.06.0000/50000), reprisando em quase todos os pontos antes expendidos, acrescentando que a decisão por mim tomada feriu a jurisprudência e a doutrina prevalente sobre a matéria.

Arvora, ademais, que tanto a Lei nº 5.764/71 quanto o Estatuto da Cooperativa deixam às claras a possibilidade de a própria cooperativa legitimar ou impor regras, através de processo seletivo, para o ingresso de novos cooperados nos seus quadros, daí porque não agiu de forma açodada e ou ilegal, ao exigir dos agravados a condição de submissão a processo seletivo a tal ingresso.

Apresentada contraminuta ao agravo interno às fls. 157/179. Nesta, os agravados apontam, em síntese, que o recurso não atacou os fundamentos da decisão guerreada em violação ao princípio da dialeticidade; que a Cooperativa agravante não pode criar óbices para admitir novos cooperados, haja vista a previsão constante do art. 4º, I, da Lei nº 5.764/71; que a matéria não necessita de perícia de cunho econômico atuarial, pois a discussão limita-se à "*fumaça de bom direito e ao perigo da demora*", não havendo que se falar em instrução processual, principalmente em sede de agravo de instrumento; que o pleito se encontra lastreado em precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça e por este Sodalício; que a lei preceitua que o ingresso é livre com número ilimitado de associados, excetuando tal acesso tão somente à impossibilidade técnica do pretenso cooperado para a prestação do serviço; que eventual diminuição de lucro aos médicos já cooperados não é razão apta a ensejar a recusa de ingresso de novos cooperados na Cooperativa, pois a lei não cuidou de tal exceção

ao princípio da livre adesão; que a condição da agravante é superavitária. Requer, enfim, o improvimento do recurso.

O recurso foi incluído e retirado de pauta por conta da interposição deste incidente, objeto do Ofício de nº 035/16, de 16 de agosto de 2016, desta relatoria.

No Ofício requestando a instauração do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, fiz ver ao eminente Desembargador Vice Presidente da Corte a existência de um número razoável de ações envolvendo a matéria, tanto no Primeiro quanto no Segundo Grau, e, a propósito, da necessidade de unificar o pensamento da Corte tocantemente ao assunto, eis que decisões conflitantes estão sendo editadas de forma cotidiana por seus mais diversos órgãos.

Disse que demonstrada a divergência sobre questão unicamente de direito que é requisito do art. 976 e seguintes do Código de Processo Civil, e, visando à isonomia e à segurança jurídica ao caso, necessário se faria a instauração do presente incidente de resolução de demandas repetitivas.

Através dos despachos de fls. 74/75 e de fl. 79, do incidente, Sua Excelência, o Desembargador Vice-Presidente, determinou a distribuição do feito às Câmaras Cíveis Reunidas dessa Corte, recaindo a relatoria sob a minha responsabilidade nos termos do art. 978 do CPC.

Cumpridas todas as formalidades legais pertinentes, em sessão realizada no dia 31 de outubro de 2016, esta Colenda Seção de Direito Privado por força regimental (art. 150 e seguintes), à unanimidade, autorizou a abertura do presente IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetivas, lavrando-se, em seguida e para tanto, a seguinte ementa:

> EMENTA: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR. SOLICITAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS. UNIMED. ACESSO DE MÉDICOS COOPERADOS. PREVISÃO ESTATUTÁRIA DE SUBMISSÃO A CERTAME PÚBLICO DO PROFISSIONAL QUE PRETENDE INGRESSAR EM SEU QUADRO. DISCUSSÃO DA LEGALIDADE E DA EXIGÊNCIA DA

VIOLAÇÃO OU NÃO DA REGRA DE LIVRE ADESÃO (ARTIGO 4º, I, DA LEI 5.764/71). LITÍGIO TRAVADO EM INÚMERAS AÇÕES EM TRAMITAÇÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO DESTE ESTADO DO CEARÁ. MATÉRIA QUE ENVOLVE QUESTÃO ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO E ALVO DE ACENTUADA CONTROVÉRSIA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 976 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ATENDIDOS. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS ACOLHIDO, TAMBÉM PARA O EFEITO DE SUSPENDER TODAS AS AÇÕES EM TRAMITAÇÃO NOS MAIS DIVERSOS JUÍZOS VINCULADOS A ESTA CORTE DE JUSTIÇA E QUE VERSEM SOBRE O TEMA, COM RESSALVA ÀS SITUAÇÕES DE URGÊNCIA QUE DEVAM SER SOLUCIONADAS PELO JUÍZO DA CAUSA OU DO RECURSO (ART. 982 E §§). INCIDENTE ADMITIDO COM AFETAÇÃO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO DE Nº 0621834-12.2016.8.06.0000 E AO AGRAVO INTERNO CORRELATO.

Após a instauração desse Incidente, a mim restaram os autos conclusos, ocasião em que oficiei à Presidência desta Corte, fls. 158/159, solicitando-lhe a realização de todos os expedientes necessários à ampla divulgação e publicidade do incidente instaurado, culminando, inclusive, com a comunicação a todos os juízes vinculados a este Sodalício.

Os interessados Felipe de Lima Monteiro, Thiago Albuquerque Martines e Felipe Araújo Rocha atravessaram petição de fls. 164/172, na qual chamavam o feito à ordem ao aduzirem, para tanto, que: i) o presente incidente deve ter seu cadastro no Sistema de Automação da Justiça (SAJ) desta Corte afetado ao Agravo Regimental de nº 0621834-12.2016.8.06.0000/50000; ii) em respeito ao comando do inciso III do art. 982 do Código de Ritos vigente, a intimação do Ministério Público deve ser determinada antes das providências constantes dos itens "c", "d", "e" e "f" do acórdão que admitiu o incidente; iii) antes de prosseguir com o andamento do incidente, deve, o Relator, com a participação de todos os interessados e partes, delimitar, em definitivo, as matérias de direito que se pretendem elucidar na oportunidade, trazendo, a

seu viso, questionamentos que merecem destaque. Desta petição, decidi por rejeitá-la na íntegra, e complementei o despacho de fls. 158/159 ao determinar que ao mesmo tempo e prazo das partes e Interessados, fosse o Ministério Público intimados para, querendo, manifestar-se no feito.

Expedidos ofícios aos presidentes da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, do Sindicato dos Médicos do Estado do Ceará, do Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará - CREMEC, e mandado de intimação ao Ministério Público do Estado do Ceará (fls. 182/185).

Após certidão da Secretaria Judiciária, fl. 212, dando conta do cumprimento das determinações contidas no despacho de fls. 158/159, determinei, à fl. 214, a intimação dos Interessados e Ministério Público para apresentarem manifestação ou requererem o que entenderem pertinente.

O Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará - CREMEC, no ofício acostado às fls. 215/219, informa que a exigência da Unimed está em consonância ao disposto no art. 3º, § 10, do Estatuto desta, o qual está devidamente registrado na Junta Comercial do Estado do Ceará.

Em sua manifestação, a Unimed de Fortaleza Sociedade de Cooperativa Médica Ltda., por intermédio da petição de fls. 221/258, asseverou, dentre outros motivos, em suma, que: desde 2014 houve um aumento considerável de demandas envolvendo a matéria discutida no incidente, razão pela qual imprescindível é a instauração deste, a fim de, com isso, tornar unânime o entendimento no âmbito desta Corte; a exigência de certame para ingresso de novos médicos é ato lícito, legítimo e razoável e está de acordo com o disposto no art. 21 da Lei nº 5.674/71; o princípio das portas abertas deve ser relativizado, a fim de não impactar negativamente o equilíbrio econômico-financeiro da cooperativa; o ingresso de novos médicos sem o mínimo de controle poderia comprometer a qualidade dos serviços por ela prestados, tal como aconteceu com as Unimeds Rio e Paulistana.

Por todo o exposto, pugna que ao final seja fixada a tese que permite o ingresso de novos médicos nos quadros da Unimed Fortaleza após seleção, tal como acontece hoje.

Os demais interessados, Felipe de Lima Monteiro, Thiago Albuquerque Martines e Felipe Araújo Rocha, também apresentaram manifestação, fls. 348/379, pugnando pelo estabelecimento da tese das

"portas abertas" no acesso à cooperativa médica, arguindo, dentre outros pontos, que: a existência de disposições estatutárias que condicionam o ingresso de novos cooperados à prévia aprovação em processo seletivo viola o art. 4º, inciso I da Lei nº 5.764/71, na medida em que mitiga o princípio nele consubstanciado, sendo tal violação vedada, por óbvio, pelos próprios artigos que possibilitam à cooperativa estabelecer condições de admissão; os arts. 21 e 29 da Lei nº 5.764/71, ao condicionarem o ingresso de novos cooperados ao preenchimento das condições estatutárias, deixam claro a ressalva de que tais condições não podem ir de encontro ao disposto no art. 4º, inciso I da mesma Lei, salvo impossibilidade técnica do pretenso cooperado, e não da cooperativa; inúmeros são os precedentes, do Superior Tribunal de Justiça e demais Cortes de Justiça estaduais, que contrariam a tese levantada pela Unimed Fortaleza; a Lei nº 12.690/12, que regulamenta as Cooperativas de Trabalho, não pode ser aplicado ao caso dos autos do incidente; o entendimento da Unimed Fortaleza limita o regular exercício da profissão médica, por parte dos futuros cooperados.

Colacionaram, os interessados referidos, vários precedentes da Corte Superior e do Tribunal Alencarino com a manifestação.

Em petição anexada às fls. 614/617, Felipe de Lima Monteiro, Thiago Albuquerque Martines e Felipe Araújo Rocha chamaram o feito à ordem, ao solicitarem que a manifestação apresentada pela outra interessada, Unimed de Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda., fosse desentranhada dos autos ao aduzirem, para tanto: que a manifestação de fls. 221/347 e 445/613 não guarda pertinência temática com o tema em discussão no presente incidente; que a manifestação disposta às fls. 445/613 deve ser desentranhada, pois apresentada quando já precluso o direito da Unimed de Fortaleza de se manifestar nos autos e, por último, que os documentos de fls. 494/503, 526/537 e 547/613 tratam de provas e por isso devem ser desentranhados, uma vez que o Incidente em questão não comporta tal produção.

Conclusos os autos a este Relator, determinei que a Secretaria certificasse o cumprimento dos prazos concedidos aos interessados para manifestação, o que foi realizado (fls. 620/624).

Nos termos do § 1º do art. 983 do NCPC, designei audiência pública para o dia 7 de agosto de 2017, e, com isso, determinei que fosse realizada a intimação dos interessados e autoridades do setor, além de ampla divulgação sobre sua realização, no desiderato de demais interessados, querendo, fizessem-se presentes.

Os Interessados Felipe de Lima Monteiro, Thiago Albuquerque Martines e Felipe Araújo Rocha novamente se manifestaram nos autos (fls. 636 e 650), requerendo a manifestação deste Relator acerca das razões elencadas às fls. 614/617.

Por motivo de férias deste julgador, os autos foram distribuídos ao i. Des. Teodoro Silva Santos, enquanto sucessor do Des. Carlos Alberto Mendes Forte, sucessor deste Relator, e também de férias, no escopo de deliberar sobre as matérias levantadas na petição de fls. 614/617. Aquele julgador, entendendo por inexistir pleito de tutela de urgência, resolveu devolver os autos para apreciação desta Relatoria, a ser realizada ao cabo das férias.

O Sindicato dos Médicos do Estado do Ceará, por intermédio da petição de fls. 671/672, após intimado acerca da audiência pública, resolveu por não apresentar manifestação sobre o mérito, afirmando:

> "Entretanto, impede este Sindical de se manifestar no presente processo em vista de que a ele cabe a atuação em processos que tragam reflexos de direitos homogêneos aos médicos abrangidos, ou seja, sem que floresça discórdia entre a própria categoria.
> Ora, cabe ao peticionante proteger e dar suporte ao direito de ambas as partes, entretanto, no presente contexto não teria como o fazer sem, todavia, ser contrário aos interesses de um em relação ao outro e vice-versa.
> Dito isso, sendo braço importante de atuação em defesa dos direitos da categoria médica no Estado do Ceará, não poderia realizar manifestação em prol de uma parcela da categoria em desfavor de outra parcela, sob pena de distorcer o dispositivo constitucional supramencionado, sobretudo quando a demanda envolve repercussão patrimonial de ambas partes."

No despacho de fls. 685/686, acolhi, em parte, a pretensão aforada às fls. 614/617, determinando o desentranhamento dos documentos de fls. 259/347 e 445/613, trazidos pela Unimed de Fortaleza Sociedade de Cooperativa Médica Ltda., não obstante os argumentos por esta levantado às fls. 687/691. Na mesma oportunidade, acolhi a admissão da Unimed do Brasil - Confederação Nacional das Cooperativas Médicas, na qualidade de *amicus curiae,* com esteio no art. 983 do Código Processual Civil.

Realizada, na data e horário acima indicados, a mencionada audiência pública, por mim presidida, ocasião em que se fizeram presentes inúmeros interessados, onde a todos foi deferido o direito à palavra, por um prazo de 15 (quinze) minutos e facultado, ainda, a quem interessasse, a juntada, no prazo de vinte e quatro (24) horas, a contar do encerramento da audiência, a apresentação de memoriais escritos, cujo conteúdo, deveria, contudo, ficar restrito ao respectivo pronunciamento na tribuna. Para melhor esclarecimento sobre o debatido na audiência citada, trago a lume os trechos mais importantes, em suma, das respectivas manifestações:

> "Dr. José Cláudio Ribeiro Oliveira, representante da UNIMED Brasil, disse ser adequada interpretação da Lei n.º 5.764/1971, em especial do art. 4º, I, no sentido de que a expressão "salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços", regula a relação entre Cooperativa e Cooperado, não entre Cooperado e usuário do planos de saúde, e que é legal e legítimo o estabelecimento de critérios, entre eles a qualificação do profissional interessado, que restrinja o ingresso de novos associados na cooperativa, sob pena de torná-la inviável economicamente;
>
> Dr. Valdetário Andrade Monteiro, representando a Comissão Estadual de Saúde Suplementar da OAB/CE e Comissão Nacional de Saúde Suplementar da Conselho Federal da OAB, sustenta que, além de critérios técnicos, que também podem vir fundados em aspectos econômicos e financeiros, é mais do que necessário uma aferição técnica do profissional que pretende ingressar na cooperativa, considerando as variadas

especificidades, responsabilidade que não pode ser repassada ao usuário do plano de saúde e, ainda, que a admissão de novos cooperados deve levar em conta a demanda de serviços procurados pelos usuários, de acordo com as especialidades que registram maior demanda;

Dr. Carlos Frederico Joffily Bezerra, Vice-Presidente do Sistema OCB-CE, traz dados estatísticos e doutrinários relacionados com o modelo Cooperativista e passa a tecer algumas considerações sobre o cooperativismo, concentrando-se, em seguida, no cerne deste Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, que, segundo entende, versa sobre o princípio da livre adesão de associados e o número ilimitado destes, consoante previsto no inciso I do art. 4º da Lei n.º 5.764/71, para defender que, ao lado da liberdade de o cooperado em ingressar e permanecer associado à cooperativa, à instituição também é dada, em face do princípio da autonomia e independência, a faculdade de estabelecer regras, tanto para o ingresso como para a permanência de cooperados, que podem vir fixadas com base em elementos que garantam a viabilidade econômica e a continuidade do negócio, não bastando olhá-lo apenas como uma entidade cooperativa, sem fins lucrativas, mas também considerando a atividade econômica a ser desenvolvida, para, ao final, expor o entendimento da OCB em relação ao tema, que segue a premissa de que é livre a admissão de cooperados, desde que respeitadas as regras estatutárias e que não haja comprometimento da viabilidade econômica e continuidade a continuidade da Cooperativa, em especial aquelas que são sujeitas à fiscalização e controle das agências reguladoras, como é o caso das UNIMED's;

Dr. Daniel Miranda, advogado que atua representando médicos, destaca a natureza eminentemente jurídica do tema discutido, tem como objeto a interpretação do art. 4º, inciso I da Lei 5.764/71, que trata acesso de associados à Cooperativa, com especial destaque para a expressão "salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços" que, segundo entende, regula a relação entre o cooperado (médico) e o usuário dos serviços (cliente do plano de saúde), apresentando julgados do Superior

Tribunal de Justiça nesse sentido; diz ser ilegal a seleção de cooperados mediante edital, conforme previsto no estatuto da Cooperativa, não se admitindo a recusa de ingresso de novos associados ao fundamento de existência de outros cooperados da mesma especialidade médica, sendo também nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Diz, ao final, que não foi apresentada qualquer prova ou estudo técnico que comprove o risco alegado pela UNIMED de que o livre ingresso de novos cooperados, na expressão literal da lei de regência, possa desaguar na inviabilidade econômica da cooperativa;

Dr. Marcos Aragão, Diretor Financeiro da UNIMED, apresenta, além de outros elementos, dados estatísticos, financeiros, tributários e a evolução patrimonial da cooperativa ao longo da sua existência, para defender a legitimidade do acesso seletivo de cooperados, como forma de garantia da viabilidade econômica da cooperativa, asseverando que permitir o acesso ilimitado de cooperados trará sério risco à higidez da entidade e, por conseguinte, à sua própria existência;

Dr. Guilherme Krueger, advogado e economista, apresenta argumentos técnicos, fixa o cerne da discussão, que, segundo afirma, gira em torno das possíveis consequências da admissão da tese de entrada franca de associados, o que chama de "teoria das portas abertas", nas cooperativas, para afirmar que a moderação na admissão de cooperados é instrumento de proteção aos usuários, uma vez que, caso não observada, se verificará inevitável comprometimento na qualidade dos serviços contratados (planos de saúde), em prejuízo aos seus usuários, com consequência também nos custos dos planos de saúde que, certamente, serão repassados aos clientes; diz que essa moderação é variável relevante para uma assistência sustentável aos usuários dos planos de saúde ofertados pela cooperativa de saúde no mercado, porquanto verdadeiro instrumento de governança, para, ao final, questionar o histórico de decisões judiciais que garantem a livre adesão de associados nas cooperativas médicas, as quais, entende, decorrem da ausência de clareza de elementos que permitam a ponderação do princípio das "portas abertas" em face de

um mercado altamente controlado, como é o da saúde suplementar;

Dr. Eric Dantas, advogado que atua na representação de médicos, concentra a discussão jurídica na compreensão da expressão legal "salvo impossibilidade técnica da prestação de serviços", dizendo que as cooperativas são regidas por legislação específica, e, ponderando sobre a natureza das cooperativas, argumenta que não existe na legislação regente um limite para o acesso de cooperados, pelo contrário, a regra é do livre e ilimitado acesso; assevera a ilegalidade do estatuto da UNIMED, naquilo que refere à exigência de edital de convocação e aos documentos por esta exigidos como condição prévia de ingresso na associação; finaliza reportando-se ao entendimento jurisprudencial do STJ, segundo o qual a incapacidade técnica, de que trata a Lei das Cooperativas, tem relação aos médicos cooperados em face dos usuários dos planos de saúde;

Dr. José Menescal, advogado da Federação das UNIMED'S do Ceará, analisando o texto legal, em especial o já citado art. 4º, inciso I da Lei das Cooperativas, discorda do conceito atualmente conferido ao princípio da livre adesão de cooperados e a interpretação dada à expressão legal de incapacidade técnica de prestação de serviço para afirmar, com fundamento em diversos entendimentos doutrinários, que menciona, que, em se tratando de cooperativa de sociedade de pessoas, os serviços por ela prestados são direcionados aos seus associados, aos cooperados, e não aos usuários, no caso clientes de planos de saúde; quanto à previsão legal de livre associação, assevera que esta admissão deve obedecer um planejamento, sob pena de inviabilidade do procedimento, não se podendo admitir associados de forma indiscriminada, sob o risco de, fatalmente, chegar-se a um desequilibro econômico e financeiro da cooperativa, inviabilizando a atividade para a qual foi instituída;

Dr. Gilnard Caminha de Menezes Aguiar, representante da classe médica, questiona os critérios adotados pela UNIMED Fortaleza para admissão de cooperados, mormente no que

se refere à documentação exigida, que dificulta o acesso de médicos recém-formados; aduz que, por muitas vezes, durante seus plantões, atende usuários da UNIMED, porém sem a devida contrapartida financeira, uma vez que não é cooperado e seu acesso à cooperativa vem sendo negado pela entidade; assevera o acesso de cooperados, em específico de neurocirurgiões, que é sua especialidade, se deu há mais de 4 (quatro) anos, quando foi lançado o último edital, circunstância que, segundo entende, impede a livre escolha pelo usuário de profissionais de sua confiança;

Dr. Elias Leite, Diretor Comercial da UNIMED, inicia por pontuar os dilemas vivenciados pela UNIMED Fortaleza, seja ela Cooperativa ou Operadora de Plano de Saúde, pois, embora seja uma empresa técnica, é também um empresa política; diz que a empresa passou, recentemente, por uma situação difícil, praticamente falimentar, situação que foi revertida; que atual gestão é exclusivamente técnica, essa a razão pela qual o acesso de cooperados obedece critérios técnicos, ou seja, a quantidade de vagas a serem ofertadas para a adesão de cooperados depende de uma avaliação técnica, necessária para a manutenção da viabilidade econômica e financeira da empresa, nesta considerados seus funcionários, médicos cooperados e clientes, que dela dependem, direta ou indiretamente; reitera que o único motivo para a regulação da entrada de cooperados é permitir a sua permanência no mercado, evitando a situação hoje vivenciada por outras UNIMED'S;

Dr. João Mensurado, advogado que atua na representação de médicos, pontua e rebate os argumentos em defesa da legalidade do estabelecimento de critérios, pela UNIMED Fortaleza, que restringe o acesso de cooperados; adentrando no mérito do IRDR, diz que a discussão é jurídica, pois versa sobre um conflito normativo, não cabendo neste momento, portanto, produção de provas, devendo o debate ficar restrito à legalidade ou ilegalidade do estatuto da cooperativa, naquilo que estabelece critérios que restringem o acesso de cooperados na entidade, que, segundo afirma não possui respaldo legal, na dicção literal do art. 4º, I da Lei 5.764/71;

traz à colação entendimento jurisprudencial firmado pelo STJ, no sentido de que eventual redução de lucros dos atuais associados não é critério válido para impedir o acesso de novos cooperados, citando uma série de precedentes em que se garante a prevalência ao direito subjetivo de cooperação; afirma que a expressão "salvo impossibilidade técnica de prestação de serviço" refere-se ao usuário do plano de saúde e não aos cooperados;

Dr. David Peixoto, advogado da UNIMED, defende a importância dos números apresentados nesta audiência pública e a necessidade de dilação probatória no IRDR, porquanto essenciais para subsidiar a decisão a ser tomada, que repercutirá em todos os processos que tratam da mesma matéria e que se encontram suspensos; adentrando no mérito, afirma que a interpretação da Lei de Cooperativas, em especial o art. 4º, I, deve ser feita em cotejo com os arts. 29 e 21, e que a entidade tem por objetivo principal a prestação de serviços aos seus associados, não aos usuários, e neste prisma a lei está sendo efetivamente cumprida; destaca que a UNIMED Fortaleza, quando estabeleceu critérios para admissão de novos cooperados, o fez em perfeita consonância com a equação número de usuários/cooperados; defende que a atual jurisprudência do STJ, trazida à colação neste ato processual, que assegura o livre e ilimitado acesso de associados na cooperativa é equivocada, pois dissonante com a doutrina especializada sobre o tema;

Dr. Antônio Nilson Mendes dos Santos Júnior, médico, representando a UNIMED Fortaleza, responsável pelo custo operacional da Cooperativa, esclarece, sumariamente, os procedimentos adotados pela Cooperativa no ressarcimento de médicos não cooperados que eventualmente realize procedimentos a usuários de planos de saúde cobertos pela Cooperativa e os critérios para o lançamento de editais de convocação de novos associados, em especial no que tange ao quantitativo considerado quando do lançamento de novas vagas para cooperados, defendendo que, sem eles, restaria comprometida a higidez da cooperativa e, por conseguinte, a prestação dos serviços;

> Dra. Sheyla Cavalcante Pitombeira, Procuradora de Justiça, ao tempo em que enaltece a iniciativa do Desembargador Francisco Bezerra Cavacante, registra a importância do Cooperativismo, que veio primar, embora editada ainda nos anos 1970, por valores que visam reduzir as desigualdades sociais, entre estas a coibição da dominação de mercado e da exploração de trabalho e garantia do preço justo, para, em seguida, destacar que o grande desafio do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará é conciliar a aplicação da Lei da Cooperativa com as premissas da democracia, aí incluídas as garantias dos pretensos cooperados e, principalmente, dos consumidores, sem olvidar do balanço social que a UNIMED faz, aqui considerados os serviços de prevenção, o acompanhamento de patologias graves e a prestação de relevante serviço social, que é o de prestar atendimento a quem necessita de socorro médico, e que deve ser preservado, reservando, para momento oportuno, uma manifestação ministerial mais elaborada."

Os Interessados, Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda. (fls. 745/767 e 836/854), Unimed Ceará – Federação (fls. 768/794), Dr. Guilherme Krueger (fls. 795/810), Dr. Carlos Frederico Joffily Bezerra, Vice-Presidente do Sistema OCB-CE (fls. 836/854) e Felipe de Lima Monteiro, Thiago Albuquerque Martins e Felipe Araújo Rocha (fls. 855/858), apresentaram os respectivos memoriais após realização da multicitada audiência.

Após prazo de memoriais, os médicos interessados, Felipe de Lima Monteiro, Thiago Albuquerque Martins e Felipe Araújo Rocha, peticionaram nos autos, às fls. 869/872, afirmando inexistir pertinência temática de algumas manifestações, pois fugiriam à matéria de direito a ser resolvida neste incidente, requestando, assim, o desentranhamento dos documentos acostados às fls. 749/767, 774/835 e 836/854, pois têm natureza de prova, o que é vedado no caso em baila. Por fim, se rejeitado o argumento supra, requerem o desentranhamento dos documentos acostados às fls. 836/854, por força de preclusão consumativa.

Às fls. 894, atendendo, a pedido do advogado, Dr. João Mensurado (fls. 873/874), a Superintendência da Área Judiciária desta Corte de Justiça,

por certidão, retificou o termo de audiência pública de fls. 859/868, para constar que a manifestação do advogado supra referido, quanto à análise da impossibilidade técnica do pretenso cooperado, deu-se nos seguintes termos: *"o termo 'salvo impossibilidade técnica' é do pretenso cooperado, porque é ele o efetivo prestador do serviço"*.

Igualmente, a supra mencionada Superintendência da Área Judiciária deste E. Tribunal de Justiça, atendendo arrazoado do advogado, Dr. David Sombra Peixoto, lavrou certidão às fls. 903, para constar que, ao contrário do que constante na ata de audiência pública (fls. 859/868), referido advogado, em síntese disse: "afirma que a UNIMED durante todo o curso do IRDR entendeu muito bem a questão, que é uma questão eminentemente de direito, mas toda decisão judicial ela gera uma repercussão social, econômica, financeira, regulatória sob várias espécies, então esses números que foram apresentados aqui servem, sim, para o convencimento, para a *ratio recidendi* de Vossas Excelências, porque a decisão a ser proferida terá uma repercussão nacional e em todos demais processos que tratam da mesma matéria que se encontram suspensos".

Vieram aos autos, logo em seguida, petições de interessados e dos advogados das partes, ora substabelecendo poderes, ora habilitando-se à sustentação oral, conforme regramento legal previsto para este julgamento.

É o breve relatório.

VOTO

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O INSTITUTO DO IRDR – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Eminentes pares:

Da versão comercial extraída da dissertação desenvolvida por SOFIA TEMER[1], quando do seu mestrado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, envolvendo o tema IRDR – Incidente de resolução de demandas repetitivas, extraio:

1 TEMER, Sofia. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. Ed. JusPODIVM. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador, 2017

> "Os meios processuais destinados à resolução de casos repetitivos evidenciam a preocupação com uma problemática contemporânea, de massificação e homogeneização das relações jurídicas, dos vínculos sociais e dos conflitos.
> A concentração demográfica nos centros urbanos, a globalização, a distribuição seriada de produtos, a universalização do acesso a serviços e sua precarização, a virtualização das relações jurídicas, entre inúmeros outros fatores, vêm gerando o crescimento e a repetição dos vínculos jurídicos e, por consequência, dos conflitos levados ao Judiciário"[2] [3].

No mesmo trabalho, citando EDUARDO TALAMINI, a mencionada estudiosa afirma: *"As relações jurídicas são padronizadas, as pessoas titularizam direitos e muito similares, os quais são ameaçados ou lesionados por condutas seriadas, o que faz com que se reproduzam no Judiciário diversos conflitos que possuem o mesmo desenho, com causas de pedir e pedidos similares."*[4]

---

2 Barbosa Moreira já apontava, logo após a promulgação da Consttuição de 1988, a ocorrência desse fenômeno. O processualista provocou a discussão sobre a sociedade e o processo de massa, nos seguintes termos: "as características da vida contemporânea produzem a emersão de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobreleva, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas, e um dos seus aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa?" (Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo, vol. 61. Jan. 1991, p. 187, versão digital).

3 Alguns elementos que contribuem para o problema da massificação dos conflitos, como a universalização e privatização de serviços públicos e ampliação de acesso ao crédito são apontados em: AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um "incidente de resolução de demandas repetitivas: Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 196, jun/2011, notadamente o item "3".

4 Eduardo Talamini identifica o surgimento de "situações em que uma imensa quantidade de pessoas titulariza, individualmente, um direito que é na essência

Paralelamente, e também em decorrência do expressivo e crescente número de processos judiciais, observa-se a proliferação das mesmas questões jurídicas pontuais em demandas com causa de pedir e pedidos distintos, caracterizando zonas de homogeneidade nos litígios heterogênos, individuais e coletivos.

Em decorrência, destes movimentos, acrescenta, a autora, *"convivem hoje: a) conflitos de natureza estritamente individual, particularizados por características únicas; b) conflitos heterogêneos de natureza coletiva; c) conflitos homogêneos, individuais e coletivos, com causas de pedir e pedidos similares; e, ainda, d) conflitos heterogêneos, individuais e coletivos, que possuem questões comuns. Essas duas últimas espécies de conflitos acabam sendo enquadradas como manifestações da litigiosidade repetitiva, ou litigiosidade de massa*[5]*, o que vem impondo modificações importantes no ordenamento jurídico, sobretudo no que se refere ao sistema processual*".

Clama-se, incessantemente, pela racionalização da Justiça, tanto no que diz respeito à sua gestão processual, como no seu sentido material. Procura-se a coerência, a estabilidade, bem como a observância, em termos verticais e horizontais, da atividade exercida pelos órgãos judiciais.

Dentro deste cenário, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ou de Questões Comuns, como afirma Aluisio Gonçalves de

idêntico ao que dos demais. E surgem situações em que estas pessoas têm, ao mesmo tempo, esses seus respectivos direitos ameaçados ou violas por uma conduta ou conjunto de condutas provenientes de um mesmo sujeito ou conjunto de sujeitos. Pensemos em consumidores que compraram todos os mesmos produtos defeituosos; ou contribuintes numa mesma situação em face do fisco; servidores públicos ou empregados privados numa idêntica posição jurídica em face de seus empregadores et c. (Direitos individuais homogêneos e seu substarto coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015, Revista de Processo, vol. 241, mar/2015, p. 337-358, versão digital).

5 Os processos que vinculam tais situações são também chamados pela doutrina de "demandas seriadas, massificadas, isomórficas, coletivizadas, pseudo-indiviaduais, macrolides, etc. (RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos. Curitiba: Juruá, 2013, p. 22).

Castro Mendes, ao prefaciar a obra de Sofia Temer, *"para expressar melhor o seu alcance, representa uma tentativa e uma enorme esperança para o aprimoramento da prestação jurisdicional no Brasil, inspirado que foi, principalmente, no 'Musterverfahren' (procedimento modelo) alemão e na experiência nacional dos recursos repetitivos, embora tenha vindo com as suas peculiaridades".*

No sistema processual hoje imperante no nosso País, o instituto deve ser considerado, portanto, numa perspectiva ampla, uma vez que a nossa estrutura judiciária não foi concebida, organizada ou mesmo preparada para receber enxurradas de processos repetitivos e lhes dar adequado tratamento e desfecho.[6] Não há recursos suficientes e bem empregados para resolver o abarrotamento dos fóruns e tribunais em todo o país[7], sendo deficiente a análise e o tratamento do fenômeno da litigância de massa também sob a dimensão panprocessual.[8]

---

6 Para uma análise detalhada sobre a crise numérica de processos, ver: ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; CAVALCANTI, Marcos. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e ações coletivas. Salvador. Juspodvm, 2015, p. 373-407

7 Nesse sentido: "Do ponto de vista da efetividade, o volume absurdo de processos gerou, acima de tudo, grande morosidade para sua condução, decorrente do número limitado de servidores, juízes e recursos financeiros para o atendimento da demanda. Somadas as causas repetitivas em todo o país, o número chega a casa de milhões. O fato de serem analisadas individualmente – e não em bloco – atenta seriamente contra a economia processual, valor inserido no complexo valorativo da efetividade (AMARAL, Guilerme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um "incidente de resolução de demandas repetitivas": Revista de Processos. Sâo Paulo: RT, vol. 196, jun/2011, versão digital.

8 Sérgio Arenhart desenvolveu obra notável sobre a tutela coletiva de interesse individuais sob a perspectiva do critério da proporcionalidade, na dmensão panprocessual "ou seja, na relação externa dos processos, ou, mais precisamente, na avaliação dos processos tomados em seu conjunto" (ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41

O cenário tem se tornado cada vez mais preocupante, uma vez que a inadequação da tutela processual acarreta déficit de proteção às relações jurídicas[9] e obsta o acesso efetivo a justiça.[10]

A feição repetitiva dos conflitos judicializados (ou questões pontuais neles debatidos) tornou premente a necessidade de adequação da técnica processual e reinvenção do processo judicial[11]. O devido processo legal, pensado para o processo de individualizados e únicos, demonstrou-se inadequado para as demandas repetitivas[12].

A nova legislação processual civil em vigência, enxergando todos esses desafios, a tempo e modo, instituiu o microssitema (IRDR), o qual, no seu âmago, traduz verdadeiramente, em face do seu potencial de

9 Nesse sentido, Leonardo Greco sustenta que "a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo" (GRECO, Leonardo. Grantias fundamentais do processo: o processo justo. Estudos de Direito Processual. Campos de Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225)

10 Sobre o acesso à justiça, ver: CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988; CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. Acesso à justiça: Juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

11 Nesse sentido: "O processo deve adequar-se às situações repetitivas. Há problemas que atingem, em massa, uma grande quantidade de pessoas, as quais ingressam em juízo na busca do reconhecimento de seu direito, acarretando um significativo número paralelo de causas que versam sobre o mesma tema. A dogmática tradicional quanto à atividade processual não se revela suficiente para dar solução rápida a essas demandas repetitivas. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. Revista de Processo, vol. 179, jan/2010 (versão digital).

12 Essa preocupação é externada por Antônio Adonias Bastos: "Às causas em bloco não se pode aplicar o due process of law com o mesmo delineamento que incide sobre as demandas individuais, com idêntica definição das partes, dos ônus, deveres e direitos processuais, com as mesmas construções doutrinárias e legal sobre as regras de establização da demanda e distribuição dos ônus da defesa e da prova, por exemplo, bem como a regulamentação dos limites objetivos da coisa julgada". (BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas causas repetitivas, in: DIDIER JR. Fredie et. al. Tutela jurisdicional coletiva. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 54)

resolução de demandas repetitivas em massa, reflexos inimagináveis por seus impactos jurídicos, políticos e sociais, principalmente naquilo que é reclamado diuturnamente pela sociedade – a razoável duração do processo, tal como previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, em síntese, visa à prolação de uma decisão única que fixe tese jurídica sobre uma determinada controvérsia de direito que se repita em numerosos processos. É isto, efetivamente, que estamos a tratar e fazer na espécie, uma vez que os pressupostos de admissibilidade, para tanto, foram e estão sendo observados com rigor.

EXAMINO EM CARÁTER PRELIMINAR O PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO DE DOCUMENTOS CONSTANTES DAS FLS. 869/872, DOS AUTOS.

Sem razão os peticionantes.

LUIZ GUILHERME MARINONI[13], ao discutir o tema "Elucidação da questão de direito controvertida" no incidente de resolução de demandas repetitivas, com a autoridade de processualista consagrado no mundo jurídico nacional, assim manifesta a respeito:

> *"Como o incidente de resolução não pode ter como objeto uma questão de direito de que dependa prova, mas somente uma "questão unicamente de direito" - nos termos do art. 976 do CPC/2015 -, não há como admitir que as partes e os interessados possam juntar documento e requerer diligências para elucidar um fato litigioso, ou seja, um fato contestado cuja elucidação é imprescindivel para a resolução da questão de direito. Afinal, as questões de direito que dependem de prova não podem ser objeto de incidente de resolução. E isso é inclusive reafirmado pelo art. 983 do CPC/2015, que não trata de produção de prova, mas apenas alude a "deligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida".*

13 MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Decisão de questão idêntica x precedentes. Revista dos Tribunais, 2016, São Paulo, p. 93-94.

E acrescenta: *"O art. 983, ao dar oportunidade para as partes e os interessados não apenas falarem, mas também juntarem documentos e requererem diligências, tem em consideração elementos que devem ser compreendidos pelo tribunal para a resolução da questão jurídica. Quanto mais a questão de direito se vincula a aspectos culturais, científicos, econômicos ou religiosos, mais o intérprete depende de um efetivo debate em torno deles. A elucidação da questão de direito – e não do fato litigioso indispensável para se saber se a norma se aplica no caso concreto – está presa ao esclarecimento de circunstâncias necessárias para a compreensão da norma e, muitas vezes, de sua extensão a determinados sujeitos".*

Além disso, acrescento, por necessário, - os esclarecimentos que devem ser feitos e foram feitos em audiência pública não são os que dizem respeito à elucidação sobre à ocorrência de fato de que depende o julgamento da questão de direito. Realmente, afirma MARINONI, *"quando se fala em ouvir "depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento da matéria" não se está pensando em buscar esclarecimentos sobre como os fatos se passaram, mas em abrir debate entre as posições divergentes mediante o auxílio de depoimentos de especialistas sobre circunstâncias que dizem respeito à inteligência da norma ou da questão jurídica, os quais devem ser considerado e rigorosamente checados pelo juiz em todos os seus aspectos, inclusive o da idoneidade daquele que proferiu".*

Feito os esclarecimentos devidos, portanto, não vejo, datíssima vênia, qualquer ilegalidade na juntada dos sobreditos documentos(?) realizado por quem efetivamente compareceu e falou na audiência pública (fls. 859/868), pois tratam-se de peças referidas por elas próprias no mencionado ato, e, esclareça-se, levando em consideração a estrita deliberação deste relator que, naquela audiência, facultou a todos, de forma indistinta, no prazo comum de 24 (vinte e quatro) horas, a apresentação de memoriais, vinculando todos, por óbvio, como realmente se observa, ao que fora debatido e trazido ao conhecimento da Corte a título de informações que por certo, servirão de alento e reforço à formatação do nosso convencimento.

Creio que tais peças trazem informações importantes ao deslinde da questão controvertida em debate, e, por reputá-las, assim, importantes, pois não refogem, repito, do âmago da questão, mantenho-as nos autos, indeferindo, portanto, a indicada postulação.

Passa-se à análise do mérito.

De logo, quero esclarecer aos eminentes pares que examinarei a presente controvérsia, tomando por parâmetro o que se extrai do art. 984 do CPC[14], o qual determina ao relator, no julgamento, além de proceder à exposição do objeto do incidente, descrever a questão de direito a ser julgada, situando-a no contexto das demandas repetitivas, sem descurar as mais diversas informações que se me foram trazidas pelas partes e interesados, inclusive outras informações e outros fundamentos importantes pinçados (por exemplo em audiência pública, autos análogos, etc.) que surgiram ao longo dos debates.

Dito isto, esclareço, em primeiro, que na audiência pública realizada, precedida da mais ampla divulgação (art. 983, § 1º, do CPC), trouxeram informações aos autos, entre partes e interessados, cerca de 14 (quatorze) pessoas, 9 (nove) concluíram favoravalmente à tese da necessidade de certame público para a inclusão de novo cooperado/médico às Cooperativas da espécie, enquanto 4 (quatro) contra. Observo que o Ministério Público reservou-se a apresentar conclusões mais efetivas em momento próprio.

As entidades e pessoas, Dr. José Cláudio Ribeiro Oliveira (na qualidade de *amicus curiae* habilitado nos autos), Dr. Valdetário Andrade Monteiro (representante da Comissão Estadual de Saúde Suplementar da OAB/CE e Comissão Nacional de Saúde Suplementar do Conselho Federal da OAB),

14 Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:
I - o relator fará a exposição do objeto do incidente;
II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:
o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos;
os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência.
§ 1o Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado.
§ 2o O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

Dr. Carlos Frederico Joffily Bezerra (vice-presidente do Sistema OCB-CE), Dr. Marcos Aragão (Diretor Financeiro da Unimed Fortaleza), Dr. Guilherme Krueger (advogado e economista), Dr. José Menescal (advogado da Federação das Unimed's do Ceará), Dr. Elias Leite (Diretor Comercial da Unimed Fortaleza), Dr. David Peixoto (advogado da Interessada Unimed Fortaleza), Dr. Antônio Nilson Mendes dos Santos Júnior (médico, representando a Unimed Fortaleza), foram favoráveis à exigência de certame público para a inclusão de novos cooperados na Cooperativa Médica interessada, enquanto Dr. Daniel Miranda e Dr. Eric Dantas, ambos representando médicos, Dr. Gilnard Caminha de Menezes Aguiar (representante da classe médica), Dr. João Mensurado (representando os médicos interessados no Agravo de Instrumento de nº 0621834-12.2016.8.06.0000 e ao agravo interno correlato, afetados a este Incidente), desfavoráveis.

Dos debates entabulados no curso do presente incidente, pude observar que, na busca pelo esclarecimento da questão de direito controvertida ora em julgamento, as partes e interessados, defenderam os argumentos seguintes:

- Princípios desencadeadores do sistema cooperativo (art. 4º da Lei nº 5.764/71)

- Inexistência de restrição ao princípio da porta aberta ou livre adesão.

- Restrição arbitrária e discriminatória à livre entrada de novos membros em cooperativas.

- Impossibilidade técnica de prestação de serviço, no prisma do profissional médico e da própria cooperativa.

- O princípio da porta aberta em razão do excessivo número de membros da cooperativa ou número insuficiente de membros.

- A mitigação do rigor absoluto na interpretação do princípio da porta aberta ou livre adesão à cooperativa.

- A harmonização entre a liberdade de aderir com a possibilidade técnico-econômica da cooperativa.

- A incapacidade técnica do cooperado para exercer a atividade vinculada da cooperativa.

- A cooperativa médica como fornecedora de serviço de assistência suplementar.

- A cooperativa médica frente ao ambiente regulatório.

- A matéria discutida em face do que se chama em economia de "demanda induzida ou indução de demanda", como meio de se ponderar o princípio da porta aberta no ambiente institucional da saúde suplementar e correspondência com a cooperativa.

- A possibilidade ou não de certame público ao ingresso de novos médicos na cooperativa/médica.

- A Análise da controvérsia no prisma dos princípios constitucionais da Isonomia e da não intervenção estatal na autonomia deliberativa das cooperativas, e, enfim,

- A Análise doutrinária e jurisprudencial envolvendo a controvérsia.

Com efeito, na origem, trata-se de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento de nº 0621834-12.2016.8.06.0000, interpostos em face de decisão que deferiu tutela antecipada em ação declaratória de nulidade c/c obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada *inaudita altera parte* c/c indenização por danos materiais e lucros cessantes ajuizada pelos médicos FELIPE ARAÚJO ROCHA, FELIPE DE LIMA MONTEIRO e THIAGO ALBUQUERQUE MARTINS, respectivamente, (Neurologista e Cirurgiões Gerais), para determinar à requerida Unimed de Fortaleza Sociedade de Cooperativa Médica Ltda. a inserir os autores/agravados em seu quadro de cooperados, passando a gozar da condição de filiados, fruindo dos respectivos direitos e deveres, na forma prevista no Estatuto e Regimento Interno respectivos.

No Agravo de Instrumento referido, após a concessão da antecipatória requestada, inconformada, sustentou Unimed de Fortaleza Sociedade de Cooperativa Médica Ltda., em síntese, que a parte agravada ingressou com ação declaratória de nulidade c/c obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada *inaudita altera parte* c/c indenização por danos materiais e lucros cessantes em face da agravante, que tramita perante a 12ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, sob o nº 0102946-49.2016.8.06.0001, o

qual pediu provimento jurisdicional a fim de impor à ré, Unimed de Fortaleza Sociedade de Cooperativa Médica Ltda., a obrigação de garantir o ingresso dos autores como cooperados em suas especialidades, independente de processo seletivo, com todos os direitos inerentes a esta qualidade, com a integralização de suas quotas-partes em 36 (trinta e seis) parcelas mensais ou à vista, iguais e sucessivas, sob pena de multa diária, julgamento no final procedente com condenação em indenização por danos materiais (lucros cessantes), referentemente ao tempo consignado na inicial, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

Cumpridas todas as formalidades legais pertinentes, em sessão realizada no dia 31 de outubro de 2016, esta Colenda Seção de Direito Privado, à unanimidade, a pedido desta relatoria, tendo em vista a divergência de entendimento a respeito do tema nesta Corte de Justiça, autorizou a abertura do presente IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, projetando-o nos termos da ementa seguinte:

> EMENTA: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR. SOLICITAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS. UNIMED. ACESSO DE MÉDICOS COOPERADOS. PREVISÃO ESTATUTÁRIA DE SUBMISSÃO À CERTAME PÚBLICO DO PROFISSIONAL QUE PRETENDE INGRESSAR EM SEU QUADRO. DISCUSSÃO DA LEGALIDADE E DA EXIGÊNCIA DA VIOLAÇÃO OU NÃO DA REGRA DE LIVRE ADESÃO (ARTIGO 4º, I, DA LEI 5.764/71). LITÍGIO TRAVADO EM INÚMERAS AÇÕES EM TRAMITAÇÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO DESTE ESTADO DO CEARÁ. MATÉRIA QUE ENVOLVE QUESTÃO ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO E ALVO DE ACENTUADA CONTROVÉRSIA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 976 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ATENDIDOS. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMADAS REPETITIVAS ACOLHIDO, TAMBÉM PARA O EFEITO DE SUSPENDER TODAS AS AÇÕES EM TRAMITAÇÃO NOS MAIS DIVERSOS JUÍZOS VINCULADOS A ESTA CORTE

> DE JUSTIÇA E QUE VERSEM SOBRE O TEMA, COM RESSALVA ÀS SITUAÇÕES DE URGÊNCIA QUE DEVAM SER SOLUCIONADAS PELO JUIZO DA CAUSA OU DO RECURSO (ART. 982 E §§). INCIDENTE ADMITIDO COM AFETAÇÃO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO DE Nº 0621834-12.2016.8.06.0000 E AO AGRAVO INTERNO CORRELATO.

A questão controvertida, portanto, de que trata o presente IRDR – Incidente de resolução de demandas repetitivas, versa *"sobre a possibilidade e a legalidade de a cooperativa médica instituir processo seletivo para o fim de ingresso de novos médicos cooperados em seu quadro ou se, ao contrário, essa exigência afrontaria o "princípio da porta-aberta" ou "livre adesão", consubstanciado no art. 4º, I, da Lei 5.764/71"*.

Assim, ao *desideratum* da quesilia que se nos impõe, resta-nos a interpretação a ser dada ao artigo 4º, I, da Lei Federal nº 5.764/71, em cotejo com o artigo 3º do Estatuto Social da Unimed de Fortaleza Sociedade de Cooperativa Médica Ltda. (interessada), além das normas constitucionais, infraconstitucionais, doutrina e jurisprudência, que se entende aplicáveis à espécie, *verbis*:

> "Art. 4º da Lei 5.764/71:
> *As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:*
> *I – adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de serviços;"*
> *[…]*
>
> "Artigo 3º, III, do Estatuto Social da Unimed:
> *Poderão associar-se à Cooperativa, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços, todos os médicos que, tendo livre disposição de sua pessoa e seus bens, concordem com todos os termos do presente Estatuto e do Regimento Interno da Cooperativa, preencham os requisitos legais, estatutários e regimentais, e exerceram suas atividades profissionais na área fixada no art. 1º, inciso II deste Estatuto.*"

Pois bem. Tem-se e é consabido que dentre as características que distinguem uma cooperativa das demais sociedades, encontra-se o princípio da *"adesão voluntária*[15], com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços", residindo a controvérsia, portanto, como afirmado, sobre a possibilidade e a legalidade de a cooperativa médica instituir processo seletivo para o fim de ingresso de novos médicos cooperados em seu quadro ou se essa exigência afrontaria o princípio da livre adesão dos cooperados, ou seja, o denominado "*princípio da porta-aberta*[16]".

A propósito, bom informar, de início, que a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça orienta que, "*pelo princípio da porta-aberta, consectário do princípio da livre adesão, não podem existir restrições arbitrárias e discriminatórias à livre entrada de novo membro na cooperativa, devendo a regra limitativa da impossibilidade técnica de prestação de serviços ser interpretada segundo a natureza da sociedade cooperativa, mesmo porque a cooperativa não visa o lucro, além de ser um empreendimento que possibilita o acesso ao mercado de trabalhadores com pequena economia, promovendo, portanto, a inclusão social*"[17]

A discussão vem sendo travada ao longo dos anos, nesta e n´outras Cortes de Justiça do País, colhendo-se, nesta oportunidade, precedente da Corte Superior, o seguinte: "*Cooperativas: nas associações com essa natureza, a limitação ao ingresso de novos associados condiciona-se à 'impossibilidade técnica de prestações de serviços' (Lei 5.764/71, artigo 4º, I). Não basta para justificá-la a simples inconveniência que possa resultar para os que já integram o quadro de cooperados.*"[18]

---

15 As cooperativas são organizações voluntárias, abertas a todas as pessoas aptas a utilizar os seus serviços e assumir as responsabilidades como cooperados, em discriminações sociais, raciais, políticas, religiosas ou do gênero.

16 O princípio da porta aberta, ou, princípio da adesão livre e voluntária, refere-se à liberdade do cooperado entrar, permanecer e sair da cooperativa conforme lhe convém.

17 STJ - REsp 1.479.561/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôa Cueva, Terceira Turma, DJe de 28.11.2014.

18 STJ - REsp 151.858/MG, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, Dju de 08.09.1998, p. 61.

Os artigos 1.094, II, do Código Civil e 21, II e 29, § 1º da Lei 5.764/71 dispõem, por conseguinte, respectivamente:

> "Art. 1.094 CC: São características da sociedade cooperativa:
> II – concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;
> Art. 21: O estatuto da cooperativa, além de atender ao disposto no artigo 4º, deverá indicar:
> II – os direitos e deveres dos associados, natureza de suas responsabilidades **e as condições de admissão, demissão, eliminação e exclusão e as normas para sua representação nas assembleias gerais;**
> **Art. 29: O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejaram utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no artigo 4º, item I, desta Lei.**
> **§ 1º A admissão dos associados poderá ser restrita, a critério do órgão normativo respectivo, às pessoas que exerçam determinada atividade ou profissão, ou estejam vinculadas a determinada entidade."**

A propósito, pois, desse último dispositivo legal, tendo sido a Lei nº 5.764/71 recepcionada pela Constituição Federal de 1988, o artigo 29, § 1º, da Lei 5.764/71, penso e entendo, deve ser interpretado não como uma norma de restrição do número máximo de afiliação de cooperados que se sujeitem ao estatuto, mas sim norma de especialização da atividade cooperada, especialmente diante do disposto no artigo 1.094, II, do Código Civil, que prevê dentre as características da sociedade cooperativa o "*concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo*".

Nessa linha de entendimento, não há, creio, como concluir pela prevalência do entendimento de ser abusiva a exigência de seleção pública prevista no estatuto da Cooperativa médica interessada, tendo em vista que não incumbe, datíssima vênia, ao Poder Judiciário intervir no funcionamento

das Cooperativas, sob pena de ferir os princípios constitucionais da autonomia deliberativa, da não intervenção estatal e da livre associação, insculpidos no artigo 5º, XVIII, da Constituição Federal.

> "Art. 5º. […]
> XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, **sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento**;" (grifei)

REGINALDO FERREIRA LIMA, no trabalho "DIREITO COOPERATIVO TRIBUTÁRIO, Comentários à Lei das Sociedades Cooperativas (Lei 5.764/71, prefaciado por PAULO DE BARROS CARVALHO, ed. Max Limonad, São Paulo 1997, págs. 56-57, a respeito, proclama:

> *"Todas as asserções acima expostas se compreende pela inteligência das disposições legais que, no Brasil, regem as sociedades cooperativas. É – como já dito – a Lei Federal n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que a Constituição Federal de 1988 acolheu em parte, porque – antes – as cooperativas se incluiam no rol das sociedades ditas, além de outras características classificatórias, "autorizadas". Realmente, as pessoas que forem analisar o citado diploma sem o conhecimento das restrições da não recepção pela atual ordem jurídica de uma grande parte de seu texto, podem incorrer em equívocos, como é o caso de muitos manuais que ainda orientam a constituição desse tipo de sociedade, como dependente de prévia autorização do Conselho Nacional de Cooperativismo, órgão hoje extinto, para posterior arquivamento de seus atos inaugurais na Junta Comercial respectiva.*
> *O art. 5º, inciso XVIII, do texto constitucional em vigor, prescreve que* ***"a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento"****. A alusão de que as cooperativas serão criadas independentemente de autorização "na forma da lei", ao contrário das demais associações, apenas reconhece que existem uma estrutura jurídica própria que regula a criação de cooperativas, não podendo se induzir que novo diploma que venha a ser editado em substituição*

> *ao recepcionado, possa estabelecer, de forma velada, alguma restrição* ***à liberdade plena de se constituir as cooperativas independentemente de autorização, sendo proibida, por outro lado, qualquer interferência do Estado no que tange ao seu funcionamento***".

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso análogo, assim se pronunciou a respeito do tema, *verbis*:

> SOCIEDADE SIMPLES. COOPERATIVA DE TRANSPORTE COLETIVO. DEMISSÃO IMOTIVADA DE COOPERADO. INOCORRÊNCIA. DEMANDANTE QUE NÃO COMPROVOU A CONDIÇÃO DE FILIADO. PROVA QUE INDICA PARA MERO VINCULO PRECÁRIO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO TEMPO DO PROCESSO PARA ADMISSÃO. **RECUSA AO PEDIDO DE ADMISSÃO REGULARMENTE PREVISTA NO ESTATUTO. ATO DISCRICIONÁRIO DO ÓRGÃO DIRETIVO DA COOPERATIVA. IMPOSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DE MÉRITO. ENTIDADE PRIVADA REGIDA POR SUAS PRÓPRIAS DIRETIVAS INTERNAS EM RELAÇÃO À ADMISSÃO DE NOVOS COOPERADOS. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO.** (TJ-SP – Apelação : APL 990100133047 SP, decisão monocrática. Relator Desembargador Vito Guglielmi, 25/03/2010)

Desta forma, não há como decidir pela ilegalidade da exigência do parágrafo 10 do artigo 3º do Estatuto da Cooperativa Médica interessada, afastando a necessidade de submissão e aprovação prévia do novo cooperado, em processo seletivo promovido pela Cooperativa.

> "Art. 3º. […]
> § 10. Será condição obrigatória à inscrição, participação e aprovação em processo seletivo, para efeito de admissão na Cooperativa, a fim de garantir a igualdade de oportunidades entre os interessados, a primazia pela escolha técnica, a melhor

qualidade profissional dos novos cooperados, a excelência na prestação de serviços aos clientes e a transparência e equidade da admissão."

Aliás, o renomado autor no referido trabalho[19] assinala:

"A adesão voluntária e a singularidade de voto; a incessibilidade das cotas-partes do capital a estranhos; o retorno das sobras líquidas na proporção dos negócios realizados; a indivisibilidade dos fundos, quer o de reserva, quer o de assistência técnica, educacional e social; a neutralidade política e a indiscriminação religiosa, racial e social, são requisitos de grande importância, os quais, uma vez inseridos cumulativamente nos estatutos da cooperativa, outorgam-lhe situação peculiar, forma jurídica própria, pela qual a Cooperativa se distingue logo, formalmente, das outras formas ou configurações societárias do mundo do direito. São as características que constam taxativamente do art. 4º, da Lei Federal n. 5.764/71, que nesse aspecto foi recepcionada pela Constituição Federal.

Nos onze requisitos dispostos pelo legislador, no art. 4º, sob análise, registrados simultaneamente, estão materializados a existência de uma atividade econômica de proveito comum, exercida sem objetivo de lucro, a contribuição de bens e serviços, a forma e a natureza jurídica próprias e especial condição de auxiliar, isto é, a plena atuação sob a forma de cooperativa, qualquer que seja o seu objeto, compreendendo, como sua ação própria, a prestação de serviços aos associados.

Analisando cada uma dessas características, vemos a ***"adesão voluntária, com o número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços (I), como uma das condições da sociedade, considerada como o requisito de "porta aberta", que, no entanto, permite se imponham certas restrições para evitar que o empreendimento se inviabilize.***

"A variabilidade do capital social, representado por cotas-partes" (II) significa norma especial das cooperativas, uma vez que, no estatuto, se fixa apenas o capital mínimo, que oscilará na medida em que ocorram ingresso ou desligamento de sócios. É o caráter da mebridade, que faz com que, na constituição, o estatuto

19 Op. cit (p. 58-59)

> *mostre a relação contratual plurilateral, ou pela admissão posterior à constituição da sociedade. Os incisos III e IV tratam justamente da possibilidade de fixação de número mínimo de cotas-partes do capital ou critérios de proporcionalidade (em função da atividade de cada sócio), além da proibição de transferência das quotas-partes do capital a terceiros, que sejam estranhos à sociedade. Nos incisos V e VI se institui a democratização da gestão das cooperativas, estabelecendo-se a singularidade de votos e o critério pessoal para efeito do quorum, em caráter geral, nos órgãos máximos de deliberação, podendo estas normas serem consideradas princípios, demarcadores do sistema, pelo seu valor na definição do conceito cooperativo.*

Na perspectiva do Direito Econômico, no trabalho "AS COOPERATIVAS MÉDICAS E O PRINCÍPIO DAS PORTAS ABERTAS: LIMITAÇÃO SOB A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, Berenice Sofal Delgado[20], na qualidade de estudiosa e com a autoridade adquirida sobre a matéria, a respeito, pontua:

> *"O Código Civil, apesar de não citar expressamente o princípio das portas abertas, recepcionou a Lei especial nº 5.764/71, naquilo que não for contrária a ele, conforme artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil. O próprio artigo 1093, do Código Civil, ressalva a vigência da referida lei, demonstrando que suas normas conviverão sempre em harmonia e complementando a legislação específica. Inclusive no que se refere ao princípio, o artigo 1094, inciso II, dispõe que não há limitação para o número máximo de sócios nas sociedades.*
>
> ***Ademais, o princípio das portas abertas trata-se de princípio norteador do cooperativismo, estando, inclusive, disposto novamente no artigo 29, da Lei nº 5.764/71.***
>
> ***De acordo com esse princípio, as cooperativas são organizações abertas, devendo as portas estarem abertas à entrada e saída de pessoas, não podendo, de forma alguma, impedir ou apresentar qualquer embaraço à admissão de cooperados que preencham os requisitos presentes em seus***

20 Mestranda em Direito Privado pela PUC/MG. Advogada Militante.

> ***estatutos e que possam assumir responsabilidades como membros. Portanto, essas sociedades não podem vedar ou impedir a permanência de algum cidadão como cooperado por motivos de raça, religião, sexo ou política.***
> ***O princípio das portas abertas importa em dizer que o ingresso na cooperativa é livre, ou seja, todos podem associar-se às cooperativas de seu interesse, estando sujeitos ao estatuto social estabelecido pelos cooperados".*** *(grifei)*

Segundo Wilson Polônio[21], é esse princípio que distingue as cooperativas dos demais tipos societários, sendo que nestes os sócios podem vedar o ingresso de novos associados.

Para Waldírio Bulgarelli[22], a voluntariedade é o princípio pelo qual não se admite que ninguém seja coagido a ingressar numa sociedade cooperativa; e o princípio das portas abertas é aquele por meio do qual não pode ser vedado o ingresso, na sociedade, àqueles que preencham as condições estatutárias.

Ressalta, ademais, SOFAL[23]:

> *"... que essa característica está diretamente relacionada à variabilidade do capital, visto que a entrada do cooperado e sua retirada da sociedade não podem ser vedadas. Sendo assim, o capital social não pode ser fixo.*
> *Segundo Lopes Becho[24], diz a doutrinadora, "[...] se a cooperativa não pode proibir o ingresso de interessados, salvo certas restrições, nem pode colocar barreiras artificiais para sua saída, seu capital social não pode ser fixo, já que todo associado ingressa na sociedade adquirindo certo número mínimo de quotas partes".*

21 POLONIO, Wilson Alves. Manual das sociedades cooperativas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 207.

22 BULGARELLI, Waldírio. As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica. 2. ed. São Paulo: Renovas, 2000, p. 207.

23 Op. cit. Berenice Sofal Delgado

24 BECHO, Renato Lopes. Elementos do Direito Cooperativo. São Paulo: Dialética, 2003, p. 78.

> *Vale ressaltar, acrescenta,* ***"que o princípio das portas abertas relaciona-se ao princípio do associativismo, disposto no artigo 5º, incisos XVII e XX, da Constituição da República de 1988, pelo qual é plena a liberdade de associação e ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado, demonstrando que, na cooperativa, também está presente o affectio societatis. Assim, esse princípio permite a liberdade de entrada e a liberdade de saída.***
> ***Dessa forma, as cooperativas oferecem livre acesso aos que desejarem utilizar os serviços por elas prestados, mas o princípio não é absoluto, já que a própria legislação apresenta algumas limitações materiais no artigo 29, da Lei nº 5.764/71, como, por exemplo, o fato de as cooperativas de trabalho só permitirem acesso a pessoas que exerçam determinada atividade ou profissão que esteja vinculada à cooperativa."***
> *- E digo eu: isto é ou não uma forma de seleção?*
> ***O artigo 4º, inciso I, da Lei nº 5.764/71, também apresenta limitação ao livre acesso de membros quando determina que a "adesão é voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços***".

Nesse sentido, Wilson Polônio[25] afirma: *"essa impossibilidade pode dar-se em razão de número insuficiente ou excessivo de membros, dadas as características e o objeto social que os sócios se propuseram levar adiante".*

Mas, essas limitações, impostas pela legislação à adesão dos cooperados, *"não afrontam os princípios consagrados pela ACI (Aliança Cooperativa Internacional), pontua, visto que a impossibilidade técnica pode impedir a prestação de serviços que o cooperado se dispôs a realizar".*

Ademais, neste aspecto, finaliza, ***"deve-se respeitar também o estatuto social da cooperativa e a própria lei. Ora, o princípio das portas abertas não pode ser aplicado com absoluto rigor; deve-se harmonizar a liberdade de aderir com a possibilidade técnico-econômica da cooperativa. Portanto, percebe-se uma incoerência ou má utilização da expressão "princípio das portas abertas", quando a lei e a própria necessidade de preservação da cooperativa obstam o exercício livre de as pessoas aderirem à cooperativa".***

25 Op. cit. p. 32.

Em seguida, examinando o tema sobre a perspectiva da incapacidade técnica do cooperado para exercer a atividade vinculada da cooperativa, alude[26]:

> *"As cooperativas de trabalho, em seus estatutos, estabelecem os critérios necessários para o ingresso dos profissionais vinculados à possibilidade destes para o exercício da atividade prestada pela cooperativa. Nas Cooperativas Médicas, essa exigência é necessária, pois os profissionais precisam de determinada qualificação para a prestação de forma segura dos serviços de assistência à saúde.*
> ***Assim, é obrigatória a graduação no curso de medicina, e, como critérios suplementares, residência médica ou especialidade, tempo de profissão e concurso público.***
> ***Usualmente, os concursos públicos são utilizados pelas cooperativas médicas operadoras de planos de saúde que disponibilizam planos de saúde para o mercado, porque ficam responsáveis pelas condutas e procedimento tomados pelos cooperados no atendimento aos usuários***".

E citando, a título de exemplo, no trabalho respectivo[27], a justificar, as exigências constantes no Estatuto da UNIMED/BH, citações que pinço por análogas ao caso em julgamento, proclama:

> *"Art. 12. A impossibilidade técnica de prestação de serviços ao associado pela COOPERATIVA, no cumprimento de seu objetivo social, a que se refere o "caput" do artigo 10 deste ESTATUTO, será determinada pelos seguintes critérios:*
> *I. Prioritariamente, pela relação da qualidade do atendimento, resguardada pela proporção mínima de 100 (cem) clientes para cada médico cooperado;*
> *II Pelo comportamento do mercado, levando-se em conta o número de clientes e as necessidades regionais relativas a cada especialidade médica por aérea programática de atendimento da COOPERATIVA;*

26 Op cit

27 Op. cit. Berenice Sofal Delgado

III. Pelas situações, financeira e estrutural, decorrentes das disponibilidades da COOPERATIVA para fazer face às novas admissões, das quais decorram investimentos em apoio logístico e recursos humanos e, de forma específica, ao aumento de reservas técnicas, controle e outros custos instituídos pela legislação que rege as operadoras de planos privados de assistência à saúde (Anexo I).

Dessa forma, fica evidente que as Cooperativas Médicas, por disponibilizarem profissionais para atendimento à saúde, precisam fornecer atendimento de qualidade, com prestação de cuidados minuciosos, por meio de serviços conscientes e técnicos, pois só assim a cooperativa poderá ser reconhecida no mercado e angariar, a seus cooperados, o maior número de clientes.

Ademais, a cooperativa fica responsável, perante os usuários, pelas práticas ilícitas cometidas pelos cooperados, conforme orientação pacífica no Superior Tribunal de Justiça, no qual o Ministro Ari Parglender assim comenta: "Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam" (Resp nº 1997/0044326 – DJ 13/03/2001, Resp nº 138.059/MG - DJ: 11.06.2001).

Ora, se é a Cooperativa que oferece o plano de saúde, que estabelece a tabela de preços, que dispõe as condições de atendimento e que fixa, ao associado, a relação de profissionais cooperativados à qual pode recorrer em caso de doença, não é possível eximi-la de vinculação com a qualidade dos serviços prestados.

Nesse sentido, vale transcrever Miguel Kfouri Neto (2002, p. 380):

Os Planos de Saúde têm grave compromisso com a qualidade do serviço que colocam à disposição de seus associados. E, indubitavelmente, a melhor forma de fazê-los jamais descurar desse controle é a responsabilização solidária em caso de danos infligidos aos pacientes pelos médicos e hospitais credenciados.

Dessa forma, as Cooperativas Médicas, como fornecedoras de serviços de assistência suplementar à saúde que firmam contratos de adesão com os clientes, respondem de forma objetiva pelo risco de eleição, seleção, ou mero credenciamento dos profissionais que oferecem, bem como pelas suas instituições hospitalares.

Logo, a exigência de seleção pública de provas e títulos para ingresso na cooperativa é justamente uma das garantias de qualidade com que estas cooperativas devem se preocupar

> ***antes de operar no mercado, visando a garantir uma qualidade almejada dentro da cooperativa, de acordo com o interesse de todos os associados.***
> *(...)*
> *Ora, uma cooperativa visa a facilitar as atividades e aumentar os ganhos de seus cooperados, tendo, como especificidade, a associação de características pessoais, não bastando, como em uma sociedade de capital, apenas ter o valor necessário para integrar o grupo.*
> ***Temerário seria permitir que todos que bem entendessem adentrassem uma determinada Cooperativa Médica sem cumprir os requisitos objetivos especificados no estatuto, que deve sempre prezar por uma equipe de profissionais qualificados. Essa forma indiscriminada de entrada de cooperados traria uma insegurança para os clientes da mesma e prejuízos para os demais membros".***

Aliás, refletindo a apontada conclusão, o art. 4º, do Estatuto da Cooperativa interessada, revela, *verbis*:

> ***"Art. 4º. O número mínimo de cooperados será de 20 (vinte) pessoas físicas e o máximo variável, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e ainda em função da demanda dos serviços, da possibilidade técnica de prestá-los, da viabilidade econômica e financeira da Cooperativa e principalmente pela vontade da Cooperativa de associar novos médicos".***

Não é demais acrescentar, como visto, que a matéria deve também ser analisada na perspectiva dos **"Custos e da inviabilidade técnico-econômica da cooperativa"**, conforme defende Berenice Sofal Delgado[28], ao tomar por exemplo a UNIMED/BH, explicitando para tanto:

> *"Como dito, o princípio das portas abertas está regulado na Lei nº 5.764/71, nos artigos 4º e 29:*
> *Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas*

28 Op. cit. Berenice Sofal Delgado

a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

l - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;

Art. 29. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem o utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no artigo 4°, item l, desta Lei.

§ 1° A admissão dos associados poderá ser restrita, a critério do órgão normativo respectivo, às pessoas que exerçam determinada atividade ou profissão, ou estejam vinculadas a determinada entidade.

No entanto, não foram disciplinados, na legislação, os critérios e os requisitos ensejadores da aludida impossibilidade técnica, cabendo, assim, ao estatuto de cada cooperativa fazê-lo.

O primeiro critério que precisa ser analisado e considerado pelos Julgadores, no momento de proferir sua decisão, é se a admissão indiscriminada de cooperados terá repercussões no funcionamento e na viabilidade econômico-financeira da cooperativa.

Ora, o acréscimo de cooperados tem repercussões operacionais e econômicas na estrutura da cooperativa, sendo necessário levar em consideração as consequências desse aumento no que se refere às assembléias, ao controle das operações e à prestação de serviços.

A matéria foi disciplinada pelo art. 12, do Estatuto da UNIMED/BH: (Antes referida)

…....

Nesse sentido, dispõe, ainda, o art. 13, I, do mesmo Estatuto, que a seleção pública anual destinada à admissão de novos associados observará, no tocante à fixação do número de vagas por especialidade médica, "os critérios da qualidade do atendimento, do comportamento do mercado e das situações, financeira e estrutural da COOPERATIVA, ouvido o Conselho Técnico".

Tais pontos, digo eu, foram também recepcionados pelo estatuto da interessada Cooperativa Médica no seu art. 4º e parágrafos[29], antes citados.

Dessa forma, é de ter-se em mente, quando o estatuto da Cooperativa Médica interessada ou de outra cooperativa estabelece uma proporção entre clientes e médicos cooperados, está visando a preservação da viabilidade econômico-financeira da cooperativa e, automaticamente, a possibilidade técnica da prestação do serviço, exatamente uma das exceções que a própria lei federal impõe para limitar o número de associados de uma cooperativa.

Enfim, reafirma a autora[30], a impossibilidade técnica excepcionada pelo art. 4º, I, da Lei nº 5.764/71, engloba a inviabilidade operacional decorrente do número excessivo de profissionais em determinada área de atuação, preservando-se a viabilidade econômico/financeira da entidade cooperativa.

Em precedente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade, no julgamento da Apelação Cível n º 384.905-6, proclamou:

---

29 "Art. 4º. O número mínimo de cooperados será de 20 (vinte) pessoas físicas e o máximo variável, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e ainda em função da demanda dos serviços, da possibilidade técnica de prestál-os, da viabilidade econômica e financeira da Cooperativa e principalmente pela vontade da Cooperativa de associar novos médicos".
§ 1º Para associar-se, o candidato apresentará os documentos necessários, definidos e exigidos pelo Conselho de Administração de acordo com normas estabelecidas em Regimento Interno e preencherá a proposta de admissão fornecida pela Cooperativa, assinando-a conjuntamente com o cooperado.
§ 2º O Conselho Técnico analisará a proposta e os documentos fornecidos pelo médico candidato, emitindo parecer sobre a documentação, para o Conselho Administrativo.
§ 3º O Conselho de Administração apreciará a proposta e os documentos do candidato, assim como o parecer do Conselho Técnico, e deliberará sobre a admissão, que, se aceita, efetivará com a subscrição da sua assinatura no Livro ou Ficha de Matrícula, juntamente com a do Presidente da Cooperativa.
§ 4º os critérios de desempate na admissão de novos cooperados serão estipulados no Edital de Convocação e/ou no Regimento Interno da Cooperativa.
§ 5º Será obrigatória a participação dos novos cooperados no curso ou treinamento inicial oferecido pela Cooperativa ou indicado por ela, para a finalização de seu processo de cooperação."

30 Op cit, pág.

> *"Obviamente, também não podemos nos esquecer de que, em tratando-se de "impedimentos de ordem técnica", temos que vislumbrar a possibilidade de continuidade dos fins econômicos da cooperativa, de tal forma que o número excessivo de sócios possa inviabilizar o seu andamento, ou seja, como muito bem lembra Marcelo Mauad:* ***"o número de sócios não pode ser tal que acarrete a impossibilidade técnica de prestação de serviços. Isso significa que a cooperativa somente admitirá novos parceiros quando lhe for economicamente interessante"****.*

Portanto, entendo que os critérios de restrição do acesso de novos associados estabelecidos estatutariamente devem servir para garantir a viabilidade técnico-financeira da sociedade, não podendo ultrapassar essa finalidade, sob pena de colidirem com a lei e se macularem pela nulidade.

Assim, os interessados em ingressar na cooperativa que não sejam admitidos em razão de critérios estabelecidos no estatuto social devem se opor a estes critérios quando entenderem que os mesmos se prestam exclusivamente à vedação de novos associados ou extrapolam a finalidade de garantir a viabilidade econômico-social da cooperativa, mas não podem reclamar contra o direito da mesma de estabelecê-los estatutariamente.

Na realidade, os critérios para admissão de novos sócios devem estar, creio eu, claramente expostos nos estatutos e devem ser compatíveis com os princípios constitucionais, assim como com as finalidades definidas pelo grupo.

Importante ressaltar que, quanto à viabilidade técnico-econômica da cooperativa em admitir, de forma irrestrita, novos associados, é de crer-se que *"somente uma perícia contábil poderia demonstrar a equação entre quantidade de cooperados por especialidades e viabilidade econômico-financeira da cooperativa para suportar referida situação, sem que determine ou cause sua inexequibilidade"*.

Bom de vê-se, a propósito, até mesmo a título de esclarecimentos, de exemplo e formatação de entendimento, que uma perícia judicial feita a pedido da UNIMED/BH, e disposta em processos análogos em tramitação

neste Estado, no ano de 2001, e entenda-se, em processos em que se discutia o princípio das portas abertas e a viabilidade da absorção de cerca de 7.860 médicos não-cooperados na região de abrangência daquela cooperativa, chegou-se à conclusão seguinte: vide:

> *".... para a abertura da UNIMED e ingresso desses médicos, haveria a necessidade de aumentar o quadro de pessoal, o custo de operalização, locação e logística das assembléias gerais dos cooperados, o investimento em recursos de informática, em novas instalações e os custos decorrentes desta ampliação, ou seja, aumento de todo aparato operacional e administrativo da cooperativa que causaria a impossibilidade de trabalho".*

E refere, ademais, a conclusão ali tomada de que, tomados por parâmetros o aumento dos custos operacionais daquela Cooperativa, considerando o aumento de 4.252 médicos cooperados para 12.000, o custo passaria de R$ 266.016,00/ANO para R$ 798.048,00/ANO. E adverte: *"que o cooperado não gera receita com a integralização das quotas, pois estas representam o capital social da cooperativa".*

A mesma conta foi realizada pela Cooperativa Médica interessada, consoante reverberado na audiência pública realizada a respeito dos fatos ensejadores do incidente e, delas, restou apurado a mesma e preocupante projeção, consoante informa o Dr. Marcos Aragão, (Diretor Financeiro).

Veja-se:

> *"A ANS exige e fiscaliza as operadoras quanto à sua viabilidade econômica-financeira por meio de diversos normativos e indicadores.*
> *Destaca-se, dentre eles, a Margem de Solvência, que é o principal indicador acompanhado pela Agência e traduz a solidez econômico-financeira da empresa.*
> *A preocupação do órgão regulamentar quanto a solidez das operadoras é altamente pertinente, afinal o cliente paga suas mensalidades e não sabe quando irá utilizar o serviço, assim, as operadoras de planos de saúde lidam com recursos de economia popular, ou seja, gerencia recursos dos seus clientes de forma a atender suas necessidades.*

Enfim, é de fundamental importância que o gerenciamento da empresa seja feito com a maior responsabilidade possível, afinal a cooperativa/operadora é uma sociedade de pessoas, de médicos, profissionais que dependem dela para seu sustento, desenvolve atividade de alta relevância pública, lidando com recursos de economia popular, e, ainda, dela dependem milhares de profissionais médicos, demais profissionais e respectivos familiares, milhares de clientes e sociedade em geral".

E demonstrando através de gráficos (fls.765/766), reafirma: "No gráfico referente a composição da margem de solvência (MS), observa-se que, em quase 40 anos de existência, a Unimed Fortaleza conseguiu compor um patrimônio líquido ajustado (PLA) de R$ 163,6 milhões. Até 2022, ou seja, em menos de 5 anos, terá que dobrar o seu patrimônio líquido ajustado (PLA). O desafio é gigantesco e exige muita responsabilidade e equilíbrio por parte da gestão.

Importante destacar que a base de cálculo da MS compreende os custos com assistência dos clientes e, nesse processo, o equilíbrio entre oferta e demanda é fundamental". No gráfico (fls. 765), aponta: observa-se que o custo médio gerado por cooperado é de R$ 29 mil, sendo o mesmo utilizado como referência para projeção do impacto da entrada de novos cooperados". E continua: "Uma forma mais simples de demonstrar o impacto da entrada livre de cooperados no custo da Operadora consiste na utilização da média da variação do crescimento no número de inscritos nos últimos editais para novos cooperados.

Assim, encontram-se 552 médicos, número bem inferior se for considerado que as universidades existentes no Estado do Ceará disponibilizam por ano 930 vagas e o Cremec informa, em seu site, que inscreve 1.207 médicos por ano.

O impacto demonstrado no slide ao lado (fls. 766) seria bem maior caso a tese das portas abertas venha a ser a vencedora, afinal, não concorreriam apenas profissionais do Ceará, como também profissionais formados nas inúmeras universidades no Brasil. E aponta: "Se Custo médio por médico é de R$ 29.082,77, tendo em vista 552 Médicos inscritos, o custo total mensal alcançaria a cifra de R$ 16.055.689,04."

O referido médico conclui a sua participação na citada audiência pública, afirmando que: *"conforme projeções realizadas e demonstradas (fls.*

767), as sobras, depois de realizado o confronto entre (lucros)/perdas(prejuízos), alcançariam um saldo negatívo de R$ 85.925, 333,00, enquanto a margem de solvência seria de menos R$ 50.224,526, no caso do ingresso indiscriminado de novos cooperados na Cooperativa, o que obrigaria a ANS, em face do prejuízo evidente, a intervir na empresa/cooperativa, porquanto estaria inviabilizada, com a consequente transferência de clientes para outra operadora e rateio dos prejuízos entre os cooperados". E acrescenta: *"Sabe-se que os prejuízos não ficarão restritos aos cooperados, visto o gigantesco impacto social no Ceará que seria provocado com a saída da UNIMED FORTALEZA desse mercado."*

Aliás, encontra-se provado nas mais diversas perícias de que tomei conhecimento ao estudar a matéria, com a responsabilidade e a profundidade que o caso merece, *"que os apontados prejuízos, refletiriam diretamente nas próprias vantagens adquiridas pelos cooperados, com impacto direto nos seus subsídios, seus filhos e pais, bem como nos mais diversos programas a eles direcionados, direitos que são pagos aos médicos cooperados e seus dependentes, os quais precisariam ser abolidos, dado, também, a sua repercussão econômico-financeiro em torno de alguns milhões de reais"*.

Retomando a sobredita perícia[31], *"o Sr. perito judicial aponta que a admissão de 7.860 médicos (2001) ocasionaria a inviabilidade econômico-financeira da cooperativa, em face do aumento de seus custos operacionais, os quais teriam de ser repassados no preço dos planos de saúde por ela operacionalizados. Isso tornaria, a Cooperativa de Trabalho Médico aludida não competitiva em relação aos operacionalizados pelos seus concorrentes, ou seja, haveria o aumento do custo sem o correspondente aumento da receita, advindo da venda de planos de saúde. O ingresso descontrolado, concluiu-se, resultaria em grave desequilíbrio social, uma vez que a entrada de novos cooperados sem o preenchimento do requisito de aprovação em concurso causaria descumprimento do Estatuto Social e desequilíbrio econômico pela elevação da demanda e do custo dos serviços médicos, necessidade do aumento de estrutura de controles devidos às despesas administrativas, aumento dos custos com os planos de saúde dos médicos subsidiados e falta de competitividade no*

31 Op. cit. Berenice Sofal Delgado

mercado." O fato, por importante, e ser semelhante ao cotejado na espécie, inviabilizaria, ao meu entender, a gestão da interessada/Unimed.

Ressalta-se que os abusos de forma e desvio de finalidade hão de ser condenados pelo Judiciário, mas a função precípua da cooperativa não pode ser anulada sob pena de inviabilizar seu objetivo, qual seja, a busca pelo exercício de uma atividade econômica que se destina a melhorar as condições de trabalho do cooperado, maximizando o seu interesse e o da coletividade.

Importante, ademais, nos apropriarmos dos estudos realizados por SOFAL[32], que, no contexto, explicita: *"a relação que existe, no momento em que há o crescimento econômico, entre o aumento do número de cooperados na sociedade cooperativa e a diminuição da participação dos cooperados nas reuniões, assembléias e órgãos de governança. Primeiro deve-se esclarecer que a participação e a cooperação de cada um dos associados têm um custo, uma vez que o cooperado deve dispor de sua autonomia para dar preferência aos interesses da cooperativa. Assim, o seu interesse sobrepor-se-á às vontades individuais dos cooperados, que devem respeitar o estatuto e as regras já impostas no jogo. Além disso, o cooperado, mesmo que não concorde e tenha convicções diferentes das decisões das assembléias, deverá acatá-las"*.

E digo, o modelo cooperativista tem, como características, a gestão democrática e o direito de cada cooperado a um voto, denominado "voto por cabeça", mas os incentivos existentes, nesta estrutura jurídica para a participação, apresentam altos custos econômicos e individuais, pois estão vinculados a um custo de oportunidade para o cooperado.

Conforme Ricardo Lorenzetti[33], *"o custo de oportunidade são os custos que temos que renunciar para conseguir algo em troca, ou seja, o tempo que investimos ou disponibilizamos para concretizarmos certas atividades que não tenham inicialmente uma receita salarial. Já os custos de transação são os obstáculos com os quais as partes se confrontam no momento da realização dos acordos privados, que podemos exemplificar como os custos de iniciativa, os*

32 Op. cit. Berenice Sofal Delgado

33 LORENZETTI, Ricardo Luís. Fundamentos do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 268.

custos administrativos e a própria transação que envolve renúncia de alguns direitos. Significa dizer que, para o cooperado escolher participar, é preciso que a escolha lhe dê o maior proveito possível, como, por exemplo, se, na assembléia, for debatida a distribuição das sobras de valor monetário do ano, o cooperado poderá ver isto como um incentivo, que terá, como conseqüência, a diminuição dos custos de oportunidade para sua participação".

De acordo com Zylberstajn[34], *"as cooperativas são uma organização dos direitos de propriedade acima da corporação, quando cada membro tem o poder de interferir no destino da empresa, não proporcionalmente à sua participação de capital ou como acionista, mas de acordo com o princípio de, a cada homem, um único voto".*

Conforme Renato Lopes[35], *"Por isso as assembléias estatutárias são centros de decisões imprescindíveis, em que cada associado tem direito à palavra e ao voto, além do direito de ser votado. Esse aspecto do cooperativismo, chamado de administração democrática, é um princípio universalizado pela ACI - Aliança Cooperativa Internacional, que só reconhece como cooperativa quem o pratica, e está como ordem na legislação brasileira, inscrito na lei nº 5.764/71 e no Código Civil, artigo 1.094, V".*

Ressalta-se, como visto, que as cooperativas e seus processos decisórios têm altos custos de transação, pois, para se valer dos princípios cooperativistas de democracia e igualdade, a cooperativa precisa legitimar suas decisões pelas assembléias gerais, ordinárias e reuniões dos conselhos. Essa legitimação envolve desde custos administrativos e custos de oportunidade até custos para a própria cooperativa.

No momento em que a cooperativa retarda decisões estratégicas administrativas importantes, tendo em vista que seu processo é lento e custoso, se torna ineficiente em um mercado competitivo, pois não há agilidade nas suas condutas empresariais, diminuindo sua frente no mercado e incrementando os custos para a própria cooperativa.

---

34 ZYLBERSZTAJN, D. Organização de cooperativas: desafios e tendências. Revista de Administração, v. 29, v. 3, 1994, p. 24

35 Op. Cit. p. 133

SOFAL[36], refletindo sobre o ponto que se aborda, diz:

> *"Normalmente, uma cooperativa que apresenta grande desenvolvimento e crescimento econômico tem aumento do número de cooperados no seu quadro, bem como da área geográfica de sua atuação.*
> *No entanto, conforme alguns estudos empíricos, feitos pelo professor Sigismundo Bialoskorski[37], esse aumento do número de associados pode prejudicar a participação social dos cooperados, o que certamente envolverá custos para a cooperativa, pois esta precisará desembolsar mais para incentivar os cooperados a participar, bem como o cooperado também terá custos mais altos para participar, seja pelo deslocamento, seja pelos custos de oportunidade.*
> *Ademais, com o acréscimo de membros, há também uma diminuição do poder de cada cooperado, pois há uma divisão maior nos direitos de decisões das assembléias, ou seja, como na cooperativa o voto se dá por cooperado e não pelo capital, esse voto não terá o mesmo valor relativo.*
> *Como exemplo dado por Bialoskorski[38]: "Uma cooperativa com 20 associados, o voto relativo de cada um deles apresenta 1/20 de poder de decisão, podendo haver uma maior expressão nas assembléias gerais, mas em uma cooperativa com 1000 associados, cada voto representa 1/1000 do poder de decisão e uma probabilidade de menor expressão e, uma assembléia geral".*

Dessa forma, podemos concluir que a cooperativa precisará dar mais incentivos para os cooperados participarem, pois, com a diminuição do poder relativo de voto e custos de oportunidade mais altos, os cooperadores gradativamente diminuirão sua participação na cooperativa, mitigando uma das principais características desta estrutura jurídica, a gestão democrática, segundo a qual as decisões não são tomadas levando em conta o número de quotas ou capital investido pelo sócio, mas a pessoa do cooperado.

36 Op. Cit.

37 NETO, Sigismundo Bialoskorski. Aspectos econômicos das cooperativas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 150.

38 Op. cit. p. 153.

Além disso, uma das consequências da falta de participação é o maior poder exercido pelos gestores, e, com isso, modificações das características intrínsecas das cooperativas e diminuição da transparência da gestão dos administradores.

N´outro trabalho empírico realizado pelo professor Sigismundo Bialoskorski[39], acerca do aumento do número de associados relacionados à diminuição do poder de participação, feito com cooperativas agrícolas do estado do Paraná, em 1999, restou comprovado que:

> *"há uma função inversamente proporcional entre participação e número de associados, resultado não apenas vinculado à questão do voto, conforme explicitado acima, mas ao aumento dos custos relativos de oportunidade pela maior área geográfica em que atua a cooperativa.*
> *Pode-se dizer que um dos grandes propósitos que diferenciam a cooperativa é a participação democrática e igualitária dos cooperados na sociedade. Se estamos tratando de uma situação em que a cooperativa perde ou em que haja uma diminuição da participação destes no processo decisório, desvirtua-se sua própria estrutura organizacional".*

De acordo com Renato Becho[40], *"A democracia econômica na cooperação é estrutural, antes de ser meramente administrativa. A cooperação permite que pessoas que estavam alheias ao mercado, ou que só dele participam como meros coadjuvantes, sem poder influir nos rumos sociais, passem a ser verdadeiros atores, partícipes e influenciadores das decisões. Ora, quanto maior a participação dos cooperados na realização do objeto social da cooperativa, maior será seu desenvolvimento econômico, que terá, como conseqüência, a necessidade de aumentar o controle e os benefícios para que o cooperado participe seja na produção de bens e serviços, seja nos processos decisórios.* ***Dessa maneira, percebe-se bem às claras que a interpretação do princípio das portas abertas deve ser feita de forma cuidadosa, pois, além dos critérios de***

39 Op. Cit. p. 155.

40 Op. Cit. p. 133.

capacidade técnica e de inviabilidade técnico-econômica, deve-se levar em consideração que o aumento do número de cooperados gera a diminuição de sua participação, aumentado o poder dos gestores e, consequentemente, diminuindo a transparência dos órgãos administradores".

Na audiência pública levada a cabo neste Sodalício no dia 07 de agosto deste ano, quando da sua apresentação, o estudioso da matéria, GUILHERME KRUEGER[41], esclareceu:

> *"Hoje, a carga contributiva da COFINS na UNIMED é mais influenciada por ser operadora, e muito menos pela prática de atos cooperativos. E também a Unimed, por ser operadora sujeita ao marco regulatório da saúde suplementar, não pode mais exigir fidelidade societária dos médicos que compõem seu quadro. A jurisprudência consolidada, após anos de controvérsia, trata os cooperados ambiquamente. Como sócios que são, mas também como rede assistencial da Unimed.*
> *Aliás esta orientação jurisprudencial definida pela Corte Especial do STJ tem impacto direto sobre o tema que estamos tratando aqui: será que as portas abertas da cooperativa não afeta a sua condição de operadora de saúde suplementar e vice-versa? Ou melhor, a aplicação do princípio das portas abertas à comunidade médica independe do ambiente regulatório em que a Unimed opera? Ou, ao contrário, a possibilidade técnica de prestação de serviços ao seu quadro de sócios fica condicionada por ser operadora na saúde suplementar? Se for condiconada, qual é esse condicionamento? E prosegue: Muito bem. Primeiro, devemos então nos perguntar se o dimensionamento da rede assistencial é uma questão só de lucratividade do negócio. Se esta hipótese fosse correta, então todas as entidades sem finalidade lucrativa tenderiam a liberar a sua rede assistencial a todo médico interessado. Mas, isso não acontece. As operadora sem regime de autogestão não franqueiam a sua rede assistencial. Esse comportamento permite a hipótese pela qual uma densidade*

41 KRUEGER, Guilherme. Brasileiro, advogado, graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, e em Economia Social pela Universidade Cândido Mendes. Especializado em gestão de cooperativas pela Universidade Católica de Brasília e mestre em Filosofia pela PPGF-UFRJ. Doutourando em Direito Penal pela PPGD-UERJ, autor ou coordenador de diversas obras voltadas ao tema "Cooperativas".

maior da rede assistencial não será sempre benéfica aos usuários dos planos de saúde ou à sustentabilidade da operadora no ambiente da saúde suplementar.

Essa hipótese é reforçada, quando examinamos o marco regulatório da saúde suplementar. A entrada franca na rede assistencial sequer é cogitada. Ao contrário, é permitida a toda operadora redimensionar sua rede assitencial em caso de retração de sua carteira de usuários.

Para que saibamos se esse comportamento das entidades de autogestão é lícita também para as coperativas, em que pesem as suas portas abertas, precisamos saber se uma adesão livre, mas moderada de médicos à Unimed protege de algum modo os seus usuários. Precisamos aqui lembrar que o negócio de uma operadora da saúde suplementar é a gestão dos riscos à saúde e o seu custeio compartilhado pela carteira. Proponho-me a argumentar que a resposta só pode ser positiva. Uma adesão moderada de médicos à Unimed é variável relevante para uma assistência sustentável aos usuários dos planos de saúde ofertados pela cooperativa no mercado.

Todo juiz que lida com litígios na área da saúde já conhece muito bem o que significa OPME. Agora, está na hora de lidarmos com mais uma sigla dessas, informa: SID (Supplier Induced Demand). Doravante vou chamar de demanda induzida ou indução à demanda. Porque ela é inescusável para se ponderar a aplicação do princípio das portas abertas no ambiente institucional da saúde suplementar.

Demanda induzida é um conceito bem conhecido da economia dos custos de transação e portanto relevante para uma análise econômica do direito. A moderação das portas abertas é um mecanismo de governança que minimiza custo de transação entre a Unimed e seus médicos cooperados. Este mecanismo tem que refletir o modo pelo qual a Unimed administra trocas econômicas por ela realizadas. Transação é tudo que envolver os serviços prestados pela Unimed aos usuários dos seus planos de saúde, e os custos incluem o monitoramento do desempenho de seus cooperados e a organização das atividades médicas. A origem dos custos de transação está relacionada ao comportamento dos indivíduos e também ao ambiente institucional. Com relação ao ambiente institucional da Unimed de portas abertas, existem três componentes principais: a

especificidade do ato médico (quero dizer as prerrogativas profissionais), a alta frequência das trocas econômicas envolvendo a medicina e a incerteza comportamental dos médicos. O primeiro componente é o principal e corresponde aos critérios utilizados para distinguir as transações (que na medicina atenderá pelo nome de procedimento e estão economicamente referenciadas por grau de complexidade e custos operacionais na Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos, editada pelo Conselho Federal de Medicina). Já a incerteza está relacionada ao risco moral na dimensão comportamental.

Em relação à dimensão comportamental, a demanda induzida tem como pressuposto a propensão ao oportunismo. Os médicos agem geralmente de maneira racional e moral, mas nem por isso a deontologia médica será capaz de neutralizar por completo possíveis comportamentos oportunistas. Os médicos podem recorrentemente se valer economicamente de informações assimétricas, muito frequentes nas transações que envolvem a medicina. Em particular, na medicina, muitas informações serão necessariamente assimétricas pela própria natureza das prerrogativas do profissional, dada a singularidade do ato médico.

Para a economia dos custos de transação, os médicos cooperados são agentes que podem induzir as outras partes envolvidas (a Unimed ou os usuários de seus planos de saúde) a decisões economicamente menos eficientes para si mesmas. Assim se comportam para privilegiarem seus próprios interesses. A demanda induzida é reconhecida como conceito básico para o estudo interdisciplinar da economia e medicina. Pela abordagem da economia dos custos de transação, os médicos lidam moral e racionamente com eventual diminuição da marginal da rentabilidade de sua atividade profissional como um incentivo à indução de demanda pelos seus próprios serviços médicos mais rentáveis.

Para a Unimed, qual o impacto potencial da indução da demanda na medicina, se suas portas permanecerem escancaradas por decisões judiciais proferidas sem uma prudente análise econômica do Direito? No índice de sinistralidade calculado pela ANS. O índice de sinistralidade mostra a relação entre despesas assistenciais e o total das receitas com operação de planos

de saúde. Uma carteira em que predomina o pré-pagamento (aquele em que o usuário paga uma mensalidade fixa e nada em complemento por procedimento realizado), a indução à demanda na medicina tenderá ao aumento das despesas assistenciais, mas as receitas operacionais permanecerão constantes.

A alta no índice de sinistralidade sempre é fator de reajuste das mensalidades acima da inflação. Portanto, as portas abertas da Unimed a todo e qualquer médico interessado pode afetar negativamente o usuário dos seus planos de saúde, porque provavelmente será induzido a realizar mais procedimentos do que o mínimo necessário ou a procedimentos de maior complexidade do que suas alternativas menos complexas. E depois, por isso, seu plano de saúde ficará mais caro.

Há outro problema que afeta a Unimed de um modo particular por ser cooperativa. O índice de sinistralidade é fator relevante para cálculos atuariais da ANS para provisões exigíveis nas reservas técnicas que a regulação do setor impõe ao patrimônio líquido no setor. Em outras palavras, uma tendência de alta na sinistralidade torna exigível uma intensificação do capital da Unimed. Aumenta o comprometimento patrimonial dos médicos cooperados com os riscos financeiros gerados pela própria indução à demanda.

Isso nos leva ao que considero o maior risco das portas arrombadas, em vez de prudentemente abertas, na Unimed. Porque essa porta é uma via de mão dupla. Do mesmo modo que se quer entrar na Unimed em revoada para se ter acesso aos seus usuários nos tempos de bonança e boa rentabilidade, se quer sair em revoada, quando a ANS manda a Unimed integralizar capital para as provisões técnicas que exige, o que significa menos dinheiro disponível para os cooperados. A questão fundamental a se considerar aqui é esta: a livre adesão da cooperativa tem um corolário necessário – a variabilidade de seu capital. Considerando que o objeto da Unimed não é a atividade médica, mas a gestão de riscos com a saúde da população, é imperativo para ela, por conta dos cálculos atuariais pertinentes, um manejo controlado e prudente sobre seu patrimônio líquido. Porque a ANS assim exige. Um descontrole sobre patrimônio líquido leva imediatamente a cooperativa a ser submetida à direção fiscal da Agência e à exigência de um plano de recuperação. Dosar a entrada de cooperados no quadro de uma Unimed é também exercer controle sobre o seu patrimônio líquido com

todos os imperativos por ser operadora na saúde suplementar. Se, pela regra da razão, a variabilidade do capital e o índice de sinistralidade são fatores determinantes pelo próprio marco regulatório da saúde suplementar para a sustentabilidade do negócio da Unimed, a questão então passa a ser como demonstrar que a Unimed está fechando arbitrariamente suas portas, ou se ela na verdade está impossibilitada tecnicamente de admitir mais médicos do que suas operações indicam prudente.

O problema aqui é de parametrização. Ou melhor, a ausência de uma parametrização na literatura em seu atual estado das artes não viabiliza algum tipo de scorecard, o que facilitaria enormemente o trabalho do julgador. Porque aí o trabalho dele estaria reduzido a uma verificação cartesiana do método aplicado.

Infelizmente, as Unimed não contam com essa facilidade. Aliás, sequer tinham até recentemente uma clareza argumentativa sobre a relação entre as portas abertas e a SID, sendo falta de clareza uma explicação que encontro para o histórico de decisões judiciais que simplesmente não consideraram seu caráter bifronte para ponderar o princípio das portas abertas no contexto de um mercado altamente regulado como é o a saúde suplementar.

O CADE aqui tem um papel importante na narrativa, porque uma maior autonomia do Direito Cooperativo poderia ter sido consagrada na jurisprudência, se a autarquia não tivesse se empenhado tanto em derrubar a unimilitância na Unimed. Pela unimilitância, o cooperado tinha que ser fiel à sua cooperativa e não podia se credenciar em outras operadoras da saúde suplementar sob pena de eliminação. Enquanto a unimilitância foi considerada lícita, a Unimed estimulou que todos os médicos atuantes em sua área de admissão se cooperassem. Porque isso, na prática, levava ao fechamento do mercado para outras operadoras. E o fechamento, ao proteger a rentabilidade do médico cooperado, era evidente desincentivo à demanda induzida. Mas, o CADE cumpriu seu papel republicano e defendeu a abertura do mercado à concorrência. Ao fazê-lo, relativizou fortemente a autonomia principiológica do Direito Cooperativo na Unimed e força a cooperativa a tratar seu quadro de sócios de modo mais analógico à rede credenciada das demais operadoras.

Ora, se a jurisprudência prestigiou a concorrência em desfavor da Unimed no caso da unimilitância, é uma contradição agora aplicar a principiologia do Direito Cooperativo de modo a comprometer negativamente sua competitividade no mercado. Quero dizer, associar a proibição da unimilitância com a abertura de suas portas sem qualquer funcionalidade operacional significa, na prática, tornar o modelo cooperativo menos compatível com o ambiente da saúde suplementar. Mesmo cooperativista entusiasta que sou, quero dizer que não encontro sentido de justiça em negar à Unimed a aplicação da regra da razão por ser operadora de planos de saúde.

É relevante para a Unimed que suas portas estejam sempre livre, mas moderadamente abertas aos médicos da comunidade cearense. Isso significa, o processo de admissão de novos cooperados precisa ser objetivo, impessoal e razoável. A relevância da Unimed para os seus usuários pressupõe por óbvio que ela seja tão eficiente quanto possível no que se refere à gestão da rede assistencial e no manejo prudente de seu patrimônio líquido. A eficiência na gestão de seus custos de transação no interesse dos consumidores é um relevante fator de consideração sobre a possibilidade técnica da cooperativa de prestar serviços aos seus cooperados num ambiente econômico regulado, como é a saúde suplementar. Estou convencido de que essa é a melhor oportunidade que este Incidente suscita: os precedentes no STJ até hoje enfrentam a matéria como barreira de entrada dos médicos na Unimed e privilegiam a livre admissão. Porém, é oportuno no presente incidente introduzir na jurisprudência o enfrentamento de tese sobre a possibilidade técnica da prestação de serviços que reflita o interesse dos usuários dos planos da Unimed numa gestão eficiente e um prudente dimensionamento da rede assistencial.

Aliás, o seu próprio posicionamento competitivo no mercado, evitando que as operadoras e seguradoras com finalidade lucrativa se consolidem como um oligopsônio a deprimir ainda mais os honorários de toda a classe médica atuante na saúde suplementar: este é o interesse transubjetivo que perpassa a classe médica por uma gestão competitiva da Unimed no mercado da saúde suplementar: o seu poder compensatório num mercado tendente à imperfeição por ação oligopsônica.

Há uma oportunidade ímpar que o TJCE profira decisão que enfrente isso: em que medida a moderação das portas abertas precisa considerar essas preocupações referentes ao ambiente

> *da saúde suplementar, altamente regulado? Repito, nenhum dos precedentes do STJ enfrentaram tese neste sentido até agora. Essa é a minha contribuição ao debate e agradeço a todos pela atenção dispensada*".

Por outro lado, em total confronto com a maioria dos estudiosos que neste processsado/incidente indicaram através de judiciosas informações, vêm os médicos interessados, por seu procurador (fls. 348/379), dessas razões discordar, ao afirmarem:

> "*Vê-se que não há nenhum permissivo legal que autorize a recusa de novos cooperados por eventual desequilíbrio econômico-financeiro, mas, ao reverso, a legislação concedeu diversas benesses de cunho econômico-financeira às cooperativas. Assim, eventual desequilíbrio econômico-financeiro é matéria que não guarda qualquer pertinência com o presente incidente, seja pelos motivos citados, seja devido ao fato da discussão aqui travada ser tão somente de direito, sob pena de ofensa ao Art. 976, inciso I, do NCPC.*
> *Entretanto, por amor ao debate, apenas a título elucidativo, far-se-ão algumas considerações.*
> *INEXISTE prejuízo econômico com a entrada de novos cooperados em cooperativas médicas, notadamente àquelas que ofertam plano de saúde, pois o custo delas se dá em virtude do número de clientes detentores do seu plano de saúde, uma vez que o número de consultas/procedimentos/cirurgias/exames realizados é diretamente proporcional à enfermidade deles. Ou seja, o custo independe do número de médicos cooperados, que não trazem consigo novos clientes, e também são capazes de gerar enfermidades nos já existentes. Assim, os honorários de cada médico de uma determinada especialidade vai variar de uma para outro médico, a depender da quantidade de atendimento de cada um, mas o valor total gasto pela cooperativa dependerá da utilização pelo cliente/paciente do plano de saúde.*
> *Mesmo que a quantidade de médicos cooperados duplique, triplique, quadruplique etc., a quantidade de consultas/procedimentos/cirurgias/exames permanecerá a mesma, porquanto o médico que se coopera somente atenderá clientes já conveniados da cooperativa médica que oferta plano de*

saúde e que seriam atendidos, de qualquer forma, por outro médico cooperado. Assim, em permanecendo inalterada a quantidade das consultas/procedimentos/cirurgias/exames, certo é que o custo também restará inalterado, inclusive dos honorários médicos, pois, como dito, o novo cooperado apenas atenderá o paciente que, de todo modo, seria atendido por outro cooperado, recebendo o valor que seria destinado a este último. O que ocorre com o ingresso de cooperados, portanto, é uma diluição de demanda entre os cooperados já existentes. É dizer, continua: se os clientes detentores de planos de saúde ofertados por cooperativas médicas ensejam uma demanda de 180 atendimentos por mês na especialidade dermatologia, por exemplo, o custo desse mês será "180 x valor da consulta de dermatologia" (180 vezes o valor da consulta de dermatologia).O custo será o mesmo independente do nùmero de médicos dermatologistas e foi dado de acordo com a utilização do plano de saúde pelo cliente/paciente. Um ou outro médico ganhará um pouco mais e um ou outro ganhará um pouco menos de acordo com o número de consultas realizadas por cada um dentre as 180 consultas solicitadas pelos clientes/pacientes naquele mês, mas o custo total para a cooperativa médica será de 180 consultas, independente de quantos médicos cooperados atendem na referida especialidade.

Assim, se um cliente necessita de uma consulta certamente será atendido por um médico cooperado e gerará custo para a cooperativa. Se tivermos 100 ou 500 médicos cooperados o custo será o mesmo, qual seja, o honorário pago ao médico que realizou a consulta, independente de que médico seja este. Em suma, o custo variável de acordo com a utilização do plano de saúde por seus detentores, e não de acordo com a quantidade de médicos disponíveis para atendê-los. Trata-se de raciocínio lógico de mais pura simplicidade, pois, como fartamente dito, o médico cooperado não recebe um valor fixo da cooperativa, mas tão somente os valores das consultas/procedimentos/cirurgias realizadas, que seriam, de qualquer forma, realizadas por outro cooperado. Tanto é verdade que o médico que se coopera e nada fizer nada receberá..."

Neste ponto, afirmo aos eminentes colegas e julgadores deste incidente, para que profiram julgamento justo e coerente com o que foi

apurado na instrução, que a repercussão econômico-financeira que se pretende aplicar ao caso não pode, em face dos inúmeros e colidentes pareceres e informações a mim chegados e postados aos autos, tratar-se como mero e simples cálculo aritimético. *Na verdade, na composição do custo econômico e financeiro de cooperativa que opera plano de saúde, como é o caso, não só deve abranger a relação médico/paciente, mas, e todavia, o impacto potencial da indução de demanda na medicina; o índice de sinistralidade; o poder de participação do sócio; a carga contributiva da cooperativa; os custos de oportunidade e os custos de transação dentre outros.*

Já no que toca ao tema "*Eventual indução de demanda*", em manifestação dizem os médicos/interessados por seu representante legal (audiência pública fls. 859/868) e memoriais de fls. 855/858:

> ***"Eventual indução de demanda realizada por já cooperados ou por pretensos cooperados quando da sua cooperação é matéria administrativa e pós-cooperação, sujeita à sanção disciplinar. Não pode uma cooperativa médica eximir-se do cumprimento de uma obrigação legal sob o argumento de que médicos realizam indução de demanda, devendo encontrar meios administrativos para fiscalizar e punir tais médicos, como faz, a título de exemplo, a Unimed Fortaleza, que tem em seu estatuto disposições que penalizam o médico indutor, podendo até mesmo excluí-lo do quadro de cooperados, como já fez recentemente".***

Na perspectiva, é de compreender-se a desdúvidas que a "*indução de demanda*" é, em última análise, ingrediente forte a se trabalhar na saúde econômico-financeira da cooperativa e que não pode ser desprezada, até mesmo quando da convocação de novos médicos à seus quadros, tal como informado nestes autos por especialistas da matéria.

O Senhor Vice-Presidente do Sistema OCB, Carlos Frederico Joffily Bezerra, na sobredita audiência pública, refletindo sobre a matéria, em resumo de fls. 811/812, pontuou, em síntese:

> *"Apresentou-se também relato sobre a "atividade econômica" desenvolvida pelas cooperativas que estão subordinadas às Agências Reguladoras", sendo apresentadas as exigências da ANS perante uma cooperativa do ramo saúde que seja operadora de planos de saúde (OPS), que em seus normativos exige que a operadora, mesmo que constituída sob a forma de cooperativa, tenha sempre que preservar sua* ***viabilidade econômica e continuidade****, mediante um Patrimônio Líquido ajustado e adequado à complexidade de sua atividade econômica, e na eventualidade de não cumprir estes normativos será feita uma* ***chamada capital,*** *com ingresso de dinheiro novo, colocado pelo sócio (cooperado), tudo com o intúito de jamais deixar os clientes da operadora desassistidos.*
>
> *Por fim fez um relato do entendimento do Sistema OCB acerca do cumprimento dos princípios cooperativos onde é livre a admissão de cooperados nas cooperativas, respeitadas as regras estatutárias de ingresso de novos cooperados, dentre elas a da possibilidade técnica da prestação de serviços, desde que não se comprometa a viabilidade econômica e a continuidade da cooperativa, em especial daquelas sujeitas a fiscalização e controle das agências reguladoras governamentais. E termina: Assim sendo analisando a lei das cooperativas e a lei dos planos de saúde, a forma de admissão de novos cooperados prevista no Estatuto Social da Unimed Fortaleza está em consonância com as legislações retro mencionadas".*

Já o Dr. Valdetário Andrade Monteiro, consoante extraído do áudio da audiência pública multicitada, representando a Comissão Estadual de Saúde Suplementar da OAB/CE e Comissão Nacional de Saúde Suplementar do Conselho Federal da OAB, sustenta, em síntese, que, *"além de critérios técnicos, que também podem vir fundados em aspectos econômicos e financeiros, é mais do que necessário uma aferição técnica do profissional que pretende ingressar na cooperativa, considerando as variadas especificidades, responsabilidade que não pode ser repassada ao usuário do plano de saúde e, ainda, que a admissão de novos cooperados deve levar em conta a demanda de serviços procurados pelos usuários, de acordo com as especialidades que registram maior demanda".*

Por sua vez, o Sr. José Cláudio Ribeiro Oliveira, representante da Unimed Brasil, habilitado como amigo da Corte neste processado, na supracitada audiência pública, em resumo, acrescentou: *"ser adequada interpretação da Lei nº 5.764/1971, em especial do art. 4º, I, no sentido de que a expressão 'salvo impossibilidade ténica de prestação de serviços', regula a relação entre Cooperativa e Cooperado, não entre Cooperado e usuário do plano de saúde, e que é legal e legítmo o estabelecimento de critérios, entre eles a qualificação do profissonal interessado, que restrinja o ingresso de novos associados na cooperativa, sob pena de torná-la inviável economicamente."*

Nesse sentido, reafirmo o entendimento, que a melhor exegese a ser aplicada à espécie, é aquela de que o requisito de prévia seleção pública de prova e títulos deve relacionar-se intrínseca e tecnicamente com a "impossibilidade técnica" revelada no artigo 4º, inciso I, da Lei nº 5.764/71, não havendo, afirme-se, por consequência, previsão no estatuto em evidência, por clara conclusão, *"qualquer ilegalidade e escopo de vedar, seja por qual via for, o acesso ilimitado de novos médicos cooperados nos seus quadros"*.

Significa, portanto, isso afirmar, no mínimo, conforme já revelado n´outros julgados desta Corte de Justiça "*que todo e qualquer médico profissional*" deve comprovar a sua capacitação técnica para o ingresso na cooperativa, de acordo com os requisitos estabelecidos no seu Estatuto, mas também a "*participação e aprovação em processo seletivo, para efeito de admissão na cooperativa, tal qual vem fazendo a tempo*".

Digo, com efeito, que pelo princípio da adesão livre e voluntária, ninguém pode ser obrigado a ingressar numa cooperativa, porém, o pretendente à filiação não pode se eximir de aderir ao seu sistema, às suas normas internas, e de cooperar com os demais associados para a consecução dos fins propostos pela própria cooperativa.

Registre-se, por oportuno, que afastar a referida norma estatutária da interessada/cooperativa médica, além da já mencionada contrariedade ao princípio da não intervenção estatal na autonomia deliberativa das cooperativas, nos termos do artigo 5º, XVIII, da Constituição Federal, igualmente afrontaria o princípio da isonomia, na medida em que o acolhimento de tese contrária implicaria desvalidar o processo seletivo

dos outros tantos médicos cooperados que se submeteram aos certames instituídos pela própria cooperativa médica sem qualquer restrição.

Aliás, a previsão estatutária de submissão a certame público para novos cooperados não pressupõe, necessariamente, restrição arbitrária e discriminatória, em afronta ao princípio da porta-aberta, pois se trata, a espécie, em verdade, de uma cooperativa médica, voltada ao atendimento ao público, não sendo legítimo concluir que essa exigência tem como único escopo limitar o ingresso de novos cooperados nos seus quadros.

Tem-se a propósito, que concurso público é sinal de preservação da equidade e da igualdade. Veja-se, pois, a sua definição nas lições de José dos Santos Carvalho Filho e Hely Lopes Meireles, citados, respectivamente:

> *"Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos".*[42]
>
> *"Posto à disposição da administração pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo propiciar igual oportunidade a todos interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou do emprego, consoante determina o art. 37,II, CF".*[43]

E mais: Jamille Coutinho Costa, no trabalho "A discriminação nos concursos públicos brasileiros"[44], estudiosa que é do tema, a respeito, diz:

---

42 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 7a ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris(2001), p. 472.

43 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 24a ed. atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade et alli. São Paulo: Malheiros(1999), p. 387.

44 (Sitio: COSTA, Jamille Coutinho. A discriminação nos concursos públicos brasileiros. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 01 ago. 2016. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56391&seo=1>. Acesso em: 06 set. 2017.)

"O concurso público é um instituto previsto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que tem como função primordial garantir uma Administração Pública transparente, que respeita princípios como a impessoalidade, igualdade e a isonomia.

Busca a seleção dos candidatos mais capacitados a ingressar nos cargos e empregos públicos, e com isso garantir uma maior eficiência nos serviços públicos. ...

Já Moreira Neto, conceitua tal instituto tendo por base o princípio da igualdade e isonomia: O concurso, formalmente, considerado, vem a ser procedimento administrativo declarativo de habilitação à investidura, que obedece a um edital ao qual se vinculam todos os atos posteriores. O edital não poderá criar outras condições que não as que se encontram em lei.[45]

Em relação ao histórico desse instituto Luciana Costa Aglantzakis explica que:

O espírito histórico da necessidade do Concurso Público para provimento de cargos e funções públicas tem suas raízes históricas no século XIX, quando a Administração Pública, ou melhor, construção ou reconstrução da Administração Pública , constitui um outro momento fundamental do programa constitucional revolucionário. Tratava-se de uma reação contra a hereditariedade e venalidade dos cargos públicos e da afirmação do princípio de acesso aos cargos públicos segundo a capacidade dos indivíduos e sem outra distinção que não fossem as virtudes e talentos do indivíduo. Esse momento histórico é retratado pelo constitucionalista português CANOTILHO(1999:119), acrescentando, ainda, que os códigos civis Napoleônico(1807) e o Português(1867) "afirmavam desde já o princípio da igualdade nas relações jurídicas civis e que essa tendência seria fundamental para influenciar a legislação administrativa".[46]

…

45 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 10. ed. Rio de Janeiro, Forense 1994, p202-203

46 AGLANTZAKIS, Luciana Costa. Breves conceitos sobre o instituto do Concurso Público no Direito Brasileiro. In:Âmbito Jurídico, Rio Grande, VI, n. 15, nov 2003. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4092>. Acesso em jan 2016.

Termina por afirmar, após refletir sobre a inclusão do tema nas mais diversas Constituições do Brasil:

> *"... Observa-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe tal instituto de forma sólida, exigindo para a maioria dos cargos e empregos públicos. Dirley da Cunha Júnior explica que, diferente da Constituição Federal de 1967 que exigia o concurso público apenas para a primeira investidura em cargo público, a Constituição Federal de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos e empregos públicos, independentemente de ser a primeira investidura ou não, ressalvada, neste caso, a hipótese de promoção na mesma carreira."*[47]
>
> ...

Ainda de acordo com Dirley da Cunha Júnior:

> *A exigência do concurso público para o acesso aos cargos e empregos públicos revestem-se de caráter ético e moralizador, e visa assegurar a igualdade, impessoalidade e o mérito dos candidatos. Dessa forma, tal exigência só pode ser excepcionada nas restritas hipóteses previstas pela própria Constituição Federal, uma vez que, segundo a súmula nº 685, do STF, "É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido."*[48]

E quando avança para conceituar a discriminação como fator impeditivo da operacionalização do Estado no âmbito dos concursos públicos, arremata:

> *"O Ministério do Trabalho através do Programa Nacional de Direitos Humanos e da OIT editou "Brasil, gênero e raça",*

47 CUNHA JÚNIOR, Dirley, Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 287.

48 Op. Cit

trazendo o conceito de discriminação. "Discriminação é o nome que se dá para a conduta (ação ou omissão) que viola direito das pessoas com base em critérios injustificados e injustos tais como raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e outros." (PDH, p. 14) Cândido de Figueiredo traz que discriminar é discernir, ou seja, discriminar as razões de uma teoria, separar, diferenciar, discriminar o bem e o mal."[49]

Ainda no que tange ao conceito:

Sem pertinência lógica ou preconceituosamente, para eliminar o indivíduo ou o objeto analisado mediante mero raciocínio subjetivo; distinção feita entre pessoas ou objetos, eliminando uns em benefício de outros, para satisfazer anseios e idéias preconcebidas; separação através de tirocínio sem balizamento objetivo; discernimento feito por alguém, que leva o indivíduo ou objeto distinguido à situação de inferioridade, embora, antes, fossem uns e outros iguais ou semelhantes entre si.[50]

De acordo com Maria Helena Diniz, no que tange ao aspecto jurídico de discriminação:

Na linguagem jurídica em geral, indica: a) ato de separar uma coisa que está unida a outra; b)separação entre coisas, cargos, serviços, funções ou encargos iguais, similares ou diferentes; c) definição; d) limitação decorrente da individuação da coisa; e)classificação de algo, fazendo as devidas especificações; f) tratamento preferencial de alguém, prejudicando outrem. (DINIZ, 1998, p. 191)

É necessário ressaltar que a doutrina faz uma classificação no que tange a discriminação, que para alguns pode ser classificada em quatro categorias, quais sejam, negativa, positiva, direta e indireta.

Octavio Bueno e Estêvão Mallet trazem essa classificação:

A direta se verifica quando o empregador adota diretriz não admitir mulheres a seu serviço. A indireta se configura quando certos setores da economia se mostram estruturados de forma a mais favorecer o empregado dos homens. A discriminação negativa é a que resulta na recusa do trabalho de mulheres; a

49 FIGUEIREDO, Cândido de. Dicionário da língua portuguesa. 10ª ed. Rio de Janeiro: W. M. Jackson, INC., vol. I, 1947.

50 LIMA, Francisco Gérson Marque de. Igualdade de tratamento nas relações de trabalho. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 33

positiva é a que as favorece, como ocorreria com companhia de aviação que só admitisse aeromoças a seu serviço. (MAGANO; MALLET, 1993, p. 166)

Alice Monteiro de Barros classifica em direta e indireta: "A direta pressupõe um tratamento desigual fundado em razões proibidas, enquanto a discriminação indireta traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos.[51]"

De acordo com Christiani Marques:

A discriminação direta está relacionada com a adoção de disposições gerais que estabelecem distinções em critérios proibidos; a indireta, com situações, regulamentações aparentemente imperceptíveis, mas que criam desigualdades em relação a pessoas que têm a mesma característica. Por isso, é preciso identificar o chamado fator de discrímen, já que a legislação não impossibilita a discriminação, 'deverá existir correlação lógica entre o fator da desequiparação e a distinção estabelecida.[52]' (MARQUES, 2002, p.184)

Celso Antônio Bandeira de Mello traz que:

A razão é simples, Aquilo que se há de procurar para saber se o cânone da igualdade sofrerá ou não ofensa em dada hipótese, não é o fator de desigualação[...] Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem como ela é o seguinte: se o tratamento diverso outorgado a uns for 'justificável' por existir uma 'correlação lógica' entre o 'fator discrímen' tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são incompatíveis com o princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante - se nem ao menos houvesse um fator de discrímen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.[53]

51 BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: A mulher e o direito do trabalho. São Paulo: Ltr, 1995, p. 138

52 MARQUES, Christiani. O contrato de trabalho e a discriminação estética. São Paulo: Ltr, 2002, p. 184.

53 MELLO, Celso Antônio Bandeira Mello. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003, p. 14.

> *Portanto, analisado os fatores de discrímen tem-se que dentro do contexto dos certames públicos, a análise se a descriminação se configura possível conforme previsão da Constituição Federal, a exemplo de porcentagem de cargos só para portadores de deficiência, negros, concursos públicos só para um determinado sexo, para determinada religião e dentre outros fatores.*
> *O que é necessário não é apenas analisar a condição em si, mas a congruência lógica que permita que a descriminação cumpra o comando do princípio da igualdade".*

Já Celso Castro, no trabalho "Administração Pública e o Risco da Arbitrariedade"[54], aponta conclusivamente:

> *"A proposta é discutir-se parâmetros novos que possam nortear a discricionariedade na administração pública sem convertê-la em arbítrio.*
> *Ao final de contas todo o poder é apenas e tão somente um instrumento de cumprimento do dever.*
> *O atuar da administração desenvolve-se numa teia processual complexa onde a ponderação das ações é fundamental para evitar-se o arbítrio.*
> *A cidadania somente se conquista quando o Estado é parceiro e não adversário".*

Na apelação cível nº 1.081.432-1, de Curitiba-TJ/PR, em voto unânime, o Desembargador Expedito Reis do Amaral, assim pronunciou:

> "**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE PRECEITO COMINATÓRIO. REQUERIMENTO PARA INGRESSO DE MÉDICO NO QUADRO DE COOPERADOS. NEGATIVA DE ADESÃO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. APROVAÇÃO EM SELEÇÃO PÚBLICA. PREVISÃO ESTATUTÁRIA. EXIGÊNCIA LEGÍTIMA. AUSÊNCIA DE ARBITRARIEDADE E DISCRIMINAÇÃO. MEIO**

54 Site: http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/5930/5665),

> **IDÔNEO PARA SELEÇÃO DE CANDIDATOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LIVRE ADESÃO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – IUJ 1.059.777-8/01 E IUJ 995.078-3/01. RECURSO NÃO PROVIDO".**

E mais:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (UNIMED) – REQUISITOS PARA ADMISSÃO DE NOVOS COOPERADOS – APROVAÇÃO PRÉVIA EM SELEÇÃO PÚBLICA DE PROVAS E TÍTULOS – PREVISÃO ESTATUTÁRIA – INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE. - Inexiste ilegalidade em condicionar o ingresso de novos cooperados à prévia aprovação em seleção pública de provas e títulos, vez que tal exigência, por constar expressamente no Estatuto Social da UNIMED, está em consonância com o disposto no art. 29, da Lei 5.764/71. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.140744-5/001, da relatoria do DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA, datada de 20/09/2016)

Deve ser observado, ademais, que nem mesmo a formação universitária e o registro perante o CRM, como entendeu o Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por sua Seção Cível, nos Incidentes de Unificação de Jurisprudência de nº 1.059.777-8/01 e de nº 995078-2/01, datados de 16 de outubro de 2015 e 17 de junho de 2016, respectivamente, têm o condão de afastar a exigência do profissional, que almeja o ingresso na Cooperativa, submeter-se a prévio concurso de admissão, pois, como explicitado acima, se a Cooperativa pode ser responsabilizada por atos de seus cooperados, não há como deslegitimar os requisitos que adota estatutariamente para a admissão de novos cooperados em seu quadro, por meio de prévia seleção pública. *Verbis*:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS. UNIMED. ACESSO DE MÉDICOS COOPERADOS. PREVISÃO ESTATUTÁRIA DE SUBMISSÃO A CERTAME PÚBLICO DO PROFISSIONAL QUE PRETENDE INGRESSAR EM SEU QUADRO. LEGALIDADE. EXIGÊNCIA QUE NÃO VIOLA À REGRA DE LIVRE ADESÃO DO ART. 4º, I DA LEI 6.764/71. IMPOSSIBILIDADE DE EMISSÃO DE JUÍZO DE VALOR PELO PODER JUDICIÁRIO SOBRE O MÉRITO DA DELIBERAÇÃO ESTATUTÁRIA, PELO VIÉS DA IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA, SOB PENA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA NÃO INTERVENÇÃO ESTATAL NA AUTONOMIA DELIBERATIVA DAS COOPERATIVAS E DA ISONOMIA. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO ACOLHIDO MAIORIA, SEM EDIÇÃO DE SÚMULA.[55]

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. SITUAÇÃO FÁTICA. PRETENSÃO DA AUTORA DE INGRESSO NOS QUADROS DE COOPERADOS DA REQUERIDA. COOPERATIVA MÉDICA. NEGATIVA DE ADESÃO. NECESSIDADE DE APROVAÇÃO EM SELEÇÃO PÚBLICA. PREVISÃO ESTATUTÁRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LIVRE ADESÃO. DIVERG~ENCIA JURISPRUDENCIAL. PREVISÃO ESTATUTÁRIA DE SELEÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA DO CANDIDATO A INGRESSO NA COOPERATIVA. PREVISÃO LEGAL. ARTIGO 4º, INCISO I C/C ARTIGO 29, § 1º DA LEI Nº 5.764 DE 1971. INSTITUIÇÃO DE CERTAME PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ARBITRARIEDADE E DISCRIMINAÇÃO.. MEIO IDÔNEO PARA SELEÇÃO DE CANDIDATOS. PRINCÍPIO DA LIVRE ADESÃO. OFENSA. NÃO VERIFICADA. PRECEDENTES.

55 (TJPR - Seção Cível - IUJ - 1059777-8/01 - Curitiba - Rel.: Gamaliel Seme Scaff - Rel. Desig. p/ o Acórdão: Ângela Khury - Por maioria - - J. 16.10.2015)

> 1. A Lei, na medida em que prevê a possibilidade de negativa de adesão do candidato a ingresso na cooperativa, em caso de impossibilidade técnica de prestação do serviço, permite a esta que promova a aferição da referida capacidade daqueles que desejam ingresso em seus quadros de cooperado.
> 2. Trata-se de seleção pública de meio idôneo para seleção de candidatos, adotado inclusive pela Administração Pública desde o advento da Constituição da República de 1988, não havendo que se falar em arbitrariedade e discriminação da medida adotada pela Cooperativa Médica em seu estatuto social.
> 3. Não incumbe ao Poder Judiciário emitir juízo sobre o mérito da deliberação estatutária, pelo viés da impossibilidade técnica, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da não intervenção estatal na autonomia deliberativa das cooperativas e da isonomia *TJPR – Seção Cível – IUJ – 1059777-8/01 – Curitiba – Rel. Ângela Khury).
> 4. Incidente de Uniformização de Jurisprudência conhecido e acolhido para reconhecer a possibilidade de exigência de aprovação em seleção pública, com previsão no Estatuto Social da Cooperativa Médica, como pré-requisito para ingresso de novos médicos em seus quadros de cooperados, inexistindo afronta ao princípio da "porta aberta", insculpido no art. 4º, inciso I, da Lei nº 5.764 de dezembro de 1971, sem edição de súmula, por maioria de votos.[56]

Anote-se, ainda, que a interessada Cooperativa Médica, promove periodicamente edital de seleção de novos cooperados para a especialidade dos interessados/médicos, conforme informações colhidas na audiência pública sobredita (fls. 763) e no sitio da interessada cooperativa médica, não se conseguindo, afirme-se a bem da verdade, o preenchimento de todas as vagas disponibilizadas. Vejam-se o quadro:

56 (TJPR - Seção Cível - IUJ - 995078-3/01 - Curitiba - Rel.: Lenice Bodstein - Por maioria - - J. 17.06.2016)

2015			2016		
Especialidade	**Vagas**	**Inscritos**	**Especialidade**	**Vagas**	**Inscritos**
Alergologia imun.	5	0	Anestesiologia	30	32
Anestesiologia	30	28	Cancerologia	5	0
Cardiologia ped.	5	0	Cirurgia geral	5	40
Cancerologia	5	3	Cirurgia plástica	5	5
Cancerologia ped.	5	2	Cirurgia pediátrica	5	0
Cirurgia Geral	5	49	Clínica médica	15	7
Clínica Médica	30	3	Dermatologia	5	21
Endocrinologia Met.	5	2	Endocrinologia e metaboligia	5	2
Endocrinologia Ped.	5	0	Endocrinologia pediátrica	5	0
Gastroenterologia	5	0	Gastroenterologia pediátrica	5	0
Ginecologia e obst	30	22	Genética médica	5	1
Hematologia	5	2	Geriatria	5	0
Medicina intensiva	20	0	Ginecologia e obstetrícia	15	12
Neurologia ped.	5	0	Hematologia e Hemoterapia	5	1
Otorinolaringologia	5	19	Hematologia pediátrica	5	1
Pediatria	30	7	Infectologia pediátrica	5	1
Psiquiatria	5	3	Medicina de emergência	5	0
Psiquiatria infantil	5	0	Medicina intensiva	15	2
Reumatologia	5	1	Medicina intensiva pediátrica	5	0
Reumatologia ped.	5	0	Neurologia pediátrica	5	0
Terapia intensiva ped.	10	1	Oftalmologia	5	1
			Ortopedia e traumatologia	5	25
			Otorinolaringologia	5	39
			Patologia	10	25
			Pediatria	5	0
			Pneumologia	15	8
			Psiquiatria	5	1
			Radiologia e diagnóstico	5	2
			Rediologia intervencionista	40	59
			Reumatologia	5	2
			Reumatologia pediátrica	5	0
				5	0

Verificou-se que dos dois certames realizados nos anos de 2015/2016, por exemplo, de 485 vagas ofertadas, apenas 229 foram preenchidas, **o que demonstra que a Cooperativa/interessada não vem agindo com má-fé, arbitrariedade ou discriminação contra o conjunto de médicos deste Estado.**

De ressaltar, ademais, que nos anos de 2014 foram ofertadas 232 vagas, sendo 10 vagas para Alergia e Imunologia; 10 para Cardiologia; 10 para Cardiologia Pediátrica; 10 para Endocrinologia e Metabologia; 10

Endocrinologia Pediátrica; 10 para Gastroenterolgia Pediátrica; 10 vagas para Gastroenterolgia; 10 para Geriatria; 10 vagas para Hematolgia e Hemoterapia; 10 vagas para Hematologia e Hemoterapia Pediátrica; 10 vagas para Infectogia; 10 vegas para Infectologia Pediátrica; **10 vagas para Neurologia; 10 vagas para Neurologia Pediátrica**; 10 vagas para Nutrologia; 20 vagas para Pediatria; 10 vagas para Pneumologia; 10 vagas para Pneumologia Pediátrica; 10 vagas para Reumatologia; 10 vagas para Reumatologia Pediátrica e 2 vagas para Cirurgia Cardiovascular, perfazendo um total de 232 vagas. (Edital de 25 de junho de 2014)[57].

Para o ano de 2013, por sua vez, foram ofertadas 105 vagas, dentre as quais, destacam-se: 1 vaga para acupuntura; 1 vaga para Alergia e Imunologia; 24 vagas para Anestesiologia; 1 vaga para Angiologia; 1 vaga para Cancerologia Cirúrgica; 1 vaga para Cancerologia Clínica; 2 vagas para Cardiologia; 1 vaga para Ciruguia Cardiovascular; **12 Vagas para Cirurgia Geral**; 2 vagas para Cirurguia Vascular; 2 vagas para Clínica Médica; 1 vaga para Dermatologia; 2 vagas para Endocrinologia e Metabologia; 2 vagas para Endoscopia Digestiva; 1 vaga para Fisiatria; 2 vagas para Gastroenterologia; 1 vaga para Geneticista; 1 vaga para Geriatria; 8 vagas para Ginecologia e Obstetrícia; 1 vaga para Hematologia; 1 vaga para Infectologia; 1 vaga para Mastologia; 1 vaga para Medicina do Trabalho; 1 vaga para Medicina Esportiva; 1 vaga para Medicina Fetal; 1 vaga para Nefrologia; **2 vagas para Neurocirurgia; 1 vaga para Neurologia; 1 vaga para Neurologia Pediátrica**; 1 vaga para Nutrologia (Nut.Pare/Enteral); 2 vagas para Oftalmologia; 6 vagas para Ortopedia e Traumatologia; 4 vagas para Otorinaringologia; 2 vagas para Pediatria; 1 vaga para Pneumologia; 1 vaga para Proctologia; 1 vaga para Psiquiatria; 1 vaga para Radiologia e Diagnóstico por Imagem; 1 vaga para Radioterapia; 1 vaga para Reumatologia; 1 vaga para Sexologia; 1 vaga para Terapia Intensiva e 4 vagas para Urologia[58].

57 https://m.imgur.com/ji6x4Me

58 Edital de 13 de Setembro de 2013; http://xa.vimg.com/kg/groups/21949886/549377521/name/Novo+edital+Unimed.pdf

Em todos esses certames públicos, repito, ao que se sabe, não se conseguiu provê-los na sua totalidade. (Estou grifando)

Aliás, no AgRg no RESP nº 1.452.510 – PR, o eminente Ministro ANTÔNIO CARLOS FERREIRA, ao desprover o recurso respectivo, no final do seu voto, deixou assentado:

> *"Além disso, registre-se que o tribunal local deixou assentado que o recorrido sequer participou do processo seletivo deflagrado pelo Edital nº 001/2011, realizado após o ajuizamento da presente demanda, de se reconhecer que o autor não atende aos requisitos de admissão, sendo justificada a recusa de sua filiação ao quadro de médicos cooperados da apelante (fls. 333). Assim, como posta a matéria, o acolhimento da pretensão recursal esbarra no enunciado da Súmula nº 7/STJ ante a necessidade de rever as circunstância fáticas e as provas dos autos" (fls. 418/421)"*

Ademais, colhe-se do *site* do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que pelo enunciado da Súmula nº 7/STJ, inúmeros processos em que se discute a espécie não são acolhidos por impeditivo da súmula referida.

Ainda no que toca ao princípio constitucional da isonomia que deve alentar a oportuna introdução do critério "seleção" na inclusão de novos cooperados nos quadros da Cooperativa Médica interessada, importante, citar, a propósito, trecho do voto proferido pela Desembargadora LENICE BODSTEIN, do E. Tribunal de Justiça do Paraná, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 995078-3/01, análogo, *verbis:*

> *"... Retorne às definições relativas às restrições impostas no estatuto da cooperativa, na consideração de violação do Princípio da Isonomia.*
> *Parte-se daí o não reconhecimento de mácula predominante a isonomia dos já cooperados e a restrição isonômica para o ingresso.*
> *O conceito de isonomia consiste na dispensa de tratamento igualitário, àqueles que se encontram em situação igual, e tratamento específico (ou desigual) àqueles que apresentem necessidades diferenciadas.*

No caso em tela, o conceito se aplica na mesma medida em que, não se pode conceder à postulante, o ingresso aos quadros de cooperados, se esta apresenta condição de igualdade com os demais postulantes, bem como com os profissionais já aderidos, tendo estes se submetido às regras de ingresso previstas no estatuto da cooperativa".

Neste mesmo voto, acrescenta a eminente Desembargadora:

"Não se vislumbra ofensa aos dispositivos da Lei nº 5.764 de 1971.
Pelo contrário, a disposição constante do estatuto social da cooperativa está de acordo com o que determina a lei, já que prevê a negativa de adesão à cooperativa em caso de impossibilidade técnica de prestação de serviços.
Vale lembrar que se trata de uma cooperativa de médicos, profissionais que lidam diariamente com o principal bem tutelado pelo Direito pátrio, indisponível e inalienável: A vida. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, caput: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (…) sublinhei)
Sendo assim, natural que a Cooperativa se certifique de que os profissionais cadastrados em seus quadros possuem plena capacidade técnica de prestar serviços de qualidade aos beneficiárioas de seus serviços.
Neste pensar, faz-se uma analogia, diz a eminente Desembargadora, com o Exame do Conselho Regional de Medicina do estado de São Paulo – CREMESP, cuja aprovação é pré-requisito para o exercício da profissão, bem como ingresso na residência médica no estado de São Paulo.
Em que pese a natureza diversa das instituições, termina, note-se que a essência de ambos os certames é a mesma: visa averiguar a capacidade técnica dos profissionais para o exercício adequado da profissão".

A bem da Justiça, bom esclarecer, que a exigência de certame público para ingresso nos quadros do CREMESP, de novos médicos, encontra-

se suspensa por força de decisão judicial exarada pela Justiça Federal daquele Estado. Mesmo assim, conforme informa a notícia retirada do *site* https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=4470, 90% dos médicos recém-formados de São Paulo e demais estados aderiram, voluntariamente, ao exame.

Aliás, o CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO CEARÁ, em resposta ao Ofício de nº 208/2017, desta Relatoria, como que concordando com a isonomia que se deve emprestar à inclusão de novos médicos na Cooperativa Médica interessada, assim manifestou:

> *"Em resposta ao Ofício nº 208/2017 – GAB/DIVFOECCR subscrito por Vossa Execelência, protocolizado neste Conselho sob o nº 5314/2017, referente ao Incidente de Resolução de Demandas repetitivas nº 8515565-07.2016.8.06.0000, Ação originária nº 0621834-12.2016.8.06.0000 – Agravo de Instrumento, salientamos, após deliberação da Diretoria do Conselho, a existência do Estatuto Social da Unimed, devidamente registrado na Junta Comercial do Estado do Ceará e mais especificamente o Parágrafo 10 do art. 3º, o qual estabelece que é obrigatória a aprovação em processo seletivo para o efeito de admissão na Cooperativa, "a fim de garantir a igualdade de oportunidades entre os interessados, a primazia pela escolha técnica, a melhor qualidade profissional dos novos cooperados, a excelência na prestação de serviços aos clientes e a transparência e equidade na admissão, conforme cópia anexa. Aproveitamos a oportunidade para cumprimentá-lo. Atenciosamente. Cons. Ivan de Araújo Moura Fé. Presidente do CREMEC".*

No que tange à limitação de vagas por especialidade, bom explicitar-se *"se os certames são realizados periodicamente, como visto, o ingresso paulatino de novos profissionais também se insere no âmbito da "impossibilidade técnica" do artigo 4º, I, da Lei 5.764/71, não podendo o Poder Judiciário aferir os critérios técnicos e a capacidade da Cooperativa na administração de seus atos interna corporis".*

E foi, creio, forte nesse argumento, que o eminente Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, no REsp 1.452.510, proclamou expressamente que, *"não se*

submetendo o profissional à participação de processo seletivo, revela-se lídima a recusa de filiação ao quadro de médicos cooperados, pois o deferimento da pretensão "estaria a ferir de morte o princípio constitucional da isonomia, em conta de que, ultima ratio, ele seria colocado a frente de outros colegas que se submeteram ao teste seletivo, conquistado por aí uma colocação prioritária e fora das vias regulares do concurso".

Ao tratar do princípio do livre acesso ou das portas abertas, voltemos ao pano de fundo da questão, José Carlos Bastos Silva Filho[59] leciona:

> *"As cooperativas são organizações voluntárias, abertas a todas as pessoas aptas a utilizar os seus serviços e assumir as responsabilidades como membros, sem discriminações de sexo, sociais, raciais, políticas e religiosas (OCB, 2007).*

Rui Namorado esclarece que:

> *a adesão livre a uma sociedade cooperativa deve ser voluntária e aberta a todas as pessoas que passam a fazer uso dos seus serviços e aceitem as responsabilidades inerentes à sua filiação; não deve haver restrições artificiais nem discriminações sociais, políticas, raciais ou religiosas. (apud BECHO, 1999, p. 103)*
> *Tal princípio é considerado a principal característica e um dos pilares de diferenciação entre as cooperativas e as demais sociedades. Encontra-se positivado na legislação brasileira (Lei nº 5.764/71, art. 4º, I, II e IX)*
> *A própria Constituição em seu art. 5º, inc. XX reforça a idéia asseverando que "ninguém pode ser compelido a associar-se ou permanecer associado".*
> *Esses dispositivos da Constituição Federal e da Lei 5764/71 não permitem o surgimento de uma cooperativa que venha a obrigar, de forma direta ou indireta, a participação como membro de quem quer que seja. Com isso quer o sistema cooperativo que dele só participem as pessoas realmente interessadas nos serviços que possam ser por ele oferecidos. (BECHO, 1999, p. 103)*

59 FILHO, José Carlos Bastos Silva. A-Cooperativas populares: alternativa de trabalho e renda. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=1055.16756>.

> *E, por seu turno, os referidos incisos II e IX da Lei nº 5.764/71 fazem alusão ao segundo viés do princípio em comento, que é o da "porta livre para a associação" ou da "abertura das cooperativas". Significar dizer que, a princípio, todos aqueles (sem limite de sócios) que estejam dispostos a aceitar certas condições e a desenvolver os objetivos da cooperativa,* ***desde que atendam aos requisitos estabelecidos em estatuto*** *[xix], podem nela ingressar como cooperados.*
> *O objetivo do princípio da adesão livre e voluntária é o de que cada vez um maior número de pessoas possa usufruir dos benefícios advindos do cooperativismo, unindo gente de todo "tipo", independente de raça, religião, sexo ou outro critério discriminatório, como diz a OCB." (Grifei)*

Por sua vez, Fabrício José Klein[60]:

> *"Acerca do preceito da adesão voluntária e livre, também conhecido como princípio das portas abertas, importa destacar que, assim como o ingresso é livre, também são livres a permanência e a saída da sociedade, conforme o interesse do cooperado. Esse princípio serve, igualmente, para vedar qualquer discriminação de ordem política, social, racial, religiosa e de orientação sexual, em estrita correspondência com o art. 5º, caput, da Constituição Federal.*
> ***De outra banda, a legislação nacional resguarda a aceitação dos associados à possibilidade técnica de prestação de serviços. Por exemplo: uma cooperativa de trabalho formada por vinte profissionais e com apenas um funcionário não poderá aceitar indistintamente o ingresso de novos cooperados, sob pena de impossibilidade técnica de bem tornar a efeito seus préstimos.***
> ***Por fim, vale ressalvar que o ingresso pode depender de determinada qualificação, em adequação ao objeto da sociedade. Como exemplo, não é viável o ingresso de um advogado numa cooperativa de serviços médicos, tampouco o ingresso de um médico numa cooperativa de digitadores****." (Grifei)*

60 KLEIN, Fabrício José. Sociedades cooperativas no Código Civil. Disponível em: <http://www.kleineassociados.com/img/noticias/c60d19291f82838b7363bfb09debec35.pdf>.

Reginaldo Ferreira Lima[61], afirma: "A voluntariedade na adesão tem sido equivocadamente interpretada como sendo uma norma vinculada de direitos subjetivos de pessoas que desejarem ingressar na cooperativa. Como se a cooperativa tivesse a porta escancarada, quando na verdade o princípio da porta aberta deve ser compreendido apenas no seu aspecto jurídico estrutural, isto é, a lei institui uma modalidade específica para abrigar a movimentação dos sócios em uma sociedade que se caracteriza pela dinamicidade no registro de entrada e saída de sócios".

…....

(…) a ilimitação de associados esbarra na exceção legal da impossibilidade técnica de prestação de serviços. Assim, como existência de um número muito grande de associados pode tornar inóqua a prestação de serviço (a esses mesmos sócios, na forma do caput do art. 4º), a admissão sempre será limitada. Por exemplo, não adianta uma cooperativa de trabalho abrigar, desde logo, um número muito grande de sócios, eis que, suas atividades iniciais se restringirão a poucos contratos celebrados em nome destes, e os resultados (irrelevantes nessa fase) o que poderá servir de desestímulo e tornar inóqua a iniciativa.

Na verdade a cláusula livre adesão só pode ser entendida irrestritamente nos casos das cooperativas de consumo, eis que nas demais trata-se de uma condição relativa, que não pode ser invocada de forma ampla. Neste sentido, assim de pronunciou o professor Walmor France (…): É dificil apresentar este princípio puramente cooperativo, salvo tornando-o obrigatório somente para as cooperativas de consumo. Não há negar que o principio da livre adesão ou de porta aberta poderá ter aplicação irrestrita nas cooperativas de produção, com capacidade técnica limitada. Interpretando a livre adesão não em termos absolutos, mas relativos, já acentuava EDMOND CUNS, que só assim seria ele extensivo às demais sociedades cooperativas.[62]

61 LIMA, Reginaldo Ferreira, Direito Cooperativo Tributário, Comentários à Lei das Sociedades Cooperativas, São Paulo, Max Limonade, 1977, p. 88.

62 LIMA, Reginaldo Ferreira, op citi., pp. 80/81

Berenice Sofal Delgado[63] com a precisão de estudiosa do assunto, já referida inúmeras vezes neste voto, defende:

> *[…]*
> ***Deve-se considerar que as cooperativas são sociedades que precisam de uma organização para poderem realizar seu objetivo, qual seja, a prestação de serviços para os cooperados; portanto, não se pode permitir que seja dada uma leitura rígida e inconsequente do principio das portas abertas, sob pena de inviabilizar a cooperativa como um todo.***
> *Impende, assim, notar que, ao ressalvar limitação para o princípio, a lei cooperativista harmoniza as regras do livre acesso e do número ilimitado de associados com a promoção da defesa dos interesses econômicos e sociais dos cooperados, posto que a adesão descontrolada pode resultar na inviabilidade técnico-econômica da cooperativa e, por conseqüência, na impossibilidade de se obter um resultado (tanto econômico, como social) satisfatório para os próprios cooperados.*
> *Em outras palavras, o que a lei veda é a proibição ou a limitação imotivada do acesso de novos associados, inclusive sob a forma de fixação estatutária do número máximo de adesões, autorizando, no entanto, a restrição do acesso de novos associados como medida necessária para resguardar a viabilidade técnico-econômica e possibilitando a promoção dos interesses econômicos e sociais dos cooperados.*
> *Integram-se, dessa maneira, os princípios e as regras que regem o cooperativismo, e mantém-se a coerência jurídico-legal.*
> *[…]*
> *O primeiro critério que precisa ser analisado e considerado pelos Julgadores, no momento de proferir sua decisão, é se a admissão indiscriminada de cooperados terá repercussões no funcionamento e na viabilidade econômico-financeira da cooperativa, Ora, o acréscimo de cooperados tem repercussões operacionais e econômicas na estrutura da cooperativa, sendo necessário levar em consideração as consequências desse aumento no que se refere às assembléias, ao controle das operações e à prestação de serviços.*

63 (DELGADO, Berenice Sofal. As Cooperativas Médicas e o Princípio das Portas Abertas: Limitação Sob A Análise Econômica Do Direito. Paradigma (Ribeirão Preto) , v. 19, p. 129-150, 2010)

[…]

Dessa forma, quando o estatuto da UNIMED ou de outra cooperativa estabelece uma proporção entre clientes e médicos cooperados, está visando a preservar a viabilidade econômico-financeira da cooperativa e, automaticamente, a possibilidade técnica da prestação do serviço, exatamente uma das exceções que a própria lei federal impõe para limitar o número de associados de uma cooperativa.

Enfim, a impossibilidade técnica excepcionada pelo art. 4º, I, da Lei nº 5.764/71, engloba a inviabilidade operacional decorrente do número excessivo de profissionais em determinada área de atuação, preservando-se a viabilidade econômico-financeira da entidade cooperativa.

[…]

Importante ressaltar que, quanto à viabilidade técnico-econômica da cooperativa em admitir, de forma irrestrita, novos associados, somente uma perícia contábil poderia demonstrar a equação entre quantidade de cooperados por especialidades e viabilidade econômico-financeira da cooperativa para suportar referida situação, sem que determine ou cause sua inexequibilidade.[…]

O ingresso descontrolado resultaria em grave desequilíbrio social, uma vez que a entrada de novos cooperados sem o preenchimento do requisito de aprovação em concurso causaria descumprimento do Estatuto Social e desequilíbrio econômico pela elevação da demanda e do custo dos serviços médicos, necessidade do aumento de estrutura de controles devidos às despesas administrativas, aumento dos custos com os planos de saúde dos médicos subsidiados e falta de competitividade no mercado.

Ressalta-se que os abusos de forma e desvio de finalidade hão de ser condenados pelo Judiciário, mas a função precípua da cooperativa não pode ser anulada sob pena de inviabilizar seu objetivo, qual seja, a busca pelo exercício de uma atividade econômica que se destina a melhorar as condições de trabalho do cooperado, maximizando o seu interesse e o da coletividade.

[…]

Dessa forma, passamos pelo critério de capacidade técnica e de inviabilidade técnico-econômica, para a análise do qual consideramos perícia elaborada por perito judicial,

> ***que afirma que a admissão de apenas um médico na cooperativa não causaria desequilíbrio, mas o ingresso de 8.000 profissionais acarretaria desequilíbrio social e econômico.***
> ***Ocorreria desequilíbrio social pelo descumprimento do estatuto e desequilíbrio econômico, pois haveria o aumento da estrutura de controles devido às despesas administrativas, ao aumento de custos com os planos de saúde dos médicos, à elevação da demanda e dos custos dos serviços médicos prestados em virtude do envelhecimento da carteira de clientes e à falta de competitividade no mercado, o que inviabilizaria a própria cooperativa.*** *(Grifei)*

No mesmo sentido, LUIZ CARLOS DELORME PRADO[64], avocando a obrigatoriedade da regulação governamental a saúde suplementar, através de parecer técnico solicitado pela UNIMED-BH, que se via às portas com o mesmo problema ora vivenciado pela interessada Cooperativa Médica, a respeito do tema, manifestou:

> *"[...]*
> *A saúde suplementar no Brasil, formada por planos e seguros de saúde foi regulamentada em 1988, através da Lei 9.656/98 e da Medida Provisória 1665. Além disso, faz parte desse marco legal a Lei 9.961/98, que criou a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar e definiu suas responsabilidades regulatórias. Dessa forma, foi regulado no país os critérios de entrada, funcionamento e saída de operadores de planos de saúde e seguros de saúde, sendo também regulados os padrões de cobertura e da natureza da assistência a saúde. Todos esses planos são obrigatoriamente registrados na ANS que deve fiscalizar se esses planos seguem as normas de assistência previstas na regulação.*
> *No caso brasileiro, acrescenta o parecerista, como mostra interessante artigo de Carvalho Cecilio, 2007, a luta pela regulação dos serviços de saúde no Brasil alinhou o interesse*

64 PRADO, Luiz Carlos Delorme. Cooperativa de Trabalho Médico, Concorrência e Condições Técnicas para a Admissão de Novos Associados. Parecer Técnico. Rio de Janeiro. 04.04.2014.

dos profissionais de saúde, principalmente dos médicos, com dos usuários dos Planos de Saúde no sentido de que todos os segmentos do setor privado de serviços de saúde fossem regulados por uma agência reguladora (no caso a ANS) vinculada ao Ministério da Saúde e, não ao Ministério da Fazenda, como anteriormente ocorria com o Seguro Saúde, que era regulado pela SUSEP.

Com esse marco regulatório, as cooperativas tornaram-se apenas uma das formas de organização da oferta de serviços de saúde no Brasil, e empresas, cooperativas e seguradoras concorrem para oferecer seus serviços em um mercado que a literatura especializada caracteriza como de concorrência oligopolista.

Nesse sentido, a UNIMED-BH tem de manter elevada qualidade de gestão para poder sobreviver nesse mercado. O mercado de Planos e Seguros de Saúde é marcado pelo fechamento de muitas operadoras que não conseguiram manter-se competitivas. Mesmo entre cooperativas de serviços médicos, que tal como a representada, são associadas è Rede Unimed, não é comum problemas econômicos, sendo que, por ocasião em que esse parecer está sendo redigido (fevereiro 2014), a ANS anunciou a suspensão compulsória da venda de vários planos de empresa dessa rede.

Nesse cenário, seria uma temeridade impor a Unimed-BH a total abertura de sua rede de associados independentemente de racionalidade econômica e, sem consideração para questões da legislação brasileira de defesa da concorrência. Tal postura colocaria em risco o equilíbrio econômico-financeiro da operadora e levaria a perda do valor da marca, que foi conquistado pelo trabalho cooperativa para concorrer com a UNIMED-BH, ou ainda, obterem credenciamento de Planos de Saúde concorrentes dessa cooperativa. Não há qualquer discriminação ou impedimento ao trabalho desses profissionais. Da mesma forma que não se cogita, por absurdo, obrigar um Plano de Saúde privado a credenciar compulsoriamente um profissional de medicina, não se pode obrigar uma cooperativa médica, sujeita às mesmas pressões e concorrência, à agir diferente. Portanto, o estabelecimento de critérios isonômicos, para o ingresso no quadro de associados da cooperativa, tal qual o previsto no art. 10, item e do Estatuto Social da Unimed-BH, que exige a prévia aprovação em seleção pública de provas e

> *títulos, é explicitamente permitido pela Lei nº 5.764/71, art. 4º, inciso I".*

Por sua vez, Paulo Gonçalves Lins Vieira e Andrea Mattos Pinheiro[65] destacam a relativização do princípio da adesão livre, *verbis*:

> *"Observa-se que apesar do princípio da adesão livre e voluntária (princípio das portas abertas) a cooperativa pode negar o pedido de ingresso de novos sócios baseando-se em critérios técnicos, objetivos, legais e estatutários. Para tanto, é indispensável a elaboração de um estudo de viabilidade econômica e social. As unidades estaduais da OCB podem auxiliar o grupo na elaboração de tal estudo.*
> *O critério para admissão de novos membros nunca poderá ser discriminatório. O empreendimento cooperativo é regido pela indiscriminação de qualquer espécie, isto significa dizer que a cooperativa não pode utilizar como critério para admissão de novos sócios a questões política, social, religiosa ou de qualquer gênero. A sociedade é constituída para o exercício de uma atividade econômica e não em torno de uma instituição religiosa, política ou social."*

Sobre o tema, confira-se a doutrina de Leda Maria Messias da Silva, *in* Princípios do Cooperativismo:

> "Evidentemente que a livre adesão não enseja um princípio absoluto, pois é impensável que em todas as cooperativas possa ser associada toda e qualquer pessoa, eis que a associação ajustada pressupõe uma harmonia de interesses para com o objetivo e às necessidades de seu funcionamento. Podem, portanto, ser estipuladas características próprias para a associação, sem quebra do princípio da livre adesão, como acontece nas cooperativas agrícolas, de habitação, de serviços e de consumo.
> (...)

65 VIEIRA, Paulo Gonçalves Lins. PINHEIRO, Andrea Mattos. Cooperativismo passo a passo. Disponível em: http://www.bahiacooperativo.coop.br/files/posts/7/doc/cooperativismo-passo-a-passo.pdf

> A livre adesão não pode ser entendida no sentido de que todas as cooperativas sejam obrigadas a aceitar todas as solicitações de adesão. Os candidatos a cooperados não têm um direito subjetivo à admissão, nem as cooperativas estão jungidas a um dever jurídico de aceitarem todas as candidaturas. O que esse princípio traceja é a proscrição de 'restrições artificiais', para que se admitam 'restrições não artificiais', resultando que, toda e qualquer restrição à entrada de novos associados deva resultar da própria natureza da cooperativa, e não de um juízo arbirtrário de rejeição de candidaturas, este sim discriminatório e violador do princípio maior da isonomia.
> (...)
> Obviamente, também não podemos nos esquecer de que, em tratando-se de 'impedimentos de ordem técnica', temos que vislumbrar a possibilidade de continuidade dos fins econômicos da cooperativa, de tal forma que o número excessivo de sócios possa inviabilizar o seu andamento, ou seja, como muito bem lembra Marcelo Mauad: 'o número de sócios não pode ser tal que acarrete a impossibilidade técnica de prestação de serviços. Isso significa que a cooperativa somente admitirá novos parceiros quando lhe for economicamente interessante.
> Na realidade, os critérios para admissão de novos sócios devem estar claramente expostos nos estatutos e devem ser compatíveis 'com os objetivos de produção, comercialização ou prestação de serviços almejados e decididos pelo grupo, e também coerentes com a missão econômica, política e social da associação'. Portanto, tudo deve estar bem transparente nos estatutos da sociedade cooperativa, a fim de que esta realmente atenda ao Princípio em comento."

Entendo, portanto, de tudo quanto visto, que à luz da legislação posta e do próprio regramento interno da interessada Cooperativa Médica, da doutrina unânime dos mais diversos estudiosos da matéria retirada; da inexistência, na espécie, de discriminação ou arbitrariedade, basta, e é suficiente para tanto, repiso, a análise das condições de mercado realizada de forma judiciosa por seus dirigentes, observados os parâmetros legais para tanto, tal como vem procedendo criteriosamente a Interessada mencionada.

Neste contexto, como sabido, tem-se que em um ambiente concorrencial onde a incerteza é elemento de real preponderância, - o erro grave é penalizado com forte perda financeira. Daí o cuidado que o gestor deve ter no cenário trabalhado da cooperativa, principalmente nas condições em a qual deve atuar. Vejam-se, a exemplo, o fechamento de inúmeras cooperativas do gênero e a punição de tantas outras pela ANS – Agência Nacional de Saúde, exatamente por questões de gestão. Tal fato encontra-se comprovado e explicitado em audiência públicia, conforme visto às fls. 754, quando restou informado à Corte que: *"Segundo informações do IBGE, das cinco maiores cidades do Brasil, São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador, Brasília, e Fortaleza, apenas Fortaleza se encontra regular perante a ANS, enquando que as UNIMEDs de São Paulo, Salvador, e Brasília, foram liquidadas e a UNIMED/RIO, encontra-se sob regime de direção fiscal"*.

A comprovar tal perspectiva, cito ementa de julgado do Tribunal de Justiça do estado de Sergipe, em julgamento exarado pelo Des. Roberto Eugênio da Fonseca Porto, datado de 15 de agosto de 2017, *verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE EDITAL C/COBRIGAÇÃO DE FAZER – EDITAL QUE LIMITA O NÚMERO DE PROFISSIONAIS EM SEUS QUADROS – POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE COOPERADOS - INVIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS – INTELIGÊNCIA DO ART. 4º, I, DA LEI Nº 5764/71 – SUBMISSÃO À LEI Nº 9656/98 QUE REGULAMENTA AS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE – MISTO DE COOPERATIVA E PLANO DE SAÚDE - RÍGIDO CONTROLE DE RECEITA E DESPESA, SOB PENA DE ALIENAÇÃO DE CARTEIRA – JULGAMENTO IMPROCEDENTE DO PLEITO AUTORAL - PROVIMENTO DO RECURSO - DECISÃO UNÂNIME. - É possível limitar o número de cooperados, quando houver impossibilidade técnica de prestação de serviços. Tal impossibilidade técnica engloba, nos termos das disposições constantes no estatuto da recorrente, inviabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços, com a entrada de novos cooperados, além das necessidades do mercado. - Com o advento da Lei nº 9.656/98, que trata das Operadoras de Plano de Saúde, a recorrente

> deixou de ser somente uma Cooperativa de Médicos, e passou a ser também Operadora de Planos de Saúde, que exige um rígido sistema de controle de receitas e gastos. Caso contrário, a operadora poderá ter sua carteira alienada - Mitigação do "princípio das portas abertas", em virtude da natureza "sui generis" da recorrente, um misto de cooperativa e plano de saúde. (Apelação Cível nº 201700718185 nº único0014369-82.2007.8.25.0001 - 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): Roberto Eugenio da Fonseca Porto - Julgado em 15/08/2017)

Trago, ainda, trecho do supra mencionado acórdão, a fim de demonstrar o raciocínio ali desenvolvido, o qual confirma, repito, o ponto de vista deste julgador, na espécie, o seguinte:

> *"(...)*
> *A livre adesão não pode ser entendida no sentido de que as cooperativas sejam obrigadas a aceitar todas as solicitações de adesão. Os candidatos a cooperados não têm um direito subjetivo à admissão, nem as cooperativas estão jungidas a um dever jurídico de aceitarem todas as candidatura. O que esse princípio traceja é a prescrição de "restrições artificiais", para que se admitam "restrições não artificiais", resultando que, toda e qualquer restrição à entrada de novos associados deva resultar da própria natureza da cooperativa, e não de um juízo arbitrário de rejeição de candidaturas, este sim discriminatório e violador do princípio maior da isonomia.*
> *(…)*
> *Obviamente, não podemos nos esquecer de que, em tratando-se de "impedimentos de ordem técnica", temos que vislumbrar a possibilidade de continuidade dos fins econômicos da cooperativa, de tal forma que o número excessivo de sócios possa inviabilizar o seu andamento, ou seja, como muito bem lembra Marcelo Mauad: "o número de sócios não pode ser tal que acarrete a impossibilidade técnica de prestação de serviços. Isso significa que a cooperativa somente admitirá novos parceiros quando lhe for economicamente interessante".*
> E ainda acrescenta o supra citado Desembargador: "*Ademais, é necessário frisar que, como advento da Lei n° 9.656/98, que*

trata das Operadoras de Plano de Saúde, a recorrente deixou de ser somente uma Cooperativa de Médicos, e passou a ser também Operadora de Planos de Saúde. Fato esse que causa uma elevação das responsabilidades dos administradores da cooperativa, sendo estes não apenas diretores, mas também membros dos órgãos deliberativos e fiscais, além de gerentes e gestores.

Dessa forma, está a apelante, também, submetida à lei 9.656/98, a qual regulamenta as Operadoras de Plano de Saúde e exige um rígido sistema de controle de receitas e gastos. Caso contrário, a operadora poderá ter sua carteira alienada, conforme dispõe o artigo 24, da citada lei:

"Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso.

...

§ 5o A ANS promoverá, no prazo máximo de noventa dias, a alienação da carteira das operadoras de planos privados de assistência à saúde, no caso de não surtirem efeito as medidas por ela determinadas para sanar as irregularidades ou nas situações que impliquem risco para os consumidores participantes da carteira."

Sendo assim, o "princípio das portas abertas", inerente às cooperativas, deve ser interpretado com ressalvas, perante a lide em análise, em virtude da natureza "sui generis" da recorrente, um misto de cooperativa e plano de saúde.

Considerando, portanto, que o ingresso de sócios de forma indeliberada poderá ocasionar um desequilíbrio financeiro da demandada, e até mesmo a alienação da sua carteira, entendo que deve ser dado provimento ao presente recurso, para reformar a decisão fustigada que anulou o processo seletivo, determinando o ingresso dos apelados nos quadros da apelante como cooperados."

A jurisprudência pátria ao tratar da matéria em tablado, nos últimos anos, tem assim deliberado:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COOPERATIVA MÉDICA. REQUISITOS PARA INGRESSO NO QUADRO COOPERATIVO. CONTROVÉRSIA DIRIMIDA À LUZ DO ESTATUTO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULAS Nº 5 E 7 DO STJ. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. PREMISSA NÃO ASSENTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA Nº 284 DO STF. FATO NOVO. NÃO OCORRÊNCIA. VERDADEIRA INOVAÇÃO RECURSAL.
> SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA.
> 1. O agravante não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado para negar provimento ao agravo em recurso especial.
> 2. Para infirmar a conclusão a que chegou o Tribunal de base quanto à legalidade da prova de seleção feita pela UNIMED e na obrigatoriedade de realização de curso interno, seria inevitável o revolvimento do arcabouço fático-probatório carreado aos autos e do próprio estatuto da cooperativa, procedimento sabidamente inviável na instância especial, por força do óbice das Súmulas nºs 5 e 7 desta Corte.
> **3. Ao se cotejarem as razões de decidir do acórdão recorrido com os fundamentos aventados no recurso especial, conclui-se que o agravante, naquele recurso, deixou de impugnar, especificamente, os fundamentos do aresto guerreado, qual seja, de que não haveria abuso de direito porque ele não foi aprovado no concurso público realizado pela UNIMED, bem como deixou de realizar o curso de cooperativismo. Desse modo, verifica-se que as razões recursais apresentadas encontram-se dissociadas daquilo que ficou decidido pelo Tribunal de origem, o que caracteriza deficiência na fundamentação do recurso especial e atrai, por analogia, o óbice da Súmula nº 284 do STF.**

4. Na espécie, o fato de ter o agravante sido aprovado no processo seletivo e de ter concluído sua participação no curso de cooperativismo, isso no ano de 2014, não se trata de fato novo, nos termos do art. 462 do CPC/73, mas sim de inovação recursal que não pode ser aqui conhecida, sob pena de supressão de instância.
5. Agravo interno não provido.[66]

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - DEMANDA POSTULANDO A ADMISSÃO DO INGRESSO DE NOVOS MÉDICOS NOS QUADROS DA COOPERATIVA – DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA SOCIEDADE COOPERATIVA/RÉ.
1. Violação do artigo 535 do CPC não configurada. Acórdão hostilizado que enfrentou, de modo fundamentado, todos os aspectos essenciais à resolução da lide. 2. Incidência da Súmula 83/STJ. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, à luz do princípio da adesão livre e voluntária que rege o sistema cooperativista (artigo 4º, inciso I, da Lei 5.764/71), não pode ser vedado o ingresso, nos quadros da sociedade cooperativa, àqueles que preencham as condições estatutárias, revelando-se ilimitado o número de associáveis, **salvo demonstrada a impossibilidade técnica de prestação de serviços.** Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa"[67] (Grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (UNIMED). INGRESSO DE NOVO ASSOCIADO. RECUSA. EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO EM PROCESSO SELETIVO E REALIZAÇÃO DE CURSO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PORTA ABERTA (LIVRE ADESÃO).

66 (AgInt nos EDcl no AREsp 633.289/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016)

67 (STJ - AgRg no AREsp 425.272/CE, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 15.04.2014)

1. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade sendo, em regra, ilimitado o número de associados, **salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços** (arts. 4º, I, e 29 da Lei nº 5.764/1971).
Incidência do princípio da livre adesão voluntária.
2. Pelo princípio da porta-aberta, consectário do princípio da livre adesão, não podem existir restrições arbitrárias e discriminatórias à livre entrada de novo membro na cooperativa, devendo a regra limitativa da impossibilidade técnica de prestação de serviços ser interpretada segundo a natureza da sociedade cooperativa.
3. Agravo regimental não provido.[68] (Grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. INGRESSO NO QUADRO. RECUSA PELA EXIGÊNCIA DE CURSO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LIVRE ADESÃO. ART. 4º, I, DA LEI N. 5.764/71. IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA NÃO CARACTERIZADA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.
1. O Tribunal de Justiça, ao analisar a situação fática dos autos, concluiu pela ilegalidade da exigência do aludido certificado de conclusão de curso ministrado pela Unimed Campinas.
2. Nesse contexto, a jurisprudência desta Corte destaca o princípio da "porta-aberta", consectário do princípio da livre adesão, segundo o qual não podem existir restrições arbitrárias e discriminatórias à livre entrada de novos membros nas cooperativas.
3. Dessa forma, a conclusão alcançada pelo acórdão recorrido está alinhada à jurisprudência deste Tribunal Superior, incidindo, no ponto, a Súmula 83/STJ.
4. Agravo regimental improvido.[69]

68 (AgRg nos EDcl no AREsp 667.072/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016)

69 (AgRg no AREsp 767.502/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 04/02/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.COOPERATIVA. LIBERDADE DE INGRESSO. NOVO PROFISSIONAL. LIMITAÇÕES RESTRITAS À CAPACIDADE TÉCNICA DO PROFISSIONAL QUE PLEITEIA ADMISSÃO.

1. Consoante o disposto no art. 4º, inciso I, da Lei 5.764/1971, as cooperativas caracterizam-se, dentre outras peculiaridades, por serem sociedades de "adesão voluntária, com número ilimitado de associados, **salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços".**

2. As restrições admitidas pelo art. 29, § 1º, da Lei das Cooperativas, não podem sobrepujar o princípio da livre adesão, reproduzido tanto no caput do próprio dispositivo legal quanto no art. 4º, inciso I, referido.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.[70] (Grifei)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (UNIMED). INGRESSO DE NOVO ASSOCIADO. RECUSA. SUFICIÊNCIA NUMÉRICA DE MEMBROS ATUANTES NA REGIÃO. IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MERA INCONVENIÊNCIA PARA OS COOPERADOS. PRINCÍPIO DA PORTA ABERTA (LIVRE ADESÃO). INCIDÊNCIA.

1. Ação ordinária que visa o reconhecimento do direito do autor de ingressar na sociedade cooperativa de trabalho médico ao argumento de que foram atendidos todos os requisitos exigidos pela lei, sendo inidônea a justificativa de suficiência numérica de médicos cooperados na região para a especialidade escolhida (ortopedia e traumatologia).

2. A cooperativa de trabalho, como a de médicos, coloca à disposição do mercado a força de trabalho, cujo produto da venda - após a dedução de despesas - é distribuído, por equidade, aos associados, ou seja, cada um receberá proporcionalmente ao trabalho efetuado (número de consultas, complexidade do tratamento, entre outros parâmetros).

70 (AgRg no AREsp 690.205/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 28/10/2015)

3. **O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, sendo, em regra, ilimitado o número de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços (arts. 4º, I, e 29 da Lei nº 5.764/1971)**. Incidência do princípio da livre adesão voluntária.
4. Pelo princípio da porta-aberta, consectário do princípio da livre adesão, não podem existir restrições arbitrárias e discriminatórias à livre entrada de novo membro na cooperativa, devendo a regra limitativa da impossibilidade técnica de prestação de serviços ser interpretada segundo a natureza da sociedade cooperativa, mesmo porque a cooperativa não visa o lucro, além de ser um empreendimento que possibilita o acesso ao mercado de trabalhadores com pequena economia, promovendo, portanto, a inclusão social.
5. Não pode a cooperativa de trabalho médico recusar o ingresso de novo membro com base apenas na quantidade suficiente de associados na região exercendo a mesma especialidade do proponente, pois, em que pese o princípio da porta-aberta (livre adesão) não ser absoluto, a simples inconveniência com eventual diminuição de lucro para cooperados que já compõem o quadro associativo não caracteriza a impossibilidade técnica prescrita pela lei, sob pena de subversão dos ideais do sistema cooperativista.
6. Recurso especial não provido.[71] (Grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - DEMANDA POSTULANDO A ADMISSÃO DO INGRESSO DE NOVOS MÉDICOS NOS QUADROS DA COOPERATIVA - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA SOCIEDADE COOPERATIVA/RÉ.
1. Violação do artigo 535 do CPC não configurada. Acórdão hostilizado que enfrentou, de modo fundamentado, todos os aspectos essenciais à resolução da lide.

71 (REsp 1479561/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 28/11/2014)

> 2. Incidência da Súmula 83/STJ. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, à luz do princípio da adesão livre e voluntária que rege o sistema cooperativista (artigo 4º, inciso I, da Lei 5.764/71), não pode ser vedado o ingresso, nos quadros da sociedade cooperativa, àqueles que preencham as condições estatutárias, revelando-se ilimitado o número de associáveis, **salvo demonstrada a impossibilidade técnica de prestação de serviços.** Precedentes.
> Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa.[72] (Grifei)

Cumpre mencionar que o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem consolidando o entendimento de que, se exigido, em estatuto, prévia aprovação em seleção pública para adesão à cooperativa, só assim, além do preenchimento dos demais requisitos exigidos, é que se daria o ingresso de novos médicos nas respectivas cooperativas. Esclareça-se, ainda, que dos médicos interessados nos processos afetados ao presente incidente, um deles, o Dr. FELIPE DE LIMA MONTEIRO, participou do certame da cooperativa, também interessada, ocorrido no ano de 2016, tendo sido considerado apto na seleção, mas desclassificado por sua colocação ter se dado além do número de vagas previsto no edital. O casos dos autos, portanto, ajusta-se a mais recente e sedimentada jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA POSTA DE MANEIRA INTEGRAL E COM FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RECUSA. **DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA DE CONDIÇÕES ESTATUTÁRIAS. POSSIBILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. ART. 29 DA LEI Nº 5.764/71. MÉDICO REPROVADO NO PROCESSO SELETIVO. REVISÃO DESTE**

72 (AgRg no AREsp 425.272/CE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 15/04/2014)

ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 7/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A ALTERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO INTERNO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. AGRAVO DESPROVIDO.[73]

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. COOPERATIVA MÉDICA. EXIGÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DE CURSO DE COOPERATIVISMO COMO REQUISITO PARA INGRESSO NOS QUADROS DA COOPERATIVA. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
1. "É possível ao Relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou prejudicado não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade. Ademais, com a interposição do agravo regimental, fica superada a alegação de nulidade pela violação ao referido princípio, ante a devolução da matéria à apreciação pelo Órgão Julgador" (AgRg no REsp 1.113.982/PB, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 29/8/2014). **2. A revisão da conclusão a que chegou o Colegiado estadual, de não ter a recorrente preenchido as exigências estatutárias para ingresso no quadro de médicos da Cooperativa, reclama a incursão no contexto fático-probatório dos autos, providência inviável no âmbito do recurso especial, ante o teor do óbice inserto na Súmula 7 do STJ.** 3. O julgamento do presente agravo interno torna prejudicada a análise da Petição Agint 00067234/2017, a qual pleiteia a reconsideração da decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência constante da Pet 00159335/2016.
4. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado.
5. Agravo interno desprovido.[74]

73 (AgInt no REsp 1616034/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 25/05/2017)

74 (AgInt no REsp 1592720/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.499.128 - SP (2014/0277425-0)
RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RECORRENTE : CLAUDIA BENETTI
ADVOGADOS : FÁBIO GINDLER DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
PAULO AUGUSTO ROLIM DE MOURA E OUTRO(S)
RECORRIDO: UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO : THIAGO MACEDO RIBEIRO DOS SANTOS E OUTRO(S)
RECURSO ESPECIAL. INGRESSO DE MÉDICA EM COOPERATIVA. PROCESSO SELETIVO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, sendo, em regra, ilimitado o número de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços (arts. 4º, I, e 29 da Lei nº 5.764/1971). Incidência do princípio da livre adesão voluntária.

2. No caso concreto, houve a realização de processo seletivo concedendo a oportunidade à recorrente para que, em igualdade de condições com os demais candidatos, pudesse ingressar no quadro de cooperados da ré. Contudo, tendo participado do certame, a recorrente foi superada por outros onze concorrentes (outros tantos médicos na mesma situação), do que decorre a injustiça em se permitir o acesso direto de candidata não aprovada em quadros de cooperados da ré, em claro detrimento daqueles outros mais bem classificados.

3. Recurso especial não provido.

DECISÃO

1. Trata-se de recurso especial interposto por CLÁUDIA BENETTI, com fundamento no art. 105, III, #a# e #c#, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 1026):

EMBARGOS INFRINGENTES. COMPETÊNCIA. Competência em razão da matéria e prevenção. Prevalece a competência estabelecida pelo art. 102 do Regimento Interno

deste Egrégio Tribunal de Justiça sobre a competência ratione materiae, nos termos da súmula interna nº 98, também deste Tribunal. Divergência também quanto ao mérito recursal.
OBRIGAÇÃO DE FAZER. Ingresso de médica em Cooperativa. Acolhimento de pedido alternativo consistente na realização de processo seletivo. Fato superveniente à medida liminar concedida para o fim de inclusão da autora como cooperada. Ainda que bem classificada, autora não foi aprovada em seleção pública da qual participou.
Demanda julgada procedente, revogando-se a liminar e determinando-se seja a autora excluída do quadro de cooperados da ré. Rejeitados os embargos.
Opostos embargos de declaração pela recorrente (fls. 1034-1038), foram rejeitados (fls. 1041-1046).
Nas razões do recurso especial (fls. 1053-1084), além de divergência jurisprudencial, aponta a parte recorrente ofensa ao disposto nos arts. 4º, I, e 29, da Lei nº 5.764/71, bem como nos arts. 458, II, e 535, do Código de Processo Civil.
Em apertada síntese, aponta omissões no acórdão e sustenta que a limitação ao ingresso de novos cooperados só pode ocorrer em razão de impossibilidade técnica do profissional em exercer os serviços propostos pela cooperativa, não podendo a cooperativa limitar a adesão de novos profissionais por meio de realização de certame prévio.
Contrarrazões ao recurso especial às fls. 1226-1234.
É o relatório.
DECIDO.
2. De início, consigne-se que a decisão recorrida foi publicada antes da entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 do Plenário do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 849.405/MG, Quarta Turma, Julgado em 5/4/2016).
3. No que se refere à alegada violação aos arts. 458, II e 535 do CPC, observa-se que, no recurso especial, há somente alegação genérica, sem especificação das teses que supostamente foram violadas pelo acórdão recorrido, o que atrai, de forma inarredável, a exegese da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."

4. De outra parte, quanto ao mérito, ressalte-se que a jurisprudência desta Corte já firmou o entendimento de ser ilegítima a recusa de ingresso de interessado na cooperativa de trabalho médico em razão do número suficiente de associados na região exercendo a mesma especialidade.

A propósito, os seguintes precedentes:

Cooperativa. Nas associações com essa natureza, a limitação ao ingresso de novos associados condiciona-se à 'impossibilidade técnica de prestações de serviços' (Lei 5.764/71, artigo 4º, I). Não basta para justificá-la a simples inconveniência que possa resultar para os que já integram o quadro de cooperados. (REsp nº 151.858/MG, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, DJ de 8/9/1998).

CIVIL E PROCESSO CIVIL. COOPERATIVA. UNIMED. VEDAÇÃO DE INGRESSO A NOVOS MÉDICOS EM FACE DO GRANDE NÚMERO DE PROFISSIONAIS ASSOCIADOS QUE ATUAM EM DETERMINADA ESPECIALIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. (...)

2. Salvo impossibilidade técnica do profissional para exercer os serviços propostos pela cooperativa, conforme art. 4º, I, da Lei 5.764/71, deve-se considerar ilimitado o número de associados que podem juntar-se ao quadro associativo, face a aplicação do princípio da adesão livre e voluntária que rege o sistema cooperativista.

3. No caso concreto, a ré aduz que a cooperativa não é obrigada a aceitar todos aqueles que pretendam ingressar na sociedade, podendo deliberar sobre a conveniência e oportunidade da associação de novos médicos, inclusive em face da exceção legal de impossibilidade técnica de prestação de serviços. Contudo, o acórdão recorrido foi claro ao afirmar que a autora possui todas as qualificações necessárias ao exercício de sua especialidade, de modo que não é possível acolher as razões para a negativa de filiação.

4. Recurso especial não conhecido. (REsp nº 1.124.273/CE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 19/3/2010).

DIREITO CIVIL. COOPERATIVA MÉDICA. UNIMED. VEDAÇÃO DE INGRESSO DE NOVOS MÉDICOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Em regra, a limitação ao ingresso de novos associados condiciona-se à impossibilidade técnica do profissional para exercer os serviços propostos pela cooperativa, conforme art. 4º, I, da Lei nº 5.764/71, não bastando a simples alegação de conveniência para os que já integram o quadro de cooperados.
2. No caso concreto, não foi reconhecida pelo acórdão recorrido - sequer acusada pela ré - qualquer inaptidão pessoal dos médicos, ora recorrentes, razão por que se deve franquear-lhes o ingresso na cooperativa médica.
3. Recurso especial provido (REsp nº 661.292/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 8/6/2010).

Contudo, este não é o caso dos autos.

Com efeito, o Tribunal de origem reformou a sentença que julgou o pedido procedente por entender que o princípio da livre adesão não tem o condão de autorizar o ingresso automático do interessado, na medida em que não elimina a necessidade do preenchimento dos requisitos objetivos estabelecidos nos respectivos estatutos da cooperativa, tendo destacado que a recorrente não obteve sucesso em processo seletivo legítimo organizado para o ingresso de novos profissionais (fls. 1028-1031) - grifamos:

Divergência não há no que tange ao reconhecimento da razoabilidade e legalidade da realização de certame prévio, a fim de a cooperativa selecionar os melhores profissionais para ingressar em seus quadros, bem como a limitação justificada ao ingresso de novos profissionais, a fim de que adesões ocorram de forma ordenada (voto vencedor, às fls. 662).

É que não se pode ignorar que o ingresso desenfreado de profissionais maus preparados no quadro de atendimento da cooperativa médica pode lhes trazer consequências danosas, extensivas a toda a classe de participantes. Há, ainda, como fato de importância já reconhecida em inúmeros julgados, a necessidade de admissão gradativa e de forma ordenada, para fins de garantir equilíbrio das atividades do quadro social e evitar o chamado "gigantismo" (...) (voto vencido, às fls. 670).

[...]

Nesse contexto, é de se reconhecer que a realização de processo seletivo concedeu a oportunidade à autora para que, em igualdade de condições com os demais candidatos, pudesse ingressar no quadro de cooperados da ré.

Ocorre que, tendo participado do certame, a apelante foi superada por outros onze concorrentes (outros tantos médicos na mesma situação), do que decorre a injustiça em se permitir o acesso direto de candidata não aprovada em quadros de cooperados da ré, em claro detrimento daqueles outros mais bem classificados.

Em outras palavras, em processo seletivo legítimo, teve ela a oportunidade de se associar à cooperativa ré, mas infelizmente não foi bem sucedida em certame organizado para este fim. De qualquer forma, conseguiu satisfazer pleito alternativo que visava realmente procedimento mais leal de admissão de novos cooperados, cessados os artifícios ardis da Requerida para obstar o ingresso da Requerente.

Tal posicionamento está em consonância com o entendimento desta Corte firmado no sentido de que a cooperativa pode recusar o ingresso em seus quadros se as demais previsões estatutárias não forem eventualmente satisfeitas, conforme o disposto na Lei nº 5.764/71, norma que regulamenta a política nacional de cooperativismo:

Neste sentido (grifamos):

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (UNIMED).INGRESSO DE NOVO ASSOCIADO. RECUSA. SUFICIÊNCIA NUMÉRICA DE MEMBROS ATUANTES NA REGIÃO. IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MERA INCONVENIÊNCIA PARA OS COOPERADOS. PRINCÍPIO DA PORTA ABERTA (LIVRE ADESÃO). INCIDÊNCIA.

1. Ação ordinária que visa o reconhecimento do direito do autor de ingressar na sociedade cooperativa de trabalho médico ao argumento de que foram atendidos todos os requisitos exigidos pela lei, sendo inidônea a justificativa de suficiência numérica de médicos cooperados na região para a especialidade escolhida (ortopedia e traumatologia).

2. A cooperativa de trabalho, como a de médicos, coloca à disposição do mercado a força de trabalho, cujo produto

da venda - após a dedução de despesas - é distribuído, por equidade, aos associados, ou seja, cada um receberá proporcionalmente ao trabalho efetuado (número de consultas, complexidade do tratamento, entre outros parâmetros).
3. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, sendo, em regra, ilimitado o número de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços (arts. 4º, I, e 29 da Lei nº 5.764/1971). Incidência do princípio da livre adesão voluntária.
4. Pelo princípio da porta-aberta, consectário do princípio da livre adesão, não podem existir restrições arbitrárias e discriminatórias à livre entrada de novo membro na cooperativa, devendo a regra limitativa da impossibilidade técnica de prestação de serviços ser interpretada segundo a natureza da sociedade cooperativa, mesmo porque a cooperativa não visa o lucro, além de ser um empreendimento que possibilita o acesso ao mercado de trabalhadores com pequena economia, promovendo, portanto, a inclusão social.
5. Não pode a cooperativa de trabalho médico recusar o ingresso de novo membro com base apenas na quantidade suficiente de associados na região exercendo a mesma especialidade do proponente, pois, em que pese o princípio da porta-aberta (livre adesão) não ser absoluto, a simples inconveniência com eventual diminuição de lucro para cooperados que já compõem o quadro associativo não caracteriza a impossibilidade técnica prescrita pela lei, sob pena de subversão dos ideais do sistema cooperativista.6. Recurso especial não provido. (REsp 1.479.561/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe 28/11/2014).
Incide, portanto, o veto da Súmula 83/STJ, a obstaculizar a insurgência por ambas as alíneas do permissivo constitucional.
5. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.
Publique-se. Intimem-se.
Brasília (DF), 29 de agosto de 2016.
MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
Relator (Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 06/09/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - DEMANDA EM QUE DE BUSCA AFASTAR A LIMITAÇÃO DE INGRESSO DE NOVO MÉDICO NOS QUADROS DA COOPERATIVA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA RÉ.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, o ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, sendo, em regra, ilimitado o número de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços (arts. 4º, I, e 29 da Lei nº 5.764/1971). Incidência do princípio da livre adesão voluntária.

2. Na hipótese, para infirmar as premissas fáticas nas quais se baseou o Tribunal a quo para não admitir o ingresso do recorrente nos quadros da cooperativa face o descumprimento de requisitos constantes no Estatuto Social, revelar-se-ia necessária uma incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice nos enunciados contidos nas Súmulas 5 e 7, desta Excelsa Corte.

3. Agravo regimental desprovido.[75]

(…) **Acerca do tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento assente no sentido de que, à luz do princípio da adesão livre e voluntária que rege o sistema cooperativista (artigo 4º, inciso I, da Lei 5.764/71), não pode ser vedado o ingresso, nos quadros da sociedade cooperativa, àqueles que preencham às condições estatutárias, revelando-se ilimitado o número de associáveis, salvo demonstrada a impossibilidade técnica de prestação de serviços.**

Confiram-se:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (UNIMED). INGRESSO DE NOVO ASSOCIADO. RECUSA. SUFICIÊNCIA NUMÉRICA DE MEMBROS ATUANTES NA REGIÃO. IMPOSSIBILIDADE

75 (AgRg no AREsp 799.978/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017)

TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MERA INCONVENIÊNCIA PARA OS COOPERADOS. PRINCÍPIO DA PORTA ABERTA (LIVRE ADESÃO). INCIDÊNCIA.

1. Ação ordinária que visa o reconhecimento do direito do autor de ingressar na sociedade cooperativa de trabalho médico ao argumento de que foram atendidos todos os requisitos exigidos pela lei, sendo inidônea a justificativa de suficiência numérica de médicos cooperados na região para a especialidade escolhida (ortopedia e traumatologia).

2. A cooperativa de trabalho, como a de médicos, coloca à disposição do mercado a força de trabalho, cujo produto da venda - após a dedução de despesas - é distribuído, por equidade, aos associados, ou seja, cada um receberá proporcionalmente ao trabalho efetuado (número de consultas, complexidade do tratamento, entre outros parâmetros).

3. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, sendo, em regra, ilimitado o número de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços (arts. 4º, I, e 29 da Lei nº 5.764/1971). Incidência do princípio da livre adesão voluntária.

4. Pelo princípio da porta-aberta, consectário do princípio da livre adesão, não podem existir restrições arbitrárias e discriminatórias à livre entrada de novo membro na cooperativa, devendo a regra limitativa da impossibilidade técnica de prestação de serviços ser interpretada segundo a natureza da sociedade cooperativa, mesmo porque a cooperativa não visa o lucro, além de ser um empreendimento que possibilita o acesso ao mercado de trabalhadores com pequena economia, promovendo, portanto, a inclusão social.

5. Não pode a cooperativa de trabalho médico recusar o ingresso de novo membro com base apenas na quantidade suficiente de associados na região exercendo a mesma especialidade do proponente, pois, em que pese o princípio da porta-aberta (livre adesão) não ser absoluto, a simples inconveniência com eventual diminuição de lucro para cooperados que já compõem o quadro associativo não caracteriza a impossibilidade técnica prescrita pela lei, sob pena de subversão dos ideais do sistema cooperativista.

6. Recurso especial não provido. (REsp 1.479.561/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe 28.11.2014).

CIVIL E PROCESSO CIVIL COOPERATIVA. UNIMED. VEDAÇÃO DE INGRESSO A NOVOS MÉDICOS EM FACE DO GRANDE NÚMERO DE PROFISSIONAIS ASSOCIADOS QUE ATUAM EM DETERMINADA ESPECIALIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A falta de prequestionamento em relação ao art. 273, I, § 2º, do CPC, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da súmula 211/STJ.

2. Salvo impossibilidade técnica do profissional para exercer os serviços propostos pela cooperativa, conforme art. 4º, I, da Lei 5.764/71, deve-se considerar ilimitado o número de associados que podem juntar-se ao quadro associativo, face a aplicação do princípio da adesão livre e voluntária que rege o sistema cooperativista.

3. No caso concreto, a ré aduz que a cooperativa não é obrigada a aceitar todos aqueles que pretendam ingressar na sociedade, podendo deliberar sobre a conveniência e oportunidade da associação de novos médicos, inclusive em face da exceção legal de impossibilidade técnica de prestação de serviços. Contudo, o acórdão recorrido foi claro ao afirmar que a autora possui todas as qualificações necessárias ao exercício de sua especialidade, de modo que não é possível acolher as razões para a negativa de filiação.

4. Recurso especial não conhecido. (REsp 1.124.273/CE, Rel. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 19.3.2010).

Na espécie, o acórdão recorrido afirmou que o agravante não preenche todas as condições necessárias para o ingresso no quadro associativo da agravada, conforme se extrai do seguinte trecho:

"No caso dos autos, não se tem notícia de que o Apelado tenha sido aprovado em teste seletivo. E, nesse ínterim, a Apelante informou que à época do ajuizamento da ação (10.05.2011 - fl. 02 vº), estava aberto edital de Seleção Pública (22.07.2011 - fls. 223/239).

É de se reconhecer, portanto, que o Apelado não atende aos requisitos de admissão, revelando-se justificada a recusa de sua filiação ao quadro médico da Apelante" (fl. 447).[76]

76 (AgRg no AREsp 765.375/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 22/03/2016)

Ademais, trago ao conhecimento de todos, julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, proferido no último dia 15/08/2017, no Recurso Especial de nº 1.675.348 - PR (2017/0127672-9), no qual sua Excelência, o Relator, Ministro Luís Felipe Salomão, já revelando entendimento da Corte a respeito do tema ora em discussão, assim manifestou:

> EMENTA
> RECURSO ESPECIAL. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (UNIMED). INGRESSO. CONDIÇÕES ESTABELECIDAS NO ESTATUTO. DESCUMPRIMENTO. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ.RECURSO NÃO PROVIDO.
> **1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, o ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, sendo, em regra, ilimitado o número de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços (arts. 4º, I, e 29 da Lei nº 5.764/1971). Incidência do princípio da livre adesão voluntária.**
> 2. Na hipótese, para infirmar as premissas fáticas nas quais se baseou o Tribunal *a quo* para não admitir o ingresso das recorrentes nos quadros da cooperativa face o descumprimento de requisitos constantes no Estatuto Social, revelar-se-ia necessária uma incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice nos enunciados contidos nas Súmulas 5 e 7, desta Excelsa Corte.
> 3. Recurso especial não provido.

Ao contextualizar o seu entendimento a respeito, o eminente Ministro referiu com muita propriedade:

> "[...] A jurisprudência do STJ é no sentido de que, à luz do princípio da adesão livre e voluntária que rege o sistema cooperativista (artigo 4º, inciso I, da Lei 5.764/71), não pode ser vedado o ingresso, nos quadros da sociedade cooperativa, àqueles que preencham as condições estatutárias, revelando-se ilimitado o número de associáveis, salvo demonstrada a impossibilidade técnica de prestação de serviços. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (UNIMED). INGRESSO DE NOVO ASSOCIADO. RECUSA. EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO EM PROCESSO SELETIVO E REALIZAÇÃO DE CURSO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PORTA ABERTA (LIVRE ADESÃO).

1. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade sendo, em regra, ilimitado o número de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços (arts. 4º, I, e 29 da Lei nº 5.764/1971). Incidência do princípio da livre adesão voluntária.

2. Pelo princípio da porta-aberta, consectário do princípio da livre adesão, não podem existir restrições arbitrárias e discriminatórias à livre entrada de novo membro na cooperativa, devendo a regra limitativa da impossibilidade técnica de prestação de serviços ser interpretada segundo a natureza da sociedade cooperativa.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no AREsp 667.072/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) – DEMANDA POSTULANDO A ADMISSÃO DO INGRESSO DE NOVOS MÉDICOS NOS QUADROS DA COOPERATIVA - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA SOCIEDADE COOPERATIVA/RÉ.

1. Violação do artigo 535 do CPC não configurada. Acórdão hostilizado que enfrentou, de modo fundamentado, todos os aspectos essenciais à resolução da lide.

2. Incidência da Súmula 83/STJ. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, à luz do princípio da adesão livre e voluntária que rege o sistema cooperativista (artigo 4º, inciso I, da Lei 5.764/71), não pode ser vedado o ingresso, nos quadros da sociedade cooperativa, àqueles que preencham as condições estatutárias, revelando-se ilimitado o número de associáveis, salvo demonstrada a impossibilidade técnica de prestação de serviços. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa. (AgRg no AREsp 425.272/CE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 15/04/2014)

_____

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COOPERATIVA. LIMITAÇÃO AO INGRESSO DE NOVOS COOPERADOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que não se pode vedar o ingresso, nos quadros da sociedade cooperativa, àqueles que preencham as condições estatutárias, salvo se demonstrada a impossibilidade técnica de prestação de serviços, nos termos do art. 4º, I, da Lei 5.764/71.

2. A agravante, em seu arrazoado, não deduz argumentação jurídica nova alguma capaz de alterar a decisão ora agravada, que se mantém, na íntegra, por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no AREsp 252.861/CE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 03/02/2014)

_____

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DEMANDA EM QUE SE BUSCA AFASTAR A LIMITAÇÃO DE INGRESSO DE NOVOS MÉDICOS NOS QUADROS DA COOPERATIVA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1.- A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, à luz do princípio da adesão livre e voluntária que rege o sistema cooperativista (artigo 4º, inciso I, da Lei 5.764/71), não pode ser vedado o ingresso, nos quadros da sociedade cooperativa, àqueles que preencham às condições estatutárias, revelando-se ilimitado o número de associáveis, salvo demonstrada a impossibilidade técnica de prestação de serviços. Precedentes.

2.- O recurso não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 334.554/CE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 14/11/2013)

_____

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - DEMANDA EM QUE DE BUSCA AFASTAR A LIMITAÇÃO DE INGRESSO DE NOVOS MÉDICOS NOS QUADROS

DA COOPERATIVA – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA RÉ.
1. Incidência da Súmula 83/STJ. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, à luz do princípio da adesão livre e voluntária que rege o sistema cooperativista (artigo 4º, inciso I, da Lei 5.764/71), não pode ser vedado o ingresso, nos quadros da sociedade cooperativa, àqueles que preencham as condições estatutárias, revelando-se ilimitado o número de associáveis, salvo demonstrada a impossibilidade técnica de prestação de serviços. Precedentes.
2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 190.683/CE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 03/10/2012)

E completa:

"Na hipótese ora em foco, o acórdão local foi claro ao afirmar que as recorrentes não preencheram todas as condições estatutárias necessárias para integrar o quadro associativo.

É o que se extrai do seguinte excerto do aresto impugnado (fls. 471-474): Assim, da leitura dos mencionados dispositivos legais, constata-se que o ingresso de novos médicos ao quadro das cooperativas é ilimitado, salvo se o cooperado não tiver capacidade técnica para a prestação dos serviços aos usuários e não preencha as condições estabelecidas no estatuto. Nesse viés, assim estabelece o estatuto da apelada acerca das regras para ingresso de novos associados (sequência 26.4): Art. 32 - Poderá ingressar na Cooperativa, salvo se houver impossibilidade técnica de prestação de serviços, todo médico que exerça a sua atividade como profissional autônomo na área geográfica de ação da Sociedade, determinada pelo artigo 1 ° possa livremente dispor de si e de seus bens, concorde com o presente Estatuto e satisfaça as condições técnicas e legais comprovadas através aos seguintes elementos: I - apresentação dos seguintes documentos: a) diploma de Médico expedido por instituição reconhecida pelo Ministério da Educação; b) título de Especialista devidamente registrado em conselho Regional de Medicina; c) comprovantes de inscrição no Conselho Regional de Medicina do Paraná e nos

órgãos municipais e previdenciários como autônomo; II - dois anos de exercício profissional após a titulação na especialidade médica proposta, devidamente comprovados; III- aprovação prévia em seleção pública de provas e títulos promovida pela Cooperativa, a qual será realizada pior instituição idônea reconhecida nacionalmente.

[...]

Logo, vê-se que uma das condições estabelecidas pelo Estatuto para o ingresso na associação é justamente a aprovação prévia em seleção de provas e títulos, a qual não se submeteram as apelantes, ocasionando então a negativa da apelada em inscrevê-Ias em seu quadro de associados.

Por isso, exigir aprovação em certame público não desrespeita o artigo 4º, inciso I da Lei nº. 5.764/71, pois esta mesma Lei condiciona em seu artigo 29 o preenchimento pelo pretenso associado das condições estabelecidas no Estatuto.

Neste sentido, já decidiu este Egrégio Tribunal em casos semelhantes:

[...]

Além disso, considerando os documentos carreados nas sequências 1.4 e 1.6, evidencia-se que ao tempo da propositura da demanda em junho de 2013, as apelantes não preenchiam o requisito previsto no artigo 3º, inciso II, do Estatuto Social da apelada, qual seja, "dois anos de exercício profissional após a titulação, na especialidade médica proposta, devidamente comprovados", posto que a titulação de especialidade em dermatologia da apelante Elisa foi registrada em 30/01/2012, enquanto que a titulação da apelante Leticia foi registrada em 17/12/2012.

Assim, para infirmar as premissas fáticas em que se baseou o Tribunal a quo, a fim de obstar o ingresso das recorrentes nos quadros da cooperativa recorrida, revelar-se-ia necessária uma incursão no acervo fático-probatório constante dos autos, o que encontra óbice nos enunciados contidos nas Súmulas 5 e 7, desta Excelsa Corte.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) – DEMANDA EM QUE DE BUSCA AFASTAR A LIMITAÇÃO DE INGRESSO DE NOVO MÉDICO NOS QUADROS DA COOPERATIVA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA RÉ.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, o ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, sendo, em regra, ilimitado o número de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços (arts. 4º, I, e 29 da Lei nº 5.764/1971). Incidência do princípio da livre adesão voluntária.

2. Na hipótese, para infirmar as premissas fáticas nas quais se baseou o Tribunal a quo para não admitir o ingresso do recorrente nos quadros da cooperativa face o descumprimento de requisitos constantes no Estatuto Social, revelar-se-ia necessária uma incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice nos enunciados contidos nas Súmulas 5 e 7, desta Excelsa Corte.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 799.978/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017)

_____

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COOPERATIVA MÉDICA. REQUISITOS PARA INGRESSO NO QUADRO COOPERATIVO. CONTROVÉRSIA DIRIMIDA À LUZ DO ESTATUTO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULAS Nº 5 E 7 DO STJ. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. PREMISSA NÃO ASSENTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA Nº 284 DO STF. FATO NOVO. NÃO OCORRÊNCIA. VERDADEIRA INOVAÇÃO RECURSAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA.

1. O agravante não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado para negar provimento ao agravo em recurso especial.

2. Para infirmar a conclusão a que chegou o Tribunal de base quanto à legalidade da prova de seleção feita pela UNIMED e na obrigatoriedade de realização de curso interno, seria inevitável o revolvimento do arcabouço fático-probatório carreado aos autos e do próprio estatuto da cooperativa,

> ***procedimento sabidamente inviável na instância especial, por força do óbice das Súmulas nºs 5 e 7 desta Corte.***
> *3. Ao se cotejarem as razões de decidir do acórdão recorrido com os fundamentos aventados no recurso especial, conclui-se que o agravante, naquele recurso, deixou de impugnar, especificamente, os fundamentos do aresto guerreado, qual seja, de que não haveria abuso de direito porque ele não foi aprovado no concurso público realizado pela UNIMED, bem como deixou de realizar o curso de cooperativismo.*
> *Desse modo, verifica-se que as razões recursais apresentadas encontram-se dissociadas daquilo que ficou decidido pelo Tribunal de origem, o que caracteriza deficiência na fundamentação do recurso especial e atrai, por analogia, o óbice da Súmula nº 284 do STF.*
> *4. Na espécie, o fato de ter o agravante sido aprovado no processo seletivo e de ter concluído sua participação no curso de cooperativismo, isso no ano de 2014, não se trata de fato novo, nos termos do art. 462 do CPC/73, mas sim de inovação recursal que não pode ser aqui conhecida, sob pena de supressão de instância.*
> *5. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl no AREsp 633.289/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016)*
> *3. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 1º de agosto de 2017. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO Relator".*

De lembrar, por oportuno, que, no mesmo sentido, a Corte superior infra constitucional, de forma muito esclarecedora, ao julgar o AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 748.699 – PR, datado de 08/11/2016, o Senhor Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, também manifestou de forma muito clara:

> *"Trata-se de agravo interno interposto por ALESSANDRA CARLA ZEVE, contra a decisão cuja ementa tem a seguinte redação (e-STJ, fl. 379):*
>
> *AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. RECUSA. DESCUMPRIMENTO*

DE EXIGÊNCIA DE CONDIÇÕES ESTATUTÁRIAS. POSSIBILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. ART. 29 DA LEI Nº 5.764/71. AGRAVO CONHECIDO PARA, DESDE LOGO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

Nas razões do agravo, a parte agravante afirma que o estatuto da parte agravada infringe a Lei das Cooperativas, sustentando que a adesão de associados não pode ser limitada. Assegura que a parte agravada possui a intenção de reserva de mercado ante a existência de tal limitação. Ausente impugnação. É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Eminentes colegas, o agravo interno não merece ser provido.

Efetivamente, constata-se, do confronto entre as razões do agravo interno e a fundamentação do julgado recorrido, que a parte agravante não traz fundamentos capazes de infirmar as conclusões tiradas no decisum objurgado.

Busca a parte agravante que sejam os interessados admitidos como médicos cooperados, alegando, em síntese, que a parte agravada não pode limitar o número de associados.

No entanto, conforme exposto na decisão vergastada, o princípio da 'porta-aberta' baseado no art. 29, da Lei nº 5.764/71, que dispõe que não pode a cooperativa apresentar restrições arbitrárias e discriminatórias a novos cooperados, protege também o direito da parte agravada opor-se à entrada de profissionais caso todas as circunstâncias previstas em seu estatuto não forem integralmente satisfeitas.

Assim, conforme exposto em fl. 301, a parte agravante não foi aprovada em processo seletivo, situação essencial para ser admitida nos quadros da parte agravada conforme previsão estatutária.

Destarte, não tendo a parte agravante comprovado de modo satisfatório que preenche os requisitos delimitados pela cooperativa, não pode esta ser compelida a credencia-la sob pena de ferir princípios básicos como o da liberdade, quiçá da igualdade, isso porque, conforme bem exposto na decisão proferida pelo Tribunal de origem, "o deferimento da pretensão da Apelada estaria a ferir de morte o princípio constitucional da isonomia, em conta de que, ultima ratio, ela seria privilegiada em relação a outros colegas que se

> ***submeteram a teste seletivo, com ou sem êxito, conquistando por aí uma colocação prioritária e fora da vias regulares do concurso (e-STJ, fl. 305).”***
> *Destarte, o agravo não merece ser provido.* ***Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.*** *É o voto”.*

Refletindo sobre os pontos explicitados nos acórdãos evidenciados, a digna Relatora do Incidente de Uniformização de Jurisprudência de nº 995078-3/01, do Paraná, LENICE BODSTEIN, com propriedade, afirma:

> *“... Em face destes, pontua-se que se referem a restrições arbitrárias e discriminatórias e ensinam que a regra limitativa da responsabilidade técnica deve ser interpretada segundo a natureza da Cooperativa, reiterando a validade do Princípio da Porta Aberta”.*
>
> *Diz Sua Excelência: “O julgado de lavra da e. Ministra Maria Isabel Galloti, impende da predominância do Princípio da Livre Adesão sobre as restrições admitidas pela Lei das Cooperativas. Os demais votos assinalam ideia de arbitrariedade e discriminação, que novamente torna vaga e livre a interpretação dos textos pertinentes e, de conclusão, tem-se o Princípio da Porta Aberta ou Livre Adesão”.*
>
> *Visto isso, arremata: “não se pode reconhecer fato novo a unânime aderência principiológica”.*

No âmbito deste Egrégio Tribunal de Justiça, divergência proclama-se nas suas quatro Câmaras de Direito Privado a respeito do tema. E é extamente isto que se procura resolver neste julgado. A título de informação, por oportuno, é bom afirmar-se que pela nova composição das Câmaras deste Sodalício, a 4ª Câmara de Direito Privado, da qual sou membro, posiciona-se a favor da legalidade do certame, enquanto a 2ª Câmara de Direito Privado é contrária a tal entendimento.

Aliás, ainda estudando o comportamento do Tribunal respeitantemente à matéria ora tratada, citamos: 1ª e 3ª Câmaras de Direito Privado constatamos inexistir pronunciamento a respeito, enquanto, pela

composição antiga, verifica-se pensamento favorável à exigência de seleção pública as 1ª, 3ª, 5ª e 7ª Câmaras Cíveis, em contrapartida, posicionavam-se a 1ª, 2ª e 8ª Câmaras Cíveis pela inexigência do certame.

Veja-se, portanto, a jurisprudência desta Corte:

> EXIGE CERTAME
>
> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. INGRESSO DE NOVOS ASSOCIADOS. IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PREVISÃO ESTATUTÁRIA DE SUBMISSÃO A CERTAME PÚBLICO DO PROFISSIONAL QUE PRETENDE INGRESSAR EM SEU QUADRO. POSSIBILIDADE. REGRA DA LIVRE ADESÃO MITIGADA. IMPOSSIBILIDADE DE EMISSÃO DE JUÍZO DE VALOR PELO PODER JUDICIÁRIO SOBRE O MÉRITO DA DELIBERAÇÃO ESTATUTÁRIA. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRINCÍPIO DE NÃO INTERVENÇÃO ESTATAL NA AUTONOMIA DELIBERATIVA DA COOPERATIVA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> 1. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, sendo, em regra, ilimitado o número de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços (arts. 4º, I, e 29 da Lei nº 5.764/1971).
>
> **2. Não é abusiva a exigência de seleção pública prevista no estatuto da Cooperativa, tendo em vista que não incumbe, ao Poder Judiciário intervir no funcionamento das Cooperativas, sob pena de ferir os princípios constitucionais da autonomia deliberativa, da não intervenção estatal e da livre associação, insculpidos no artigo 5º, XVIII, da Constituição Federal.**
>
> 3. Não se submetendo o profissional à participação de processo seletivo, revela-se lídima a recusa de filiação ao quadro de médicos cooperados, pois o deferimento da pretensão "estaria a ferir de morte o princípio constitucional da isonomia, em conta de que, ultima ratio, ele seria colocado a frente de outros

colegas que se submeteram ao teste seletivo, conquistado por aí uma colocação prioritária e fora das vias regulares do concurso". Precedentes.
4. A equação estabelecida entre a procura por serviços médicos e a oferta de profissionais propicia o equilíbrio econômico-financeiro da cooperativa, sob pena de tornar insustentável o modelo adotado, em prejuízo dos próprios cooperados e dos consumidores que aderiram aos planos de saúde oferecidos pela cooperativa. Assim, na leitura da Lei 5.764/71, quando dispõe em número ilimitado de associados, deve-se interpretar tal expressão à luz do princípio da razoabilidade, norteador de todo o ordenamento jurídico.
5. Portanto, o número de associados dependerá do número de usuários, conforme levantado pelo Conselho Técnico da Cooperativa. Permitir que todo médico participe dos quadros da agravada, poderá significar um sério declínio econômico, diante da admissão de todos os médicos interessados, ensejando uma situação de desequilíbrio financeiro, comprometendo a sustentabilidade e a permanência do sistema.
6. Agravo Regimental conhecido e provido. (TJCE. Agravo Regimental 0621523-21.2016.8.06.0000/50000. Relator: Desembargador FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Julgador em: 16.08.2016) Grifei

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO COM TUTELA ANTECIPADA. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO- UNIMED. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSÃO DE NOVOS ESPECIALISTAS MAIOR QUE O NECESSÁRIO. MASSIFICAÇÃO PROFISSIONAL. INGRESSO LIMITADO À CAPACIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS CONFORME OS DITAMES DO REGIMENTO INTERNO E ESTATUTO DA COOPERATIVA. RELATIVIZAÇÃO. NÃO HÁ E NEM PODE HAVER NÚMERO ILIMITADO DE ASSOCIADOS DEVIDO AO PRINCÍPIO DA "LEI DA BOA RAZÃO" OU À MÁXIMA DA RAZOABILIDADE. LIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA: "QUANDO O TEXTO NORMATIVO DA LEI Nº 5.764/71 FALA EM NÚMERO ILIMITADO

DE ASSOCIADOS, DEVE-SE INTERPRETAR TAL EXPRESSÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, NORTEADOR DE TODO O ORDENAMENTO JURÍDICO. **ASSIM, ENQUANTO A DEMANDA FOR CRESCENDO, O NÚMERO DE ASSOCIADOS PODERÁ AUMENTAR ILIMITADAMENTE, MAS SEMPRE CONDICIONADA À NECESSIDADE DOS USUÁRIOS. NA MEDIDA EM QUE O FLUXO DE ADMISSÃO SE TORNE UM OBSTÁCULO AO BOM FUNCIONAMENTO DA COOPERATIVA, CERTAMENTE ESSA REGRA MERECERÁ SER RELATIVIZADA**" AGRAVO DE Nº 0015206-03.2009.8.06.0000, APELAÇÃO Nº 0327618-02.2000.8.06.0001 E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 0008083-56. 2006.8.06.0000/1. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. (TJCE. Agravo 0620390-41.2016.8.06.0000/50000. Relator: DES. DURVAL AIRES FILHO. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Julgado em: 02.08.2016) Grifei

AGRAVO DE INSTRUMENTO. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. INGRESSO DE NOVO ASSOCIADO. RECUSA. POSSIBILIDADE. INGRESSO LIMITADO À CAPACIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS E CONFORME OS DITAMES DO REGIMENTO INTERNO E ESTATUTO DA COOPERATIVA. LEI DO COOPERATIVISMO. TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA REQUISITOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
1. A presente demanda versa sobre a possibilidade da Unimed Fortaleza Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., ora recorrente, limitar o ingresso dos agravantes nos quadro de cooperados, sob o argumento de que a admissão dos profissionais deve observar a quantidade de vagas disponíveis em edital em cada especialidade indicada pela recorrida.
2. O regime jurídico das cooperativas, delimitado pela Lei nº. 5.764/71, dispõe expressamente acerca da adesão voluntária, permitindo o livre ingresso de associados, condicionado tão somente ao preenchimento das condições previstas em cada estatuto.
3. Depreende-se de tais normas que, atendidos os requisitos estatutários, o ingresso de novos associados é livre, somente podendo ser restringido na hipótese de critérios prévios. E

tal restrição é válida já que advindas das imposições definidas pelos órgãos sociais da cooperativa, desde que consonantes com a finalidade social da entidade, e com as regras legais existentes. Dito isto, facilmente se percebe que quaisquer atos que venham a restringir a liberdade de associação devem ser devidamente fundamentados e comprovados com base na impossibilidade técnica do profissional para exercer os serviços propostos pela cooperativa, como também diante da inobservância das formalidades internas prescritas no âmbito da cooperativa.

4. Assim, na leitura da Lei 5.764/71, quando dispõe em número ilimitado de associados, deve-se interpretar tal expressão à luz do princípio da razoabilidade, norteador de todo o ordenamento jurídico. **Portanto, o número de associados dependerá do número de usuários, conforme levantado pelo Conselho Técnico da Cooperativa. Permitir que todo médico participe dos quadros da agravada, poderá significar um sério declínio econômico, diante da admissão de todos os médicos interessados, ensejando uma situação de desequilíbrio financeiro, comprometendo a sustentabilidade e a permanência do sistema.**

5. Recurso conhecido e não provido. (TJCE. Agravo de Instrumento 0628470-28.2015.8.06.0000. Relator: Des. INÁCIO DE ALENCAR CORTEZ NETO. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Julgado em: 21.03.2016) Grifei

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. COOPERATIVA MÉDICA. PROIBIÇÃO DE INGRESSO DE NOVOS MÉDICOS. POSSIBILIDADE DE RECUSA PELA COOPERATIVA. INGRESSO LIMITADO À CAPACIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS E CONFORME OS DITAMES DO REGIMENTO INTERNO E ESTATUTO DA COOPERATIVA. INTELIGÊNCIA DA LEI DO COOPERATIVISMO. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

1. A recusa de eventual interessado a ingressar nos quadros da cooperativa somente poderá ocorrer se restar consignada a impossibilidade técnica da prestação de serviços, aliada à inobservância das formalidades internas prescritas no âmbito da cooperativa.

2. Na espécie, torna-se evidente que as apeladas não atentaram para as regras existentes de admissão de novos cooperados.
3. Quando o texto normativo da Lei nº 5.764/71 fala em número ilimitado de associados, deve-se interpretar tal expressão à luz do princípio da razoabilidade, norteador de todo o ordenamento jurídico. Assim, enquanto a demanda for crescendo, o número de associados poderá aumentar ilimitadamente, mas sempre condicionada à necessidade dos usuários, conforme apurado pelo Conselho Técnico da cooperativa. Na medida em que o fluxo de admissão se torne um obstáculo ao bom funcionamento da cooperativa, certamente essa regra merecerá ser relativizada.
4. Apelação conhecida e provida para indeferir o pedido de admissão das apeladas na cooperativa demandada. (Relator(a): FRANCISCO GLADYSON PONTES; Comarca: Conversão; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data de registro: 21/08/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. INSCRIÇÃO DE COOPERADO. NEGATIVA DA COOPERATIVA. PRINCÍPIO DA LIVRE ADESÃO. LIMITAÇÃO AO PRINCÍPIO DA "PORTA ABERTA". APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.
1. PRELIMINAR - DO AGRAVO RETIDO
1.1. O artigo 273 do Código de Processo Civil exige, para a concessão de antecipação de tutela, a presença de prova inequívoca da verossimilhança da alegação e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.
1.2. Impende esclarecer que não há qualquer vedação legal para concessão da medida precária em matéria de inclusão de cooperado médico.
1.3. Ademais, se a parte pleiteia a concessão de efeito suspensivo à apelação, deve fazê-lo em procedimento adequado, no caso, através de agravo de instrumento, nos termos do artigo 522 do CPC. Dessa maneira, o agravo retido não merece acolhimento.
2. DO MÉRITO
2.1. Dispõem os artigos 4º e 29 da Lei nº 5.764/71, que rege as cooperativas, que o ingresso em seu quadro é livre e com número ilimitado de associados, desde que preenchidos os propósitos sociais e as condições estabelecidas no estatuto.

2.2. Conforme entendimento do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte: Pelo princípio "da porta aberta", diferentemente do que ocorre nas demais sociedades, qualquer pessoa tem o direito de ingressar e sair da cooperativa a seu livre arbítrio, desde que satisfaçam as condições previstas no respectivo Estatuto Social. Contudo, ressalta-se que esse princípio admite exceção quando houver impossibilidade técnica de prestação de serviços, ou seja, quando a cooperativa não tiver mais condições de cumprir suas atividades, por ter atingido sua capacidade, podendo, certamente, recursar novos associados. (TJRN - Apelação Cível nº 2003.002836-1, Rel. Des. Dúbel Cosme. 1ª Câmara Cível. jl. 06/10/2003).

2.3. Insustentável, portanto, a tese da livre adesão sem restrições, o que enaltece o entendimento de que a impossibilidade técnica, citada na lei do cooperativismo, ocorre não só para a prestação de serviços, mas também com relação à administração da própria sociedade.

2.4. Feitas estas considerações, ressalta-se inexistir disposição legal que obrigue a cooperativa a admitir qualquer interessado em seus quadros, sendo vedada a interferência estatal no seu funcionamento interno, o que configura um ato interna corporis.

2.5. Se o número de médicos que atuam na área de abrangência das especialidades do apelado é suficiente para atender a demanda dos usuários do plano de saúde administrado pela apelante, significa, desta forma, existir a desnecessidade de admissão de novos cooperados, sob pena de prejuízo aos cooperados atuais e à finalidade da própria cooperativa.

2.6. Nesse aspecto, reforçada, então, está a inteligência de que a livre adesão não pode importar na obrigatoriedade de aceitação de um número ilimitado de associados, principalmente na mesma especialidade, sob pena de inviabilização da própria continuidade das atividades da cooperativa, o que feriria claramente o princípio da affectio societatis, que orienta a constituição das sociedades de pessoas.

2.7. Apelo conhecido e provido. (Relator(a): CARLOS ALBERTO MENDES FORTE; Comarca: Conversão; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data de registro: 11/09/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIMED. COOPERATIVA MÉDICA. MÉDICOS. LIVRE INGRESSO LIMITADO À CAPACIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. INTELIGÊNCIA DA LEI DO COOPERATIVISMO. INSATISFAÇÃO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO PROVIDO. (1) É livre o ingresso de novos associados aos quadros de cooperativa médica, limitado o número à impossibilidade técnica de prestação dos serviços, que pode ser traduzida na inviabilidade operacional decorrente do número excessivo de profissionais. (2) Possível ao Judiciário pronunciar-se sobre a razoabilidade dos critérios adotados pelas associações para a admissão de novos membros, mormente quando discordantes com o preceito contido no art. 4º, inciso I, da Lei do Cooperativismo. Homenagem ao princípio da inafastabilidade do acesso ao Judiciário. (3) A faculdade conferida às associações de negar o ingresso de novos integrantes não implica necessariamente violação à liberdade de exercício da profissão. No caso específico, ficou demonstrado que os médicos possuem outras opções de atividade profissional, além de se ligarem a uma cooperativa de assistência médica. (4) **À míngua de prévia justificativa da cooperativa promovida quanto ao indeferimento dos pedidos de adesão, e não tendo sido colhidos dados técnicos pelos autores que façam prova inequívoca da alegada capacidade de absorção de novos profissionais de saúde dentro das respectivas especialidades médicas, ou de que o número de médicos já conveniados é incapaz de responder à demanda de usuários do sistema, não há como concluir pela satisfação dos requisitos necessários ao deferimento da tutela antecipada, tanto mais quando a proporção entre os atuais cooperados englobados em sua totalidade e os usuários da entidade supera a média recomendada pela OMS - Organização Mundial da Saúde - para a relação de médicos por habitante.** (5) Recurso desprovido. (TJCE. Agravo de Instrumento nº 9650-25.2006.8.06.0000/0, TJCE, Rel. Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA, 1ª Câmara Cível, j. 28/08/2007). Grifei

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO JULGADO PREJUDICADO. ALEGAÇÕES EXTEMPORÂNEAS. PRECLUSÃO. MÉRITO. UNIMED DE FORTALEZA. COOPERATIVISMO. LEI Nº 5.764/71. QUANTITATIVO DE ASSOCIADOS. RESSALVA LEGAL. IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL. EXIGÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DO QUE DEDUZIDO. ART. 273 DO CPC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO A QUO REFORMADA. 1.Submetido o agravo de instrumento a julgamento pelo órgão colegiado, resta prejudicado o pedido de reconsideração de fls. 194/220, o qual se restringe aos requisitos necessários à concessão de efeito suspensivo. 2.Reconhecida a preclusão temporal, inviabiliza-se a apreciação das alegações de fls. 224/225, aduzidas quando já decorrido o prazo legal para oferecimento de contra-razões. 3.Para a concessão da tutela antecipada, o art. 273 do Código de Processo Civil exige o atendimento cumulativo dos seguintes requisitos: (a) requerimento expresso doautor; (b) prova inequívoca do que deduzido pela parte; (c) verossimilhança do direito alegado; (d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. 4.Na situação dos autos, embora o autor tenha procurado demonstrar sua especialização em oftalmologia, bem como o atendimento de outras exigências estipuladas no Estatuto Social da UNIMED DE FORTALEZA, não há prova inequívoca de que haveria capacidade de absorção de novos oftalmologistas pela cooperativa ou mesmo que o atual número de médicos cooperados eventualmente não supre a demanda dos seus usuários. 5.O art. 4º da Lei nº 5.764/71 - Lei do Cooperativismo define as cooperativas como "sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados". Dentre suas principais características devem-se destacar: (a) adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; (b) área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços. Não obstante tenha a Lei

do Cooperativismo assinalado que as cooperativas teriam número ilimitado de associados, mais adiante ressalvou que a quantidade de associados seria ajustada à possibilidade técnica de prestação de serviços. Assim, legitima-se a restrição quantitativa de associados fundada no critério da "possibilidade técnica de prestação de serviços". 6. Não há uma regra absoluta que imponha à cooperativa a necessidade de admitir todos aqueles que pretendam a ela associar-se, devendo prevalecer, por conseqüência, os critérios razoáveis validamente definidos pelos órgãos sociais da entidade e em consonância com o seu objeto. 7. A adoção de critérios abusivos e arbitrários, sem harmonia com a legislação que disciplina o cooperativismo, pode ser impugnada por meio dos mecanismos judiciais próprios, em razão do princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário. 8. A proposta de admissão será analisada pelo Conselho Técnico e julgada pelo Conselho de Administração, órgãos sociais a quem incumbe a análise técnica e a deliberação a respeito do pedido de associação, observada a proporção existente entre a demanda dos pacientes conveniados aos planos de saúde e o quantitativo de médicos cooperados. **A equação estabelecida entre a procura por serviços médicos e a oferta de profissionais propicia o equilíbrio econômico-financeiro da cooperativa, sob pena de tornar insustentável o modelo adotado, em prejuízo dos próprios cooperados e dos consumidores que aderiram aos planos de saúde oferecidos pela cooperativa.** 9. Recurso conhecido e provido. Decisão a quo reformada. (Agravo de Instrumento nº 4387-12.2006.8.06.0000/0, TJCE, Rel. Des. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO, 3ª Câmara Cível, j. 27/08/2007). Grifei

DISPENSA A EXIGÊNCIA DO CERTAME

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS. UNIMED. PRETENSÃO DE INGRESSO DE MÉDICO NOS QUADROS DA COOPERATIVA.. EXIGÊNCIA QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA LIVRE ADESÃO. PRINCÍPIO DA "PORTA-ABERTA". ARTIGO 4º, I DA LEI Nº 5.764/71 QUE ESTABELECE ADESÃO DE NÚMERO ILIMITADO

DE COOPERADOS. MÉDICO QUE COMPROVOU QUE PREENCHEU OS DEMAIS REQUISITOS PARA INGRESSO NOS QUADROS DA COOPERATIVA. RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.
1. O thema decidendum diz respeito ao direito do agravante de ingressar na sociedade cooperativa de trabalho, sob o argumento de que foi atendido todos os requisitos exigidos pela lei e pelo Estatuto da entidade, sendo inidônea a justificativa de suficiência numérica de
médicos cooperados na respectiva especialidade (ortopedia).
2. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, sendo, em regra, ilimitado o número de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços (arts. 4º, I, e 29 da Lei nº 5.764/1971). Incidência do princípio da livre adesão voluntária.
3. Pelo princípio da porta-aberta, consectário do princípio da livre adesão, não podem existir restrições arbitrárias e discriminatórias à livre entrada de novo membro na cooperativa, devendo a regra limitativa da impossibilidade técnica de prestação de serviços ser interpretada segundo a natureza da sociedade cooperativa, mesmo porque a cooperativa não visa o lucro, além de ser um empreendimento que possibilita o acesso ao mercado de trabalhadores com pequena economia, promovendo, portanto, a inclusão social.
4. Não pode a cooperativa de trabalho médico recusar o ingresso de novo membro com base apenas na quantidade suficiente de associados na região exercendo a mesma especialidade do proponente, pois, em que pese o princípio da porta-aberta (livre adesão) não ser absoluto, a simples inconveniência com eventual diminuição de lucro para cooperados que já compõem o quadro associativo não caracteriza a impossibilidade técnica prescrita pela lei, sob pena de subversão dos ideais do sistema cooperativista.
5. Recurso conhecido e provido. (TJCE. Apelação 0620647-66.2016.8.06.0000. Relator: Des. TEODORO SILVA SANTOS. Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 28.09.2016). Grifei

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. INGRESSO DE NOVO ASSOCIADO. RECUSA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ADESÃO LIVRE. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PRECEDENTES STJ E TJ/CE. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1.Agravo regimental com o intuito de ver reformulada a decisão do relator em não dar seguimento ao agravo de instrumento, considerando a afronta ao entedimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça.

2. O dispositivo legal que rege a Política Nacional de Cooperativismo, prevê em seu art. 29 que "O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no artigo 4º, item I, desta Lei".

3. Salvo impossibilidade técnica do profissional para exercer os serviços propostos pela cooperativa, conforme art. 4º, I, da Lei 5.764/71, deve-se considerar ilimitado o número de associados que podem juntar-se ao quadro associativo, face a aplicação do princípio da adesão livre e voluntária que rege o sistema cooperativista.

4. Admissão da agravante que os agravados foram considerados aptos para pertencer aos quadros de colaboradores da cooperativa, tendo as qualificações necessárias para exercer suas atividades.

5. Ausência de provas da cooperativa de incapacidade técnica de admissão de novos cooperados. De modo que a negativa de filiação dos agravados torna-se uma incoerência com a natureza cooperativa da agravada, com base no princípio da livre adesão.

6. Agravo regimental conhecido e desprovido. (Relator(a): PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 15/02/2016; Data de registro: 15/02/2016; Outros números: 62845071201480600050000)

CIVIL. APELAÇÃO. AGRAVO DA DECISÃO UNIPESSOAL DO RELATOR. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (UNIMED). INGRESSO DE NOVOS ASSOCIADOS. RECUSA. SUFICIÊNCIA NUMÉRICA DE MEMBROS ATUANTES NA REGIÃO. IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AFFECTIO SOCIETATIS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MERA INCONVENIÊNCIA PARA OS COOPERADOS. PRINCÍPIO DA PORTA ABERTA (LIVRE ADESÃO). INCIDÊNCIA. REGIMENTAL DESPROVIDO.

1- O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, sendo, em regra, ilimitado o número de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços (arts. 4º, I, e 29 da Lei nº 5.764/1971), incidindo na espécie o princípio da livre adesão voluntária, do qual é consectário o princípio da porta aberta, segundo o qual não podem existir restrições arbitrárias e discriminatórias à livre entrada de novo membro na cooperativa, devendo a regra limitativa da impossibilidade técnica de prestação de serviços ser interpretada segundo a natureza dessa sociedade, mesmo porque não visa o lucro, além de ser um empreendimento que possibilita o acesso ao mercado de trabalhadores com pequena economia, promovendo, portanto, a inclusão social. Precedentes do STJ.

2- A lei não exige como condição de admissão de pessoas no cooperativismo o consentimento dos demais sócios (affectio societatis), isto é, o elemento subjetivo característico e impulsionador da sociedade, relacionado à convergência de interesses de seus sócios para alcançar o objeto definido no contrato social.

3- Os recorridos comprovaram estar devidamente habilitados ao exercício da medicina, inclusive nas especialidades da cirurgia geral e da clínica médica. A recorrente, por sua vez, não se desincumbiu de demonstrar nos fólios em que consiste a alegada "impossibilidade técnica de prestação de serviços", ou que os recorridos não preenchem as condições estabelecidas no Estatuto (art. 333, II, CPC).

4- Agravo desprovido. (Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 25/01/2016; Data de registro: 26/01/2016; Outros números: 66623992200080600015000)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARGUMENTOS REPISADOS. PONTO CRUCIAL DA QUESTÃO NÃO ENFRENTADO. COOPERATIVISMO. LEGISLAÇÃO REGULADORA (LEI Nº 5.764/71). ASSOCIADOS. ADESÃO VOLUNTÁRIA. NÚMERO ILIMITADO. REGIMENTAL CONHECIDO. PROVIMENTO NEGADO. 1. No arrazoado produzido limitou-se a recorrente a repisar os argumentos expostos no agravo de instrumento, deixando de enfrentar o ponto crucial da questão, qual seja, que a pretensão de impedir o ingresso da parte recorrida em seus quadros, com base em regras estatutárias, além de colidir com o posicionamento do STJ, afrontaria disposição elencada no artigo 4º, inciso I, da Lei nº 5.764/71. **2. Se a legislação reguladora da matéria prevê adesão voluntária e número ilimitado de sócios, não poderia a UNIMED impedir o ingresso da agravada em seus quadros, salvo em casos de impossibilidade técnica de prestação de serviços.** 3. Regimental conhecido. 4. Provimento negado. (Relator(a): FRANCISCO DARIVAL BESERRA PRIMO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 8ª Câmara Cível; Data do julgamento: 10/11/2015; Data de registro: 10/11/2015; Outros números: 62569540201580600005000)

AGRAVO REGIMENTAL DE DECISÃO MONOCRÁTICA – RECURSO DE APELAÇÃO – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (UNIMED) - INGRESSO DE NOVO ASSOCIADO – RECUSA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA ADESÃO LIVRE E VOLUNTÁRIA QUE REGE O SISTEMA DAS COOPERATIVAS - AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AGRAVO DESPROVIDO. 1. Sustenta a agravante que os atendidos pela cooperativa já contam com o atendimento de muitos médicos cooperados nas diversas áreas, inclusive a do promovente, de forma que a admissão do agravado prejudicaria a atividade da cooperativa.

Defende, ainda, a possibilidade de limitação da quantidade de cooperados por parte do Estatuto Social e a ausência de condições de congregar um número muito elevado de médicos, sob pena de de prejudicar o seu objeto.

2. A simples inconveniência para cooperados que já compõe o quadro associativo, não caracteriza a impossibilidade técnica prescrita pela lei. Deveria a cooperativa agravante ter provado a incapacidade técnica ocasionada pela admissão de novos cooperados, mas não o fez.

3. Presentes a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o receio de dano irreversível, mister a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

4. Agravo Regimental desprovido. Decisão recorrida mantida. (Relator(a): RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 8ª Câmara Cível; Data do julgamento: 27/10/2015; Data de registro: 27/10/2015; Outros números: 90228083201480600015000)

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. INGRESSO DE NOVOS PROFISSIONAIS. RECUSA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ADESÃO LIVRE E VOLUNTÁRIO QUE REGE O SISTEMA COOPERATIVISTA. INTELIGÊNCIA DO ART. 4º, I, DA LEI 5.764/71. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO CONCRETO, DE LIMITAÇÃO À CAPACIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS E DE DESRESPEITO ÀS REGRAS DO REGIMENTO INTERNO E DO ESTATUTO DA COOPERATIVA. PRECEDENTES STJ E TJ/CE.

1. Cuida-se de Agravo Interno em Apelação Cível interposta contra sentença que julgou procedente ação ordinária ajuizada com o fito de forçar a inclusão de dois médicos especialistas em quadro profissional da cooperativa médica, ora agravante.

2. Sobre o assunto, o colendo Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que "salvo impossibilidade técnica do profissional para exercer os serviços propostos pela cooperativa, conforme art. 4º, I, da Lei 5.764/71, deve-se considerar ilimitado o número de associados que podem juntar-se ao quadro associativo, face a aplicação do princípio da adesão livre e voluntária que rege o sistema cooperativista."

(STJ - REsp: 1124273 CE 2009/0029876-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 04/03/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/03/2010)

3. No caso concreto, a cooperativa ré aduz que não é obrigada a admitir em seus quadros todos aqueles que pretendam ingressar na sociedade, podendo deliberar sobre a conveniência e oportunidade da associação de novos médicos, inclusive em face da exceção legal de impossibilidade técnica de prestação de serviços.

4. Contudo, da análise dos documentos acostados aos autos, vislumbra-se que os autores possuem as qualificações necessárias ao exercício de suas especialidades, de forma que não se mostra possível acolher as razões para a negativa de filiação.

5. Ademais, "não pode a cooperativa de trabalho médico recusar o ingresso de novo membro com base apenas na quantidade suficiente de associados na região exercendo a mesma especialidade do proponente, pois, em que pese o princípio da porta-aberta (livre adesão) não ser absoluto, a simples inconveniência com eventual diminuição de lucro para cooperados que já compõem o quadro associativo não caracteriza a impossibilidade técnica prescrita pela lei, sob pena de subversão dos ideais do sistema cooperativista." (REsp 1479561/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 28/11/2014)

6. Precedentes STJ e TJ/CE. (Relator(a): PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 19/10/2015; Data de registro: 19/10/2015; Outros números: 16109742005806000150000)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. COOPERATIVA MÉDICA. UNIMED DE FORTALEZA. INCLUSÃO DE PROFISSIONAL NO QUADRO. NÚMERO ILIMITADO DE SÓCIOS. PRINCÍPIO DA "PORTA ABERTA" E DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO NO SISTEMA COOPERATIVO. EXISTÊNCIA DE DANO PARA A AGRAVANTE. VEROSSIMILHANÇA CONFIGURADA. DECISÃO REFORMADA.

1. Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão interlocutória, a qual negou o pedido autoral de antecipação de tutela, acerca do ingresso de profissional dermatologista em cooperativa médica.
2. A negativa de pedido antecipatório de tutela acerca da inclusão de profissional em cooperativa médica enseja dano para o mesmo, na medida em que fica com o exercício da profissão limitado e que não será possível repor os atendimentos perdidos mesmo com posterior integração.
3. O sistema cooperativista é regido pelo princípio da adesão livre e voluntária, considerando-se ilimitado o número de associados para compor o quadro associativo, salvo impossibilidade técnica do profissional. Respeitadas as regras do estatuto social, as cooperativas submetem-se ao "princípio da porta aberta", positivado no art. 4º, I, da Lei nº 5.764/1971, pelo qual o ingresso de novos membros condiciona-se apenas à comprovação da capacidade técnica do profissional para exercer os serviços propostos pela cooperativa. Em análise inicial dos documentos apresentados e alegações feitas pela agravante, verificou-se haver verossimilhança suficiente para a realização provisória da inscrição.
4. RECURSO PROVIDO. (Relator(a): JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 8ª Câmara Cível; Data do julgamento: 08/09/2015; Data de registro: 08/09/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA PARA FINS DE INCLUSÃO DO AUTOR NO QUADRO DE MÉDICOS COOPERADOS DA UNIMED DE FORTALEZA. DISCUSSÃO ACERCA DA AUSÊNCIA DE AFFECTIO SOCIETATIS, QUE ISENTARIA O PLANO DE SAÚDE DA OBRIGAÇÃO DE ADMITIR NOVOS COOPERADOS. INVOCAÇÃO DOS ARTS. 4º e 29 DA LEI Nº 5.764/71 COMO FUNDAMENTO DA ADESÃO ILIMITADA DE ASSOCIADOS, SALVO QUANDO EXISTIR IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RECOMENDÁVEL AUDIÇÃO NO JUÍZO DE ORIGEM, PARA ACURADO DESLINDE DA

CONTROVÉRSIA EM SEDE DO JULGAMENTO DE MÉRITO DA AÇÃO, NA QUALIDADE DE AMICI CURIAE, DE ENTIDADES COMO O CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO CEARÁ E A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA EM PRESERVAÇÃO DO ENTENDIMENTO CAMERÁRIO ADOTADO EM PRECEDENTES.

I - Mostra-se recomendável, para o mais acurado deslinde do mérito acionário no primeiro grau de jurisdição, a intervenção do Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará - CREMEC - como órgão responsável pela representação da corporação e do controle do exercício profissional da Medicina neste Estado, bem como da Agência Nacional de Saúde, reguladora dos planos de saúde privada, na qualidade de amici curiae, inovação quanto à aplicação em feitos ordinários, mas já de registro em nossa sistemática jurisdicional, haja vista o que previsto no art. 31 da Lei nº 6.385/76, nas questões que envolvem a Comissão de Valores Mobiliários; no art. 89 da Lei nº 8.884/94, que diz respeito às matérias de intervenção do CADE; nos arts. 57 e 175 da Lei nº 9.279/96, quando a lide envolve questões atinentes à propriedade industrial, além do art. 175 da Lei nº 8.906/94, alusivo à intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil.

II - Desta sorte, afigura-se de bom alvitre a audição, no juízo de origem, das entidades supra aludidas, que poderão, em nome do interesse público e institucional, colaborar ao se manifestarem sobre a questão em liça, máxime quanto à possibilidade e viabilidade ampliativa dos quadros de médicos cooperados, ilimitadamente, sem a participação do controle da cooperativa médica, aos reclamos do direito de exercício profissional assegurado na Constituição Federal, opinando acerca do vislumbramento ou não de limitações técnicas a impedir a ampliação do número de médicos cooperados.

III - Tratando-se esta que ora se realiza de uma análise preludial, sumária, não exauriente, característica do exame meritório do agravo de instrumento, e considerando merecer a lide originária esclarecimento acerca da existência ou não de impossibilidade técnica de prestação de serviços que pudesse vir a excepcionar a filiação ilimitada à cooperativa, impedindo o ingresso do agravado como médico cooperado,

bem como para preservar o entendimento que esta egrégia 2ª Câmara Cível vem adotando em casos semelhantes, há de se manter, sem embargo de ulterior deliberação em sede de eventual recurso apelatório, a antecipação de tutela concedida em prol do autor pelo juízo a quo.
AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Relator(a): FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 07/06/2011)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COOPERATIVA MÉDICA. UNIMED. VEDAÇÃO AO INGRESSO DE NOVOS MÉDICOS. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ADESÃO LIVRE E VOLUNTÁRIA QUE REGE O SISTEMA DAS COOPERATIVAS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
1 - Pretende desfazer a decisão que determinou a inclusão dos agravados no quadro da cooperativa recorrente.
2 - A Lei 5.764/71, que dispõe sobre as sociedades cooperativas, define que o ingresso de associados em seus quadros é livre a todos que desejam utilizar os serviços, desde que obedeçam aos propósitos sociais e atendam as condições fixadas e se prefaz através de adesão voluntária, com número ilimitado de associados.(art. 4º, I e art. 29), vejamos:
Art. 4º. As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; Art. 29. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no artigo 4º, item I, desta Lei.
3 - E é este o pensamento dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ), vejamos:
EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL COOPERATIVA. UNIMED. VEDAÇÃO DE INGRESSO A NOVOS MÉDICOS

EM FACE DO GRANDE NÚMERO DE PROFISSIONAIS ASSOCIADOS QUE ATUAM EM DETERMINADA ESPECIALIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A falta de prequestionamento em relação ao art. 273, I, § 2º, do CPC, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da súmula 211/STJ. 2. Salvo impossibilidade técnica do profissional para exercer os serviços propostos pela cooperativa, conforme art. 4º, I, da Lei 5.764/71, deve-se considerar ilimitado o número de associados que podem juntar-se ao quadro associativo, face a aplicação do princípio da adesão livre e voluntária que rege o sistema cooperativista. 3. No caso concreto, a ré aduz que a cooperativa não é obrigada a aceitar todos aqueles que pretendam ingressar na sociedade, podendo deliberar sobre a conveniência e oportunidade da associação de novos médicos, inclusive em face da exceção legal de impossibilidade técnica de prestação de serviços. Contudo, o acórdão recorrido foi claro ao afirmar que a autora possui todas as qualificações necessárias ao exercício de sua especialidade, de modo que não é possível acolher as razões para a negativa de de filiação.4. Recurso especial não conhecido. REsp 1124273 / CE. RECURSO ESPECIAL Nº 2009/0029876- .Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO. QUARTA TURMA. 04/03/2010.

4 - Por fim, quanto ao pedido de suspensão com relação a pessoa do Dr. João Quintino Júnior, ao fundamento de que não apresentou, na inscrição, a prova da especialidade em ortopedia e traumatologia, compreendo que, o mais precatado, consiste em deixar que o pedido seja analisado pelo juiz singular, na própria ação de obrigação de fazer, reanalisando a documentação colacionada que oportunizou a concessão da antecipação de tutela.

5 - Agravo conhecido, mas improvido. (Relator(a): EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data de registro: 04/08/2011)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. **TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA PARA INCLUSÃO DO RECORRIDO NO QUADRO DE COOPERADOS DA UNIMED. NUMERO DE ASSOCIADOS ILIMITADO.**

> **LEI Nº 5.764/71. REQUISITOS EXIGIDOS PELA LEI DO COOPERATIVISMO PREENCHIDOS**. DECISÃO RECORRIDA MANTIDA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Relator(a): MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 14/02/2011)

Cita-se ainda, os processos de nº 0622167-61.2016.8.06.0000; 0621136-06.2016.8.06.0000; da relatoria do eminente Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes; assim como do Processo de nº 0620916-08.2016.8.06.0000, da relatoria do eminente Desembargador Washington Luis Bezerra de Araújo, que em todos os processos ora citados proferiram decisões que acompanham o entendimento que registro neste voto.

Vê-se, portanto, "*que o entendimento majoritário desta E. Corte de Justiça Alencarina, inclina-se pela legalidade da inclusão de Seleção Pública no estatuto de Cooperativa Médica, como forma de melhor e mais isonômica forma de recepcionar novos cooperados*".

E da vasta jurisprudência d´outras Cortes de Justiça, extraio:

> APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO - ATAQUE AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA - REJEIÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO - ADMISSÃO DE NOVOS MÉDICOS COOPERADOS - RESTRIÇÕES ESTATUTÁRIAS - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 29 DA LEI Nº 5.764/71 - RECURSO NÃO PROVIDO.
> - Não há falar-se em não conhecimento do recurso se há ataque, em razões recursais, aos fundamentos da sentença.
> - O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto. Inteligência do art. 29 da Lei n.º 5.764/71.
> - **A livre adesão, prevista no inciso I, art. 4º, da Lei 5.764/71, não é absoluta, podendo ser estipuladas características próprias para a associação.**[77] (Grifei)

77 (TJMG - Apelação Cível 1.0024.11.264234-3/001, Relator(a): Des.(a) Márcio Idalmo Santos Miranda, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/06/2016, publicação da súmula em 30/06/2016)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER RELATIVA A INSERÇÃO DE MÉDICO NOS QUADROS DA RÉ - INGRESSO EM COOPERATIVA MÉDICA - EXIGÊNCIA DE SELEÇÃO PÚBLICA DE PROVAS E TÍTULOS - PREVISÃO ESTATUTÁRIA - AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE - IMPROCEDÊNCIA.
- **A adesão em cooperativa será voluntária, com número ilimitado de associados, ressalvando, contudo, a impossibilidade técnica de prestação de serviços, a qual autoriza a aplicação do estatuto da cooperativa e, no caso o art. 10, item "e" do estatuto da cooperativa médica prevê expressamente como requisito a aprovação em processo seletivo para ingresso em seus quadros.**[78] (Grifei)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INGRESSO DE MÉDICO NO QUADRO DE COOPERADOS DA UNIMED-BH. PREVIA APROVAÇÃO EM SELEÇÃO PÚBLICA DE PROVAS. EXIGÊNCIA PREVISTA NO ESTATUTO DA COOPERATIVA. VALIDADE. ART. 29, DA LEI 5.764/71. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.
- **Inexiste ilegalidade em condicionar o ingresso de novos cooperados à prévia aprovação em seleção pública de provas e títulos, vez que tal exigência, por constar expressamente no Estatuto Social (art. 10), está em consonância com o disposto no art. 29, da Lei 5.764/71.**[79] (Grifei)

COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (UNIMED/UBERABA) - INGRESSO DE NOVOS MÉDICOS COOPERADOS - LIMITAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA - LEI Nº 5.764/71 - DISPOSIÇÕES ESTATUTÁRIAS - **ANÁLISE DE CRITÉRIOS ECONÔMICO-FINANCEIROS** - POSSIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO.

78 (TJMG - Apelação Cível 1.0024.13.052012-5/001, Relator(a): Des.(a) Valdez Leite Machado, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/03/2016, publicação da súmula em 30/03/2016)

79 (TJMG - Apelação Cível 1.0024.11.222771-5/003, Relator(a): Des.(a) José Marcos Vieira, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/10/2015, publicação da súmula em 20/10/2015)

Nos termos dos arts. 4º, I e 29, ambos da Lei nº 5.764/71, as cooperativas regem-se pela adesão livre e voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços.

Tal impossibilidade técnica engloba a inviabilidade operacional decorrente do número excessivo de profissionais em determinada área de atuação, preservando-se a viabilidade econômico-financeira da entidade.

Está claro que o aumento indiscriminado do número de médicos cooperados causa impactos no funcionamento da sociedade, em função da proporcional elevação dos custos operacionais e despesas administrativas decorrentes.[80] (Grifei)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (UNIMED) - REQUISITOS PARA ADMISSÃO DE NOVOS COOPERADOS - APROVAÇÃO PRÉVIA EM SELEÇÃO PÚBLICA DE PROVAS E TÍTULOS - PREVISÃO ESTATUTÁRIA - INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE. - Inexiste ilegalidade em condicionar o ingresso de novos cooperados à prévia aprovação em seleção pública de provas e títulos, vez que tal exigência, por constar expressamente no Estatuto Social da UNIMED, está em consonância com o disposto no art. 29, da Lei 5.764/71.[81]

Cooperativa. Demanda condenatória em obrigação de fazer ajuizada contra cooperativa médica e voltada à inclusão do médico-autor no quadro de cooperados independentemente de aprovação em processo seletivo por ela realizado. Tutela antecipada concedida, previamente ao contraditório, para impor desde logo à ré a filiação do autor, sem a exigência da realização no certame. Descabimento. Ausência de urgência extrema, com risco de ineficácia da medida almejada ou mesmo de dano grave a autorizar decisão em tais moldes.

80 (TJMG - Apelação Cível 1.0701.08.226161-4/003, Relator(a): Des.(a) Lucas Pereira, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/08/2009, publicação da súmula em 01/09/2009)

81 (TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.140744-5/001, Relator(a): Des.(a) Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/09/2016, publicação da súmula em 20/09/2016)

Demonstração pela ré, ademais, que a negativa de ingresso decorreu da reprovação do autor no processo seletivo, previsto no estatuto como condição à admissão de novos membros. Indeferimento da filiação que, em tais condições, afigura-se a princípio legítimo. Inteligência do art. 29, caput, da Lei nº 5.764/71. Requisitos do art. 273 do CPC ausentes. Decisão de Primeiro Grau concessiva da antecipação de tutela que se reforma. Agravo de instrumento da ré provido.[82]

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. **Exceção ao ingresso ilimitado de cooperados em cooperativa expressamente prevista na lei 5.764/71 e apoiada em previsão regimental: impossibilidade técnica de prestação de serviços. Hipótese em que não se pode permitir que o autor prejudique seus colegas médicos ao pretender o ingresso na cooperativa-ré desobedecendo à ordem de inscrição**. APELO PROVIDO. UNÂNIME.[83]

COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (UNIMED/ MACEIÓ) - INGRESSO DE NOVOS MÉDICOS COOPERADOS - SELEÇÃO PARA ADMISSÃO - LIMITAÇÃO - **IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA - LEI N.º 5.764/71 - DISPOSIÇÕES ESTATUTÁRIAS - ANÁLISE DE CRITÉRIOS ECONÔMICO-FINANCEIROS - PROVA PERICIAL ATUARIAL POSSIBILIDADE.** RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Grifei)

SOCIEDADE SIMPLES. COOPERATIVA DE TRANSPORTE COLETIVO. DEMISSÃO IMOTIVADA DE COOPERADO. INOCORRÊNCIA. DEMANDANTE QUE NÃO COMPROVOU A CONDIÇÃO DE FILIADO. PROVA QUE INDICA PARA MERO VÍNCULO PRECÁRIO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO TEMPO DO PROCESSO

82 (TJSP. Agravo de Instrumento 2000756-19.2016.8.26.0000; Relator(a): Fabio Tabosa; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 17/02/2016; Data de registro: 18/02/2016)

83 (TJRS. Apelação Cível Nº 70040376436, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Julgado em 26/10/2011)

PARA ADMISSÃO. **RECUSA AO PEDIDO DE ADMISSÃO REGULARMENTE PREVISTA NO ESTATUTO. ATO DISCRICIONÁRIO DO ÓRGÃO DIRETIVO DA COOPERATIVA. IMPOSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DE MÉRITO. ENTIDADE PRIVADA REGIDA POR SUAS PRÓPRIAS DIRETIVAS INTERNAS EM RELAÇÃO À ADMISSÃO DE NOVOS COOPERADOS. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO**.[84]

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE PRECEITO COMINATÓRIO. REQUERIMENTO PARA INGRESSO DE MÉDICO NO QUADRO DE COOPERADOS. NEGATIVA DE ADESÃO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. **APROVAÇÃO EM SELEÇÃO PÚBLICA. PREVISÃO ESTATUTÁRIA. EXIGÊNCIA LEGÍTIMA. AUSÊNCIA DE ARBITRARIEDADE E DISCRIMINAÇÃO. MEIO IDÔNEO PARA SELEÇÃO DE CANDIDATOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LIVRE ADESÃO. INOCORRÊNCIA**. PRECEDENTES DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – IUJ 1.059.777-8/01 E IUJ 995.078-3/01. RECURSO NÃO PROVIDO.[85]

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO SUMÁRIA DE PRECEITO COMINATÓRIO. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (UNIMED). PEDIDO DE INCLUSÃO DE NOVOS COOPERADOS. INCAPACIDADE TÉCNICA DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM CERTAME PÚBLICO COM PREVISÃO NO ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.1. O ingresso de novos médicos ao quadro das cooperativas é ilimitado, salvo se o cooperado não tiver capacidade técnica para a prestação dos serviços aos usuários e não preencha as condições estabelecidas no estatuto. **2. Vê-se que uma das**

84 (TJSP; Apelação 0013304-23.2010.8.26.0000; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 25/03/2010; Data de Registro: 06/04/2010)

85 (TJPR, Processo: 1081432-1, Acórdão: 68892, Fonte: DJ: 1980, Data Publicação: 02/03/2017, Órgão Julgador: 6ª Câmara Cível, Relator: Espedito Reis do Amaral, Data Julgamento: 21/02/2017)

condições estabelecidas pelo Estatuto para o ingresso na associação é justamente a aprovação prévia em seleção de provas e títulos, a qual não se submeteram as apelantes, ocasionando então a negativa da apelada em inscrevê-las em seu quadro de associados.3. Exigir aprovação em certame público não desrespeita o artigo 4º, inciso I da Lei nº. 5.764/71, pois esta mesma Lei condiciona em seu artigo 29 o preenchimento pelo pretenso associado das condições estabelecidas no Estatuto.4. Além disso, considerando os documentos carreados nas sequências 1.4 e 1.6, evidencia-se que ao tempo da propositura da demanda em junho de 2013, as apelantes não preenchiam o requisito previsto no artigo 3º, inciso II, do Estatuto Social da apelada, qual seja," dois anos profissional após a titulação, na especialidade médica proposta, devidamente comprovados ".5. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.[86]

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO. PRECEDENTES DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SOB OS Nº 1.059.777-8/01 E 995.078-3/01. POR MAIORIA. SITUAÇÃO FÁTICA. PRETENSÃO DOS AUTORES DE INGRESSO NOS QUADROS DE COOPERADOS DA REQUERIDA. COOPERATIVA MÉDICA. NEGATIVA DE ADESÃO. AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM SELEÇÃO PÚBLICA. PREVISÃO ESTATUTÁRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LIVRE ADESÃO. SENTENÇA IMPROCEDENTE. APELAÇÃO. INSURGÊNCIA DOS AUTORES PARA DETERMINAR À REQUERIDA A INCORPORAÇÃO DOS POSTULANTES EM SEUS QUADROS DE COOPERADOS.PRINCÍPIO DA LIVRE ADESÃO. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE ASSOCIADOS. POSSIBILIDADE. **CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA DO CANDIDATO A INGRESSO NA COOPERATIVA. PREVISÃO LEGAL. ARTIGO 4º, INCISO I C/C ARTIGO 29, § 1º DA LEI Nº 5.764 DE 1971. SELEÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE ARBITRARIEDADE E DISCRIMINAÇÃO. MEIO IDÔNEO PARA SELEÇÃO**

86 (TJPR, 18ªCCv, AC 1339127-8, Des. Marcelo Gobbo Dalla Déa, 31.08.2016).

DE CANDIDATOS. PRINCÍPIO DA LIVRE ADESÃO. OFENSA.NÃO VERIFICADA. IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DA COOPERATIVA. AVERIGUAÇÃO. NECESSIDADE. VIABILIDADE FINANCEIRA E OPERACIONAL. NÃO INCUMBÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EMITIR JUÍZO SOBRE O MÉRITO DA DELIBERAÇÃO ESTATUTÁRIA. OBRIGATORIEDADE DE FISCALIZAÇÃO DO SERVIÇO PRESTADO POR SEUS ASSOCIADOS. DEVER DE GERENCIAMENTO DE SEUS QUADROS DE COOPERADOS. ATENDIMENTO A DEMANDA SOCIAL DE ESPECIALIZAÇÕES. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. DIVERGÊNCIA. APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SOB OS Nº 1.059.777-8/01 E 995.078-3/01. POR MAIORIA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.[87]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA. INCLUSÃO DOS AUTORES NO QUADRO DE ASSOCIADOS DA UNIMED. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. SELEÇÃO PÚBLICA. EXIGÊNCIA LEGÍTIMA. JUSTA RECUSA PELA COOPERATIVA. AUSÊNCIA DE DOIS ANOS DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL APÓS A TITULAÇÃO NA ESPECIALIDADE PRETENDIDA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DO INVOCADO DIREITO E DE FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 300, NCPC. DECISÃO MANTIDA. **Não há que se cogitar a ilegalidade da exigência de aprovação prévia em seleção pública para ingresso nos quadros da cooperativa, eis que tal requisito é considerado condição indispensável para a inclusão do profissional nos quadros da Unimed, especialmente porque a não submissão do profissional ao referido teste tem sido enquadrada como impossibilidade técnica, o que impede o ingresso na cooperativa, nos termos do art. 4º, I, da Lei 5.764/71.O Estatuto da Cooperativa**

87 (TJPR, 11ªCCv, AC 1551322-1, Desª. Lenice Bodstein, 10.10.2016).

> **prevê que é necessária a prova de dois anos de exercício profissional após a titulação, na especialidade médica proposta, devidamente comprovados.** Na hipótese, os agravantes não lograram êxito em demonstrar aptidão para filiar-se aos quadros da ré, inexistindo, portanto, prova inequívoca do direito alegado. Ausentes os requisitos do art. 300, do NCPC, deve-se manter a decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela. Agravo de instrumento não provido.[88]

Deve prevalecer, portanto, a meu vislumbre, o entendimento de que a exigência estatutária de processo seletivo para o ingresso de médicos nos quadros de Cooperativa Médica não viola a regra de livre adesão do artigo 4º, I, da Lei 5.764/71, ***porque não possui caráter discriminatório ou arbitrário, não incumbindo ao Poder Judiciário emitir juízo sobre o mérito da deliberação estatutária, pelo viés da impossibilidade técnica, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da não intervenção estatal na autonomia deliberativa das cooperativas e da isonomia***.

Na realidade, os critérios para admissão de novos sócios devem estar claramente expostos nos estatutos e devem ser compatíveis com os objetivos de produção, comercialização ou prestação de serviços almejados e decididos pelo grupo, e também coerentes com a missão econômica, política e social da associação. Portanto, tudo deve estar transparente nos estatutos da sociedade cooperativa, a fim de que esta realmente atenda ao princípio em debate.

Na minha concepção, portanto, com a licença de quem pensa em contrário, a seleção pública que vem embasando a inclusão de novos médicos na cooperativa médica interessada, busca e tão somente busca, a qualidade e a isonomia que deve abraçar o universo de médicos interessados, com a finalidade e a visão precípua voltada ao seu cliente, sem discriminar e sem ser arbitrária, pois como operadora de plano de saúde, regulada e fiscalizada pela ANS, tem e possui compromissos legais com os seus clientes/usuários, porquanto são eles os efetivos destinatários dos seus serviços.

88 (TJPR, 18ªCCv, AI 1573344-1, Des. Péricles Bellusci de Batista Pereira, 23.11.2016).

Não há dúvida, aliás, como afirma SIQUEIRA, Paulo Cesar Andrade, no seu Direito Cooperativo Brasileiro (Comentários à Lei 5.764/71) – Ed. Dialética – 2004, págs. 94 que, «*retirada a discussão constitucional da livre associação, há uma expressa ressalva legal sobre a liberdade associativa, que permite a limitação da associação em face da impossibilidade técnica de serviços. De mencionar-se que a cooperativa, em face dessa lei, é uma sociedade criada para o fim específico de prestar serviços para os seus cooperados*».

A legislação, em momento algum, informa o autor, «*regulamenta profissões, atividades, bens ou serviços, através da Lei de Cooperativas. Ela regulamenta uma forma de conter as possibilidades econômicas de agir na sociedade. Toda a Lei das Cooperativas é voltada para essa forma de agir, não sendo relevante, em nenhum momento da regulamentação, a atividade do cooperado, mas, sim, como ela será exercida em face dos serviços que a cooperativa prestará ao cooperado. (...) Assim a única forma de entender o dispositivo coerente, sistêmica, racional e juridicamente, é a impossibilidade técnica da prestação dos serviços é da cooperativa e não do candidato a cooperado*».

Por último, acrescento, que no distante ano de 2009, o Conselho Federal de Medicia, respondendo consulta feita pelo Dr. ANTONIO CARLOS BERNARDES, sobre o tema, "Cooperativas não pagar médicos não cooperados, falta ética", de forma unânime, aprovou parecer, cuja ementa, por análoga ao que se discute, inclusive no ponto levantado na audiência pública pelo médico Dr. Gilnard Caminha de Menezes Aguiar, proclamou, *verbis*:

> *EMENTA: É justo e devido o recebimento de honorários médicos de colega não cooperado que atende usuário de operadora de planos de saúde em situações de urgência e emergência. Incorrerá em falta ética o diretor médico da operadora de saúde que não cumprir com tal determinação legal não determinando o reembolso ao usuário dos gastos com o médico não cooperado nesta situação. Caso não haja necessidade de contratação de médicos e de serviços, poderão as Cooperativas, por motivo puramente administrativo interno, não credenciá-los, sem que isto represente limitação da prática médica. As empresas*

> *administradoras de planos de saúde não estão obrigadas a credenciar médicos ou pessoas jurídicas, desde que essa escolha seja estritamente sua, bem como os critérios que utilize para tanto. Um profissional que preste serviço em estabelecimento conveniado, tem o seu trabalho legislado pelo contrato com o estabelecimento hospitalar sem a interferência cooperativa, sendo os honorários, responsabilidade da pessoa jurídica para a qual o reclamante presta serviços.*[89]

Considerando, portanto, e enfim, tudo quanto foi exposto, de forma até mesmo exaustiva nestes autos, proponho o julgamento do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, adotando-se para tanto, por esta Colenda Seção de Direito Privado, a tese abaixo, para que, na forma do artigo 985 do Código de Processo Civil, em consequência, seja aplicada a todos os processos individuais e coletivos pendentes, ou casos futuros que versem sobre a mesma questão de direito envolvendo o tema no Estado do Ceará, inclusive nos Juizados Especiais.

TESE:

> **Não é abusiva, tampouco discriminatória e arbitrária, a exigência de seleção pública prevista no Estatuto Social de cooperativa que opera plano de saúde, tendo em vista que não incumbe ao Poder Judiciário, pelo viés da impossibilidade técnica, intervir no funcionamento das cooperativas, sob pena de ferir os principios Constitucionais da autonomia deliberativa, da não intervenção estatal, da livre associação, além de preservar a isonomia, insculpidos no artigo 5º, *caput*, inciso XVIII da Constituição Federal, e está em consonância com o disposto no art. 4º, inciso I c/c o art. 29, da Lei nº 5.764/71.**

89 PARECER CRM/MS N° 06/2009, PROCESSO CONSULTA Nº 01/2009, INTERESSADO: DR ANTONIO CARLOS BERNARDES, PARECERISTA: DR ELTES DE CASTRO PAULINO. ASSUNTO: Cooperativas não pagar médicos não cooperados, falta ética?. Aprovado em sessão plenária de 24/04/2009.

Em razão desta decisão, julga-se procedente o Agravo Interno no Agravo de Instrumento de nº 0621834-12.2016.8.06.0000, para cassar a decisão tomada às fls. 1017/1026 do Agravo de instrumento respectivo.

É como voto, submetendo-o à apreciação desta Colenda Seção de Direito Privado, na forma do art. 16, I, "h", do Regimento Interno desta Corte de Justiça.

Com este Relator, votaram os Desembargadores Jucid Peixoto do Amaral, Maria Gladys Lima Vieira, Durval Aires Filho, Emanuel Leite Albuquerque, Maria de Fátima de Melo Loureiro, Maria Vilauba Fausto Lopes e Helena Lúcia Soares, além da Juiza Convocada Dra. Marlúcia de Araújo Bezerra, como se vê às fls. 1211/1216, 1225/1226, 1227/1240, 1247/1248, 1249/1267 e 1268/1270. Em divergência à conclusão desta Relatoria, iniciada pelo Desembargador Teodoro Silva Santos, votaram os Desembargadores Francisco Gomes de Moura, Lira Ramos de Oliveira, Heráclito Vieira de Sousa Neto e Carlos Alberto Mendes Forte e, com eles, a Juíza Convocada Dra. Rosilene Ferreira Facundo, nos votos acostados às fls. 1028/1041, 1175/1204, 1225/1226, 1241/1246.

Fortaleza/CE. 27 de novembro de 2017.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

APELAÇÃO CRIME Nº 0003393-90.2010.8.06.0178
VARA DE ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE URUBURETAMA
APELANTE: JOSÉ LAÉRCIO SOUSA DA SILVA
APELANTE: LEANDRO DOS SANTOS LIMA
APELANTE: ANTONIO MARCOS DE SOUSA FONSECA
APELANTE: RENATO SOUSA DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECORRENTE QUE NÃO FOI JULGADO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. OCORRÊNCIA. DECISÃO DO TRIBUNAL POPULAR QUE NÃO ENCONTRA SUPORTE PROBATÓRIO ACERCA DA AUTORIA DELITIVA. SUBMISSÃO DOS RÉUS A NOVO JULGAMENTO. APELO CONHECIDO PARCIALMENTE E DADO PROVIMENTO.

1. Em relação ao apelante JOSÉ LAERCIO SOUSA DA SILVA, conforme se extrai da ata da sessão de julgamento do Tribunal do Juri, fls.567/569, o mesmo não foi julgado naquela oportunidade por se encontrar internado no Hospital Otávio Lobo. Dessa forma, diante da falta de interesse de agir, não conheço do presente apelo apenas em relação ao recorrente JOSÉ LAERCIO SOUSA DA SILVA.

2. A apelação por decisão manifestamente contrária à prova dos autos só deve ser considerada procedente quando, conforme destaca Edilson

Mougenot Bonfim, "[…] destituída de qualquer apoio nos elementos probatórios carreados ao processo, não encontrando fundamento em nenhum elemento de convicção trazido durante a instrução."

3. Da análise do caso concreto, se pôde perceber que havia teses em conflito, a da acusação, segundo a qual os réus teriam cometido o delito de homicídio qualificado, e a da defesa, que sustentou a negativa de autoria, tendo os jurados optado pela da acusação. Ocorre que a prova produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa não trouxe elementos capazes de imputar aos réus a autoria do crime, vez que, além de os recorrentes negarem serem autores do delito no interrogatório judicial, as testemunhas ouvidas, sob o compromisso de dizer a verdade, não os apontaram como autores do crime.

4. Assim, apesar de o Tribunal do Júri, órgão competente para julgar crimes dolosos contra a vida, ter liberdade para avaliar o conjunto probatório e atribuir a cada elemento o grau de importância que achar devido, na espécie, a decisão vergastada, quanto à autoria delitiva, não está respaldada em nenhuma prova produzida em juízo, o que impõe a submissão do acusado a novo julgamento, nos termos do art. 593, §3º, do CPP.

5. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº **0003393-90.2010.8.06.0178**, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara

Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em CONHECER PARCIALMENTE do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 12 de fevereiro de 2019.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por defesa de **José Laércio Sousa da Silva, Leandro dos Santos Lima, Antonio Marcos de Sousa Fonseca e Renato Sousa da Silva**, com fulcro no art. 593, III, "d" do CPP, contra sentença que o condenou por violação ao art. 121, § 2º, I E IV, do Código Penal.

Em suas razões recursais, fls. 603/606, os acusados sustentam que o veredicto do Conselho de Sentença é manifestamente contrário à prova dos autos, pois em nenhum momento auxiliaram o réu confesso José da Silva dos Santos.

Contrarrazões ministeriais às fls. 662/665.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 683/687, opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

À Douta Revisão.

VOTO

Ab initio, em relação ao apelante JOSÉ LAERCIO SOUSA DA SILVA, conforme se extrai da ata da sessão de julgamento do Tribunal do Juri, fls.567/569, o mesmo não foi julgado naquela oportunidade por se encontrar internado no Hospital Otávio Lobo.

Dessa forma, diante da falta de interesse de agir, não conheço do presente apelo apenas em relação ao recorrente JOSÉ LAERCIO SOUSA DA SILVA.

MÉRITO. TESE DE JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS

Em seu art. 5º, XXXVIII, a Constituição Federal de 1988 prevê o Tribunal do Júri e seus princípios como garantias constitucionais inerentes ao exercício do direito de liberdade, cabendo ao aludido órgão o julgamento de indivíduos que estejam sob acusação de um crime doloso contra a vida.

Assim, cabe aos jurados a análise de questões de mérito envolvendo estes tipos de infrações penais, e, somente se presente alguma das hipóteses do art. 593, III do Código de Processo Penal (nulidade posterior à pronúncia; sentença contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; erro ou injustiça na aplicação da pena e decisão manifestamente contrária à prova dos autos) será cabível o recurso de apelação.

Dito isto, importante ressaltar que a apelação por decisão manifestamente contrária à prova dos autos só deve ser considerada procedente quando, conforme destaca Edilson Mougenot Bonfim, "[...] destituída de qualquer apoio nos elementos probatórios carreados ao processo, não encontrando fundamento em nenhum elemento de convicção trazido durante a instrução."[1]

Da análise do caso concreto, se pôde perceber que havia teses em conflito, a da acusação, segundo a qual os réus teriam cometido o delito de homicídio e a da defesa, que pleiteou a absolvição dos acusados apontando negativa de autoria.

Ocorre que a prova produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa não trouxe elementos capazes de imputar aos apelantes a autoria do homicídio perpetrado contra Francisco Isaias Alves de Sousa, no dia 14.07.2010.

No interrogatório judicial, os recorrentes negaram a autoria delitiva, aduzindo que a vítima estaria sentada de costas para as grades da cela nº.04, quando o detento José da Silva Santos, de alcunha "Zé Preto", o laçou de surpresa, levando a vítima a óbito por enforcamento.

1 BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 814.

Come feito, as testemunhas ouvidas asseveraram ter visto José da Silva Santos enforcando a vítima com uma corda, mas não viram nem declinaram os nomes dos acusados como participantes do crime em comento.

Pois bem. Apesar de o Ministério Público ter denunciado os apelantes como possíveis colaboradores para a execução do crime em questão, tem-se que, em juízo, nenhum elemento de prova confirma a referida tese, o que demonstra que a decisão do Conselho de Sentença deu-se sem respaldo no conjunto probatório, devendo, portanto, ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos.

Assim, apesar de o Tribunal do Júri, órgão competente para julgar crimes dolosos contra a vida, ter liberdade para avaliar o conjunto probatório e atribuir a cada elemento o grau de importância que achar devido, na espécie, a decisão vergastada, quanto à autoria delitiva, não está respaldada em nenhuma prova produzida em juízo, o que, a meu sentir, impõe a submissão do acusado a novo julgamento, nos termos do art. 593, §3º, do CPP.[2]

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, voto no sentido de CONHECER PARCIALMENTE o recurso de apelação e DAR-LHE PROVIMENTO, determinando a submissão dos acusados a novo julgamento, nos termos do art. 593, §3º, do CPP.

É como voto.

Fortaleza, 12 de fevereiro de 2019.

2 Nesse sentido: "Os indícios de autoria contra o apelante foram produzidos exclusivamente no curso do inquérito policial e são oriundos dos depoimentos de testemunhas presenciais que expressamente não os confirmaram em juízo. […] III – Impõe-se com isso a anulação do julgamento, nos termos do art. 593, III, alínea d, do Código de Processo Penal, uma vez que o veredito condenatório não tem respaldo nos autos." (TJ-AL – APL: 07147025120158020001 AL 0714702-51.2015.8.02.0001, Relator: Des. Sebastião Costa Filho, Data de Julgamento: 13/12/2017, Câmara Criminal, Data de Publicação: 19/12/2017)

PROCESSO: 0004823-36.2016.8.06.0059 – APELAÇÃO
APELANTE: CASSIANO GONÇALVES ALEXANDRE
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HENRIQUE JORGE HOLANDA SILVEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. INCÊNDIO MAJORADO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE INTIMAÇÃO DAS PARTES, COM ABERTURA DE PRAZO, PARA O REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIAS, A TEOR DO DISPOSTO NO ART. 402 DO CPP. A DEFESA, EMBORA TENHA TIDO MAIS DE UMA OPORTUNIDADE, NÃO POSTULOU NENHUMA DILIGÊNCIA. NOS TERMOS DO ART. 563 DO CPP E EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*, A DECLARAÇÃO DE NULIDADE PRESSUPÕE A EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO, O QUE, NA ESPÉCIE, NÃO OCORREU. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA A MODALIDADE CULPOSA, VEZ QUE O APELANTE AGIU, NO MÍNIMO, COM DOLO EVENTUAL. FALTA DE EXAME DE CORPO DE DELITO SUPRIDA PELA PROVA TESTEMUNHAL (ART. 167 DO CPP). AFASTAMENTO DAS AGRAVANTES DO ABUSO DE PODER OU VIOLAÇÃO DE DEVER INERENTE A CARGO, OFÍCIO, MINISTÉRIO OU PROFISSÃO E DA EMBRIAGUEZ PREORDENADA. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DO MOTIVO FÚTIL COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO,

REMANESCENDO A AGRAVANTE DO ABUSO DE AUTORIDADE OU PREVALECENDO-SE DE RELAÇÕES DOMÉSTICAS, DE COABITAÇÃO OU DE HOSPITALIDADE, OU COM VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA FORMA DA LEI ESPECÍFICA. REGIME INICIALMENTE FECHADO, TENDO EM VISTA A EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O art. 402 do CPP dispõe que as partes, ao final da audiência, poderão requerer diligências complementares, não prevendo o aludido dispositivo legal a obrigatoriedade de intimação das partes, com a posterior abertura de prazo.

2. Na espécie, a defesa, por ocasião da audiência (termo de fls. 82), não requereu nenhuma diligência e, ademais, no momento do interrogatório do Recorrente (termo de fls. 126), a defesa, mais uma vez, não postulou nenhuma diligência e, por último, ao ser intimada para apresentar alegações finais, a defesa simplesmente atendeu ao despacho (fls. 135) e ofereceu as alegações finais, na forma de memoriais (fls. 137/139), deixando de pleitar (em vez de ofertar as alegações finais), naquele momento, a realização de eventual diligência.

3. Nos moldes do art. 563 do CPP, somente será declarada a nulidade de ato processual se houver efetiva demonstração de prejuízo, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*, não havendo a defesa, na hipótese dos autos, demonstrado a imprescindibilidade de alguma diligência, bem como o efetivo prejuízo decorrente da não realização do ato, ônus que lhe cabia.

4. Os depoimentos prestados, em Juízo, fazem cair por terra os argumentos do Recorrente, o qual agiu, no mínimo, com dolo eventual, eis que, sabendo que o fogo poderia se alastrar, assumiu o risco de provocar o incêndio no imóvel, o que, de fato, ocorreu, afigurando-se inviável, por conseguinte, a desclassificação do delito para a modalidade culposa.

5. No que se refere à ausência de exame pericial, saliento que a sua falta pode ser suprida pela prova testemunhal, a teor do disposto no art. 167 do CPP ("não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta"), caso dos autos, vez que os depoimentos são uníssonos no sentido da ocorrência do incêndio e das suas grandes proporções, importando destacar, ainda, que a vítima Maria de Fátima Gonçalves Alexandre noticiou à polícia que o seu filho ateou fogo na residência dela e que, no incêndio, todos os documentos dela foram queimados (boletim de ocorrência de fls. 29).

6. A negativação dos quesitos "culpabilidade", "motivos", "circunstâncias" e "consequências" foi correta, havendo o Juiz *a quo* apresentado adequada fundamentação, não carecendo de nenhum reparo, nesse ponto, o *decisum* objurgado, o qual, acertadamente, fixou a pena-base do Apelante em 4 (quatro) anos de reclusão, 1 (um) ano acima, portanto, do mínimo legal.

7. Por outro lado, embora estejam bem caracterizadas as agravantes previstas no art. 61, II, "a" e "f", do CP (visto que o crime foi praticado,

no âmbito doméstico, pelo filho contra a sua mãe por motivo de ciúme da namorada, a qual residia com eles), o delito não foi perpetrado com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão e, ademais, não há nos autos prova de que o Recorrente tenha ingerido bebida alcoólica e se embriagado com o propósito de cometer o crime de que se cuida, de modo que devem ser afastadas as agravantes previstas no art. 61, II, "g" e "l", do CP ("com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão" e "em estado de embriaguez preordenada", respectivamente), cabendo salientar que a agravante do motivo fútil (art. 61, II, "a", do CP) deve ser compensada com a atenuante da confissão (art. 65, III, "d", do CP), haja vista que são 2 (duas) circunstâncias de igual importância (preponderantes), sendo de rigor, assim, a compensação.

8. Feita a compensação, remanesce 1 (uma) agravante, a saber, aquela prevista no art. 61, II, "f", do CP ("com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica"), sendo adequada a majoração da pena em 6 (seis) meses, utilizando-se o mesmo cálculo feito pelo Juiz *a quo*, ao elevar a pena em 1 (ano) para 2 (duas) agravantes.

9. Por último, deve ser aplicada a causa de aumento de pena contida no art. 250, § 1º, II, "a", do CP, na medida em que o incêndio atingiu casa habitada, de maneira que, aumentando-se em 1/3 (um terço) a pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, chega-se à pena definitiva de 6 (seis) anos de reclusão.

10. O regime inicial de cumprimento da pena, como bem deliberou o Juiz *a quo*, deve ser o fechado, eis que, conquanto a pena seja de 6 (seis) anos de reclusão, há circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Recorrente (mesmo sendo ele primário), o que, inclusive, acarretou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, estando justificada, dessa forma, a imposição do regime inicialmente fechado, aplicando-se ao caso o art. 33, §§ 2º e 3º do CP.
11. Apelação Criminal conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a <"Órgão Julgador#Retorna o nome da vara onde está o processo=8@PROC"> do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em dar parcial provimento à Apelação Criminal, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 20 de novembro de 2018.

RELATÓRIO

Cogita-se de Apelação Criminal manejada por Cassiano Gonçalves Alexandre, adversando a sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da comarca de Caririaçu/CE que o condenou nas penas do art. 250, § 1º, II, "a", c/c o art. 61, II, "a", "f", "g" e "l", c/c o art. 65, III, "d", todos do CP, c/c as disposições da Lei 11.340/2006.

Narra a denúncia (fls. 02/04) que, em 08.08.2016, por volta de 01h45min, na Rua Borginho, Caririaçu/CE, o Apelante ateou fogo na residência de sua genitora Maria de Fátima Gonçalves Alexandre, expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio da vítima, constando da

delação, demais disso, que o Recorrente, ao chegar de uma festa, afirmou que atearia fogo nas roupas de sua namorada, a qual também morava na residência da vítima com o Apelante, sendo que, como a vítima não permitiu que o Recorrente queimasse as roupas da namorada, ele afirmou que incendiaria a residência da vítima, a qual, ao ouvir a ameaça de incêndio, saiu de casa, momento em que o Apelante trancou a porta e ateou fogo no imóvel, o qual ficou devastado, tendo sido queimados todos os móveis e pertences pessoais da vítima.

Ao final da exordial acusatória, o *Parquet* requereu a condenação do Recorrente nas tenazes do art. 250, § 1º, II, a, do CP, c/c o art. 7º, IV, da Lei 11.340/2006.

Adoto, no mais, o relatório da sentença de fls. 162/168, *decisum* que fixou a pena do Apelante em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, sem o direito de recorrer em liberdade.

Em suas razões recursais (fls. 205/215), o Recorrente sustenta, preliminarmente, a nulidade da sentença, pois não foi intimado para requerer as diligências que julgasse necessárias, tendo havido, portanto, cerceamento de defesa.

No mérito, o Apelante aduz, em sinopse, que:

a) não pretendia incendiar o imóvel, havendo o fogo se alastrado pela casa de forma acidental, de modo que deve o crime ser desclassificado para a modalidade culposa (art. 250, § 2º, do CP), inexistindo nos autos, ademais, exame pericial;

b) a dosimetria da pena não foi adequadamente realizada pelo Juiz *a quo*, o que impõe o seu refazimento.

Pugna o Recorrente, enfim, pelo provimento do recurso, anulando-se ou reformando-se a sentença fustigada.

Em contrarrazões (fls. 229/236), o Ministério Público requer a manutenção do *decisum* atacado.

Em parecer de fls. 252/259, a Procuradora-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório, no essencial.

VOTO

A sentença vergastada condenou a Apelante nas penas do art. 250, § 1º, II, "a", c/c o art. 61, II, "a", "f", "g" e "l", c/c o art. 65, III, "d", todos do CP, c/c as disposições da Lei 11.340/2006.

Passo a examinar a prejudicial de nulidade da sentença, suscitada pelo Recorrente.

O Apelante afirma que deve ser declarada a nulidade da sentença, pois não foi intimado para requerer as diligências que julgasse necessárias, tendo havido, portanto, cerceamento de defesa.

O argumento não deve ser acolhido.

O art. 402 do CPP dispõe que as partes, ao final da audiência, poderão requerer diligências complementares, não prevendo o aludido dispositivo legal a obrigatoriedade de intimação das partes, com a posterior abertura de prazo, *in verbis*:

> Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.

Na espécie, a defesa, por ocasião da audiência (termo de fls. 82), não requereu nenhuma diligência e, ademais, no momento do interrogatório do Recorrente (termo de fls. 126), a defesa, mais uma vez, não postulou nenhuma diligência e, por último, ao ser intimada para apresentar alegações finais, a defesa simplesmente atendeu ao despacho (fls. 135) e ofereceu as alegações finais, na forma de memoriais (fls. 137/139), deixando de pleitar (em vez de ofertar as alegações finais), naquele momento, a realização de eventual diligência.

Demais disso, ressalto que, nos moldes do art. 563 do CPP, somente será declarada a nulidade de ato processual se houver efetiva demonstração de prejuízo, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*, não havendo a defesa, na hipótese dos autos, demonstrado a

imprescindibilidade de alguma diligência, bem como o efetivo prejuízo decorrente da não realização do ato, ônus que lhe cabia, *ipsis litteris*:

> Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Acerca do assunto, colaciono os seguintes julgados:

> […] 1. **"Não há falar em inobservância do disposto no art. 402 do Código de Processo Penal quando verificado que, ao final da audiência de instrução, a defesa teve oportunidade e não se manifestou acerca da realização de qualquer diligência, não havendo, portanto, razão para que fosse determinada a intimação para o requerimento de diligências complementares, até porque o referido dispositivo prevê que tal pedido deve ser feito ao final da própria audiência"** (HC n. 297.684/PR, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 7/10/2014, DJe 10/11/2014). 2. **Ademais, consoante dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, não se declara a nulidade de ato processual sem que haja efetiva demonstração de prejuízo, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*. Com efeito, não foi especificado, nas razões recursais, qual a diligência se tornou imprescindível, bem como o efetivo prejuízo decorrente da não realização do ato.** […]
> (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1196846/PR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, julgamento em 19.06.2018, DJe 01.08.2018)

> […] 1. **Hipótese em que a Defesa arrolou três testemunhas na defesa prévia. Posteriormente, aditou a peça e indicou outras três pessoas para serem ouvidas, substituição que foi acolhida pelo magistrado. O advogado acompanhou as audiências, os interrogatórios e o encerramento da instrução, sem qualquer insurgência. Na fase do art. 402 do Código de Processo Penal, nada requereu. Já na fase de alegações finais, peticionou alegando que as três primeiras testemunhas indicadas na defesa prévia haviam sido ignoradas. Trata-se de questão preclusa, haja vista a**

> **ausência de impugnação no momento oportuno. Ademais, não se indicou concretamente qual seria a relevância dessa oitiva ou qual seria o prejuízo sofrido, incidindo o princípio *pas de nullité sans grief*.** […]
> (STJ, RHC 78546/PE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgamento em 30.03.2017, DJe 07.04.2017)
>
> […] 7. **As nulidades suscitadas pela parte agravante demanda a comprovação do efetivo prejuízo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal. Vigora, no direito processual penal, o princípio *pas de nullité sans grief*.** […] 9. **Não há nulidade quando as diligências determinadas no curso da ação penal findam após o interrogatório, conforme o disposto no art. 402 do CPC.**
> (STJ, AgRg na APn 702/AP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgamento em 01.06.2016, DJe 16.06.2016)

Assim sendo, considerando que a sentença vergastada não padece de nenhuma nulidade, rejeito a preliminar e passo ao exame do mérito.

Meritoriamente, o Apelante alega que não pretendia incendiar o imóvel, havendo o fogo se alastrado pela casa de forma acidental, de modo que deve o crime ser desclassificado para a modalidade culposa (art. 250, § 2º, do CP), inexistindo nos autos, ademais, exame pericial.

Razão não lhe assiste.

Em Juízo, Maria de Fátima Gonçalves Alexandre (vítima e mãe do Recorrente) disse que o seu filho, ao chegar à residência, perguntou pela namorada e, ao saber que ela não estava, perguntou à vítima onde estavam as roupas dela e ameaçou queimar o guarda-roupas, caso a sua mãe não lhe entregasse as roupas da namorada dele, ocasião em que a vítima saiu da casa e ele trancou as portas, havendo o fogo queimado todos os móveis da residência, tendo, ainda, caído grande parte do telhado do imóvel, que era alugado.

Em Juízo, Cícera Gonçalves Alexandre (irmã do Apelante e filha da vítima) afirmou que tomou conhecimento do incêndio, bem como da sua autoria, das suas proporções e das suas consequências, que o fogo queimou tudo, que quase todo o teto da casa caiu e que o fato se deu por

discussão do Recorrente com a namorada dele, o que fez com ele quisesse queimar as coisas dela.

Em Juízo, José Manoel Santos Palmeira (policial militar) disse que atendeu a ocorrência e presenciou o curso e a debelação do incêndio, que a casa foi destruída pelo fogo, que foi um incêndio de grandes proporções e que a população ficou revoltada com a atitude do Apelante, querendo, inclusive, linchá-lo.

Em Juízo, o Recorrente confessou, ainda que parcialmente, a prática do delito em tela, afirmando que ateou fogo nas coisas da sua namorada e foi tomar banho, tendo o fogo se espalhado, que, posteriormente, tentou apagar o fogo, sem sucesso, todavia, e que não queria tocar fogo na casa, mas apenas nas coisas da sua namorada.

Assim sendo, os depoimentos prestados, em Juízo, fazem cair por terra os argumentos do Apelante, o qual agiu, no mínimo, com dolo eventual, eis que, sabendo que o fogo poderia se alastrar, assumiu o risco de provocar o incêndio no imóvel, o que, de fato, ocorreu, afigurando-se inviável, por conseguinte, a desclassificação do delito para a modalidade culposa.

No que se refere à ausência de exame pericial, saliento que a sua falta pode ser suprida pela prova testemunhal, a teor do disposto no art. 167 do CPP ("não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta"), caso dos autos, vez que os depoimentos são uníssonos no sentido da ocorrência do incêndio e das suas grandes proporções, importando destacar, ainda, que a vítima Maria de Fátima Gonçalves Alexandre noticiou à polícia que o seu filho ateou fogo na residência dela e que, no incêndio, todos os documentos dela foram queimados (boletim de ocorrência de fls. 29).

De mais a mais, o Recorrente afirma que a dosimetria da pena não foi adequadamente realizada pelo Juiz *a quo*, o que impõe o seu refazimento.

Razão lhe assiste, em parte.

O Juiz *a quo* apontou as seguintes razões para negativar os quesitos "culpabilidade", "motivos", "circunstâncias" e "consequências" e fixar a pena-base do Apelante em 4 (quatro) anos de reclusão (a pena varia de 3 a 6 anos):

a) culpabilidade – entendida como o juízo de censurabilidade incidente sobre a conduta do agente: tenho-a como acentuada, pois, por motivo de ciúmes bobo de uma namorada, o acusado causou incêndio na casa em que residia de favor com sua mãe e pôs na "rua da amargura" uma família inteira, composta por quase integralmente pessoas vulneráveis como mulher; idosa e criança, as quais foram privadas por completo do pouco que tinham, pois que tudo que havia na casa foi consumido pelo fogo, que causou ainda sérios danos à edificação, como a ruína do teto. Os autos demonstram, ainda, empedernida premeditação por parte do réu, o qual não cedeu aos apelos de sua própria mãe que tentou a todo custo demovê-los daquela infeliz ideia que já trazia consigo quando, tarde da noite, chegou da farra. Ainda, o réu, depois de fazer o que fez, foi tranquilo dormir em uma pousada, enquanto sua mãe passava mal e era socorrida pelos vizinhos, ao ver o fogo consumindo tudo o que juntara até aqui em sua vida;

b) motivos – os precedentes causais de caráter psicológico da ação ou mola propulsora do crime, no caso, só podem exacerbar a reprimenda a ser imposta, pois que não são próprios dos crimes desta espécie e consistiram em sentimento reprovável de posse sobre pessoa humana e desproporcional com relação ao mal causado, inclusive a pessoas alheias aos motivos;

c) circunstâncias – desfavoráveis por ter sido o crime praticado em zona urbana adensadamente povoada, em casa habitada e vizinha, parede com parede, de outras habitações, sendo ainda a casa atingida habitada de aluguel por pessoas humildes e que nada tinham com a despeita do réu com sua namorada. Ainda, o réu trancou as portas e fugiu pela janela para evitar qualquer interferência no cometimento do crime, o que também dificultou o combate ao fogo;

d) consequências – consistentes nos efeitos produzidos pela ação criminosa, o maior ou menor vulto do dano ou perigo de dano e o sentimento de insegurança trazido pela ação, no caso refletem reprovabilidade superlativamente elevada, posto que não houve apenas crime de perigo, mas também de dano, além do que as chamas consumiram não somente tudo o que havia no interior da casa, como também provocaram a ruína parcial da edificação, risco iminente, sério, concreto e sentido pelos vizinhos, os quais

ficaram atônitos com a insanidade cometida pelo réu que, de maneira reflexa, atingiu não só a vítima como a todos os seus vizinhos e toda a comunidade de Caririaçu, que se cotizou para reparar os extensos danos causados à vítima, como mesmo referido por esta em suas declarações, tendo ela, ainda, que reconstruir o patrimônio alheio destruído covardemente pelo réu.

É de se concluir que a negativação dos referidos quesitos foi correta, havendo o Juiz *a quo* apresentado adequada fundamentação, não carecendo de nenhum reparo, nesse ponto, o *decisum* objurgado, o qual, acertadamente, fixou a pena-base do Recorrente em 4 (quatro) anos de reclusão, 1 (um) ano acima, portanto, do mínimo legal.

Por outro lado, embora estejam bem caracterizadas as agravantes previstas no art. 61, II, "a" e "f", do CP (visto que o crime foi praticado, no âmbito doméstico, pelo filho contra a sua mãe por motivo de ciúme da namorada, a qual residia com eles), o delito não foi perpetrado com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão e, ademais, não há nos autos prova de que o Apelante tenha ingerido bebida alcoólica e se embriagado com o propósito de cometer o crime de que se cuida, de modo que devem ser afastadas as agravantes previstas no art. 61, II, "g" e "l", do CP ("com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão" e "em estado de embriaguez preordenada", respectivamente), cabendo salientar que a agravante do motivo fútil (art. 61, II, "a", do CP) deve ser compensada com a atenuante da confissão (art. 65, III, "d", do CP), haja vista que são 2 (duas) circunstâncias de igual importância (preponderantes), sendo de rigor, assim, a compensação.

Sobre o tema, trago à baila os seguintes arestos:

> […] 8. **De modo que, havendo uma circunstância judicial negativa (culpabilidade), fica a pena-base dos réus no patamar de 04 (quatro) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.** 9. **Na 2ª fase, presentes para ambos os réus a atenuante de confissão espontânea e as agravantes de motivo torpe e crime cometido mediante surpresa. Assim, compensa-se a agravante de motivo torpe com a atenuante de confissão, por serem igualmente preponderantes (art. 67**

do Código Penal), e agrava-se a sanção em 1/6 em razão da agravante do art. 61, II, 'c' do Código Penal. Fica a pena de ambos os réus, neste momento, no patamar de 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa. […]
(TJCE, Apelação Criminal 0000746-17.2006.8.06.0032, Rel. Des. Mário Parente Teófilo Neto, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 09.10.2018)

[…] 8 - **Na segunda fase de apenação, o julgador reconheceu a ocorrência da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, 'd', CPB) e das agravantes do motivo fútil e do estado de embriaguez preordenado (art. 61, II, alíneas 'a' e 'l', CPB).** 9 - **Diferentemente do que alega a defesa, o delito não foi cometido sem motivo aparente, mas por motivação insignificante, banal como se referiu o sentenciante, isso do ponto de vista do *homo medius*. Em que pese a forma sucinta e pouco profunda da motivação utilizada, os fundamentos utilizados pautaram-se em circunstâncias concretas extraídas dos autos, autorizando a majoração da pena.** 10 - **D'outra sorte é impositiva a exclusão da agravante da embriaguez preordenada assentida na decisão a quo, já que não há elementos nos autos que indiquem que o recorrente tenha ingerido bebida alcoólica e se embebedado com o desígnio de praticar o crime em tela.** 11 – **Decotada à circunstância da embriaguez preordenada, resta manifesta na segunda fase de apenação a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, 'd', CPB) e a agravante do motivo fútil (art. 61, II, alínea 'a', CPB).** 12 - **Concorrentes duas circunstâncias legais, preponderam às circunstâncias de caráter subjetivo (motivos determinantes do crime, a personalidade do agente e a reincidência), sobre aquelas de caráter objetivo, inteligência do art. 67 do Código Penal.** 13 - **Por configurar no caso concreto duas circunstâncias de mesma importância (preponderantes), sendo uma atenuante e outra agravante, necessário a compensação entre ambas, condição que mantem a pena provisória no *quantum* estabelecido na pena-base - 02 (dois) anos de reclusão, a qual converte-se em definitiva à míngua de causas de diminuição ou aumento (3ª fase).** […]

(TJCE, Apelação Criminal 0000073-12.2010.8.06.0217, Rel. Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 24.04.2018)

JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO, DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME QUE NÃO SE DISTANCIAM DO HABITUAL. NECESSIDADE DE CORREÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO QUALIFICADA. CONSIDERAÇÃO. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA MOTIVAÇÃO FÚTIL. VALORAÇÃO DA AGRAVANTE DO USO DE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. PROPORCIONALIDADE. Se as consequências do feito, mesmo que naturalmente graves, não extrapolam às habituais para o tipo, mostra-se incorreta a desfavorável avaliação da circunstância judicial quando da fixação da pena base. Reconhecida a atenuante da confissão espontânea, ainda que qualificada, imperativo seja considerada a favor do réu. Inteligência da Súmula 545 do STJ. **Correta a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da motivação fútil por se tratarem de circunstâncias igualmente preponderantes, nos termos do disposto no art. 67, do Código Penal.** Valorada a agravante do uso de recurso que dificultou a defesa da vítima em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nada há que alterar. Apelação do Ministério Público não provida. Apelação da Defesa provida.
(TJDFT, Apelação Criminal 0000888-86.2017.8.07.0006, Rel. Des. Mario Machado, 1ª Turma Criminal, julgamento em 06.09.2018)

Feita a compensação, remanesce 1 (uma) agravante, a saber, aquela prevista no art. 61, II, "f", do CP ("com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica"), sendo adequada a majoração da pena em 6 (seis) meses, utilizando-se o mesmo cálculo feito pelo Juiz *a quo*, ao elevar a pena em 1 (ano) para 2 (duas) agravantes.

Por último, deve ser aplicada a causa de aumento de pena contida no art. 250, § 1º, II, "a", do CP, na medida em que o incêndio atingiu casa

habitada, de maneira que, aumentando-se em 1/3 (um terço) a pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, chega-se à pena definitiva de 6 (seis) anos de reclusão.

O regime inicial de cumprimento da pena, como bem deliberou o Juiz *a quo*, deve ser o fechado, eis que, conquanto a pena seja de 6 (seis) anos de reclusão, há circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Recorrente (mesmo sendo ele primário), o que, inclusive, acarretou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, estando justificada, dessa forma, a imposição do regime inicialmente fechado, aplicando-se ao caso o art. 33, §§ 2º e 3º do CP, *verbo ad verbum*:

> Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
> […]
> § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:
> a) **o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado**; (grifei)
> b) **o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto**; (grifei)
> c) **o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto**. (grifei)
> § 3º - **A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código**. (grifei)

Acrescento, ainda, que, como se observa do texto do art. 33, § 2º, b e c, do CP, preenchidas as condições estabelecidas nos dispositivos, o condenado poderá (e não deverá) cumprir a pena em regime inicialmente semiaberto ou aberto, tendo em vista que o regime inicial de cumprimento da pena será definido com base nos critérios previstos no art. 59 do CP

("o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime"), tendo já decidido o STJ que "a fixação da pena-base acima do mínimo legal, aliada à reprimenda definitiva imposta (superior a 4 anos) justificam, por si só, a imposição do regime inicial fechado, nos termos dos arts. 33, § 3º e 59, do Código Penal" (STJ, AgRg no HC 417491/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgamento em 19.10.2017, DJe 27.10.2017), caso dos autos.

A respeito da matéria, colaciono os seguintes julgados:

> AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. SENTENÇA. REGIME INICIAL. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REPRIMENDA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO QUE SE IMPÕE (ART. 33, § 3º C/C O 59, DO CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL CAPAZ DE JUSTIFICAR O PROCESSAMENTO DO PEDIDO. AUSÊNCIA. 1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que se indefere liminarmente o *writ*, substitutivo de recurso especial, quando não evidenciado constrangimento ilegal na imposição do regime inicial fechado de expiação. 2. **A fixação da pena-base acima do mínimo legal, aliada à reprimenda definitiva imposta (superior a 4 anos) justificam, por si só, a imposição do regime inicial fechado, nos termos dos arts. 33, § 3º e 59, do Código Penal. Precedente.** 3. Agravo regimental improvido.
> (STJ, AgRg no HC 417491/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgamento em 19.10.2017, DJe 27.10.2017)

> PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ROUBO MAJORADO EM CONCURSO FORMAL. PLEITO DE REDIMENSIONAMENTO DA SANÇÃO CORPORAL. ACOLHIMENTO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. FRANCISCO ANIOLANIO SOUZA PENA, condenado à sanção de 10 (dez) anos, 06 (seis) meses e 28 (vinte e oito) dias

de reclusão e MARCELO DE SOUSA SANTOS, condenado à pena de 09 (nove) anos e 08 (oito) dias de reclusão, por infração ao disposto no art. 157, §2º, I e II c/c art. 70, todos do Código Penal, interpuseram os presentes apelos requerendo, em síntese, o redimensionamento da pena-base; o reconhecimento e aplicação do concurso formal na fração de 1/5; a fixação do regime semiaberto e a concessão do direito de recorrer em liberdade. Marcelo de Sousa Santos requer, ainda, a aplicação das atenuantes de confissão espontânea e menoridade relativa na fração de 1/6, bem como a exclusão da majorante do emprego de arma de fogo. 2. Adentrando ao mérito recursal, tem-se que o julgador, ao dosar a pena-base dos recorrentes às fls. 105/107, entendeu como desfavoráveis os vetores "culpabilidade", "antecedentes", "conduta social" e "circunstâncias do crime" para o réu Francisco Aniolanio e os vetores da "culpabilidade", "conduta social" e "circunstâncias do crime" para o acusado Marcelo de Sousa. 3. Decota-se o traço negativo atribuído aos vetores "culpabilidade", "antecedentes" e "conduta social", pois a fundamentação apresentada pelo juízo de piso mostrou-se inidônea. 4. Em giro diverso, mantém-se o desvalor atribuído às "circunstâncias do crime", pois tendo sido reconhecidas duas majorantes (emprego de arma e concurso de agentes), pode uma delas ser utilizada para elevar a basilar e a outra ser analisada na 3ª fase da dosimetria, sem que isto configure *bis in idem*. Precedentes. 5. Assim, remanescendo traço desfavorável sobre apenas um dos vetores do art. 59 do Código Penal, fica a pena-base redimensionada para o montante de 04 (quatro) anos e 09 (nove) meses de reclusão para ambos os réus. 6. Na 2ª fase da dosimetria, foi reconhecida a atenuante de confissão espontânea em favor dos dois acusados, bem como a de menoridade relativa em relação a Marcelo de Sousa. Deve ser mantido o reconhecimento, porém se faz necessário atenuar as reprimendas ao patamar mínimo de 04 (quatro) anos de reclusão, considerando o princípio da hierarquia das fases e o teor do enunciado sumular nº 231 do STJ. 7. Na 3ª fase, deve ser mantido o aumento de 1/3 em razão da presença da majorante do emprego de arma, ficando a pena dos acusados, neste momento, no patamar de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. 8. Ainda na 3ª fase, a reprimenda foi elevada

em 2/5 pela incidência do concurso formal. Ocorre que tal fração merece ser reformada para 1/5, conforme precedentes do STJ, vez que foram praticados três crimes de roubo. 9. Desta feita, fica a pena de FRANCISCO ANIOLÂNIO SOUZA PENA redimensionada de 10 (dez) anos, 06 (seis) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão para 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e a de MARCELO DE SOUSA SANTOS redimensionada de 09 (nove) anos e 08 (oito) dias de reclusão para 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão. Fica também diminuída a pena de multa para o montante de 15 (quinze) dias-multa. 10. **Mantém-se o regime inicial de cumprimento de pena no fechado, pois ainda que a pena tenha restado fixada em montante inferior a 08 (oito) anos, tem-se que a presença de circunstância judicial negativa autoriza a imposição do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.** 11. Deixa-se de conceder aos réus o direito de recorrer em liberdade, pois consoante disposto na sentença os mesmos ficaram segregados durante toda a instrução criminal, já que permaneciam incólumes os fundamentos que ensejaram o ergástulo, tudo em conformidade com o entendimento do STJ. Precedentes. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.
(TJCE, Apelação Criminal 0107111-42.2016.8.06.0001, Rel. Des. Mário Parente Teófilo Neto, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 31.07.2018)

REVISÃO CRIMINAL - AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 621 DO CPP - REEXAME DE PEDIDO JÁ JULGADO - IMPOSSIBILIDADE - REGIME PRISIONAL - CRIME HEDIONDO - IMPOSIÇÃO ABSTRATA DO REGIME FECHADO AFASTADA PELO PLENO DO STF - OBSERVÂNCIA DA REGRA DO ART. 33 DO CPB - CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO AUTORIZAM O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL, O QUAL FICA MANTIDO. - Impossível deferir pedido de revisão que já foi devidamente julgado e que não foi proposto com base em qualquer das hipóteses do art. 621 do CPP. - **Diante da mais recente orientação jurisprudencial, deve-se analisar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de**

> **liberdade conforme a regra geral do art. 33 do CPB. - Ainda que seja o réu tecnicamente primário e a pena privativa de liberdade imposta não superior a 8 anos, possível é a fixação do regime fechado, se não lhe são as circunstâncias judiciais de todo favoráveis.**
> (TJMG, Revisão Criminal 0124574-05.2016.8.13.0000, Rel. Des. Catta Preta, 1º Grupo de Câmaras Criminais, julgamento em 12.06.2017)

Diante do exposto, conheço da Apelação Criminal interposta, dando-lhe parcial provimento, apenas para fixar a pena do Apelante em 6 (seis) anos de reclusão, mantendo, no mais, a sentença combatida.

É como voto.

Fortaleza, 20 de novembro de 2018.

PROCESSO: 0004938-70.2013.8.06.0121 - APELAÇÃO
APELANTE: ROBERVÂNIO CESÁRIO DE SOUSA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESEMBARGADORA FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 121, §2º, II E IV, DO CPB. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU ACERCA DA PRONÚNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 420, I, DO CPP. DESCABIMENTO. Não se cogita anular o feito quando, nada obstante não tenha sido o réu regularmente intimado do *decisum*, seu defensor o foi, permanecendo inerte ante a possibilidade de interposição de recurso. Por ocasião da sessão de julgamento, quando presente o mesmo causídico antes intimado, nada foi alegado acerca da aventada nulidade, logo após apregoadas as partes, na primeira oportunidade, conforme os termos do art. 471 do Códido de Processo Penal. Preclusão da matéria. E, estando o réu presente na ocasião, foi-lhe dado exercer em sua plenitude o direito de auto-defesa. Prejuízo não configurado. Incidência do art. 563 da referida lei processual. Caso que não guarda semelhança com os precedentes indicados pela parte, decididos no âmbito do STF e do STJ, onde constatada a efetiva violação das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. **2. NULIDADE DA DECISÃO. ART. 593, III, "D", DA LEI ADJETIVA. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA CONTRARIEDADE ENTRE**

A DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA E A PROVA ENCARTADA AOS AUTOS. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. DECISÃO MANTIDA. Inexistindo prova manifesta a demandar o acolhimento das teses defensivas – legítima defesa e exclusão das qualificadoras – e havendo prova a sustentar o convencimento do órgão colegiado popular, há que ser mantida a decisão, porque proferida sob o princípio constitucional da soberania dos veredictos. *In casu*, afasta-se a tese da legítima defesa pois, para sua caracterização, faz-se necessária a presença concomitante de todos os requisitos do artigo 25 do Código Penal: agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro, e repulsa com a utilização dos meios necessários, usados moderadamente, o que, seguramente, não ocorreu no caso em mesa. Ao contrário, restou sobejamente comprovado que o recorrente dirigiu-se armado com um revólver à casa da ex-companheira da vítima, onde esta se encontrava, com o intuito de tomar-lhe satisfação acerca do furto por ela perpetrado na residência dele, da quantia de R$200,00, em dia pretérito. A vítima, por sua vez, percebendo a sua chegada ao local, procurou esconder-se em um pequeno banheiro, entretanto o réu invadiu o recinto e a atingiu incontinenti com disparos de arma de fogo, havendo registro em seu corpo de três lesões por entrada de projétil de arma de fogo – uma na região escapular, próxima cerca de 10 cm do mamilo, uma outra no tórax, e uma terceira em um dos dedos de uma mão, que caracteriza, em tese, lesão de defesa. Inexiste,

portanto, prova manifesta a demandar a anulação da decisão colegiada popular. 3. Recurso conhecido e desprovido

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos de nº 0004938-70.2013.8.06.0121, em que foi interposta apelação por Robervânio Cesário de Sousa, contra decisão proferida no Tribunal do Júri da Vara 1ª Vara da Comarca de Massapê, pela qual condenado pela prática de crime previsto no art.121, §2º, II e IV, do Código Penal Brasileiro.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do apelo e negar-lhe provimento, em consonância com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 3 de outubro de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de autos em que interposto recurso de apelação por Robervânio Cesário de Sousa, contra sentença proferida no Tribunal do Júri da 1ª Vara da Comarca de Massapê, pela qual condenado, em conjunto com Francisco José de Maria, pela prática de crime previsto no art.121, §2º, II e IV, do Código Penal Brasileiro, responsabilizado que foram por fato de que restou vítima Francisco Judah, em sua residência localizada naquele Município, isso por volta das 20:00h, do dia 15 de julho de 2013, mediante disparos de arma de fogo, com a qual lhe produziu lesões suficientes à sua morte, motivado pelo entendimento de que ela lhe furtara a quantia de R$200,00.

Regularmente processado, restou condenado nos termos em que pronunciado ao cumprimento de doze anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, a ele negado aguardar em liberdade o julgamento do recurso ora em análise.

Apelo por ele interposto com esteio no art. 593, III, "a" e "d", do Código de Processo Penal.

Em sede de contrarrazões, a Promotoria Pública manifestou-se pelo desprovimento da via. No mesmo sentido, o parecer da Procuradoria de Justiça.

É o breve relatório.

VOTO

Conforme relatado trata-se de autos em que interposto recurso de apelação por Robervânio Cesário de Sousa, contra sentença proferida no Tribunal do Júri 1ª Vara da Comarca de Massapê, pela qual condenado, em conjunto com Francisco José de Maria, pela prática de crime previsto no art.121, §2º, II e IV, do Código Penal Brasileiro, ao cumprimento de doze anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, a ele negado aguardar em liberdade o julgamento do recurso ora em análise.

A insurgência recursal reside nos seguintes pontos:

- nulidade absoluta decorrente da não intimação pessoal do réu acerca da decisão de pronúncia;

- decisão contrária à prova dos autos, porquanto comprovadas as circunstâncias elementares da excludente de ilicitude (legítima defesa) e, ainda, que o réu não atuou mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Da Preliminar.

Diz-se da ocorrência de nulidade de natureza absoluta, uma vez que o réu não foi pessoalmente intimado do ato pelo qual pronunciado.

De fato, isso é inconteste. A leitura dos autos o demonstra, entretanto, vejo que a alegada ausência não é capaz de provocar a nulidade do processo a partir de então, considerando que da referida decisão foi regularmente intimado o advogado por ele constituído (fl. 128), o qual, já na delegacia de polícia, o acompanhara em sede de interrogatório (fl. 34). Apresentou resposta à acusação (fl. 77) e fez-se presente por ocasião da instrução (fl. 103), inclusive foi intimado nos termos do art. 422 do Código

de Processo Penal, azo em que se manifestou conforme os termos da petição acostada à fl. 162, nada havendo arguido acerca do tema. Na sequência, ambos intimados para a sessão de julgamento (fls. 175 e 186-187), fizeram-se presentes e permaneceram silentes quanto ao tema, por certo a Defesa Técnica, entendendo não estar ocorrendo qualquer violação aos direitos do réu, deu-se por satisfeita com o processo no estado em que se encontrava. Caso outro, eventual intenção de alegar a nulidade somente em caso de condenação constituir-se-ia, a meu ver, o inarredável entendimento de que estaria procurando se beneficiar com a própria torpeza, o que, de fato, acredito não estivesse.

Aliás, acredito que não terá sido essa a intenção do novo defensor, constituído mediante substabelecimento no próprio prazo recursal, um dia após a sessão de julgamento. Talvez dado o exíguo lapso temporal, não tenha observado que o anterior defensor, de forma diligente, atuou em defesa do réu, acompanhando e atuando em todas as fases processuais e, portanto, de tudo corretamente cientificado, não havendo evidência de eventual prejuízo a demandar o acolhimento de nulidade.

Observe-se, por oportuno, que a ausência de intimação pessoal do réu acerca da decisão de pronúncia seria uma causa para declaração de nulidade, não fosse o caso de se observar que não demonstrada, sob qualquer óculo, a ocorrência de prejuízo de ordem processual à Defesa.

A situação, a meu ver, atrai a incidência do art. 563 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Nessa esteira, vê-se o entendimento de nossos Tribunais:

> HABEAS CORPUS. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO ABSTRATO. PRINCÍPIO DOPAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NÃO DEMONSTRADO O PREJUÍZO CONCRETO. 1. Consoante jurisprudência desta Corte, não há que se falar em declaração de nulidade se não estiver concretamente

> demonstrado oprejuízo, a teor do art. 563, do CPP e em obediência ao princípio pas de nullité sans grief.563CPP2. Ordem denegada.
> (111794 SP 2008/0165151-6, Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Data de Julgamento: 20/10/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/12/2011)

> HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. CONVOCAÇÃO DE JURADOS DE OUTRO PLENÁRIO PARA COMPOR O QUORUM LEGAL. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE.
> 1. Eventuais irregularidades ocorridas durante a sessão de julgamento pelo júri devem ser arguidas em momento oportuno, a teor do que dispõe o art. 571, do Código de Processo Penal. Além disso, exige-se a demonstração do prejuízo experimentado (princípio pas de nullité sans grief).
> 3. "Não enseja nulidade a complementação do número regulamentar mínimo de 15 jurados, por suplentes do mesmo Tribunal do Júri (Precedentes)." Habeas Corpus nº 20.221/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 23.6.03. 4. No caso, o Presidente do Júri, visando completar o quorum legal, "tomou por empréstimo" de outro plenário quatro jurados, sendo que, nenhum deles veio a integrar o Conselho de Sentença. 5. Ordem denegada. 571Código de Processo Penal (132268 SP 2009/0055833-7, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 29/09/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/10/2009)

Não será demasiado observar o entendimento de nossos Tribunais Superiores, no sentido de que esse princípio se aplica igualmente aos casos de nulidade absoluta:

> HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PROCEDIMENTO. LEI 10.409/2002. NULIDADE. PREJUÍZO.

1. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, conforme já decidiu a Corte, "o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief - compreende as nulidades absolutas" (HC 81.510, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12.4.2002). 2. Ordem indeferida
(HC 85155, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 22/03/2005, DJ 15-04-2005 PP-00038 EMENT VOL-02187-03 PP-00568)

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO DE TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. ADOÇÃO DO SISTEMA PRESIDENCIALISTA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – Não se pode aferir da leitura dos Termos de Depoimento que o juízo deprecado tenha adotado o sistema presidencialista de inquirição de testemunhas, em detrimento das alterações promovidas pela Lei 11.690/2008. II – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância da ordem de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo parágrafo único do art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. III – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, de acordo com o art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que "(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas" (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. IV – A decisão ora questionada está em perfeita consonância com o que decidido pelas duas Turmas desta Corte, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no parágrafo único do art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração

do prejuízo para a parte que a suscita. V – Recurso ordinário ao qual se nega provimento.
(RHC 122467, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-149 DIVULG 01-08-2014 PUBLIC 04-08-2014)

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO POR ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO EM NENHUM DOS ATOS PROCESSUAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO.
1. As declarações prestadas pelas genitoras das vítimas perante o órgão ministerial, sem a presença da defesa, limitaram-se a narrar suposto ato praticado pelo então advogado do paciente, nada esclarecendo sobre os crimes objeto da ação penal. Por esse motivo, sequer foram utilizadas pelo acórdão condenatório. Ausente, portanto, o alegado cerceamento de defesa. 2. O parecer técnico, que é incumbência do experto indicado pelo juiz, não comporta intervenções do advogado na sua elaboração, mormente considerada a natureza da perícia: processo de abordagem de crianças. O que se deve garantir à defesa é a ciência e a sua participação após a entrega do laudo pertinente (CPP, art. 159, § 4º). 3. À luz da norma inscrita no art. 563 do CPP e da Súmula 523/STF, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, para o reconhecimento de nulidade dos atos processuais exige-se, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte, o que não se verifica no caso. 4. Recurso ordinário desprovido.
(RHC 110211, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 27/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 10-06-2014 PUBLIC 11-06-2014)

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE.

PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS. QUESTÃO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DE ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

I – Se o paciente foi processado pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas, sob a égide da Lei 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal. II – O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal. III – Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, "a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (…) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas" (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). IV – No tocante à incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, as instâncias anteriores entenderam de modo diverso quanto ao preenchimento dos requisitos exigidos no referido diploma legal, de modo que a questão posta não é passível de ser decidida em sede de habeas corpus, por demandar o revolvimento de elementos fático-probatórios. V - Ordem denegada.

(HC 122229, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 29-05-2014 PUBLIC 30-05-2014)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. AUSÊNCIA DA OITIVA DE TESTEMUNHAS IMPRESCINDÍVEIS PARA A DEFESA. IMPRESCINDIBILIDADE NÃO VERIFICADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 461, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORIENTAÇÃO DA SÚMULA 523, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEITURA PELA ACUSAÇÃO

DO ACÓRDÃO QUE ANULOU O JÚRI REALIZADO ANTERIORMENTE. ARGUMENTO DE AUTORIDADE. INOCORRÊNCIA. MENÇÃO EM PLENÁRIO SOBRE O SILÊNCIO DO ACUSADO AO SER INTERROGADO. PLEITO DE NULIDADE DO JÚRI. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PLENITUDE DE DEFESA. INTELIGÊNCIA DO ART.478, I E II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Segundo a Súmula 523, do Supremo Tribunal Federal, "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu." 2. O texto do art. 478 deve ser analisado em cotejo com o art. 480, do Código de Processo Penal, que possibilita aos jurados e às partes "a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado". E o art. 480, § 3º, acrescenta que: "os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente." Portanto, não há ilegalidade na leitura do acórdão que julgou a apelação porque é permitida a leitura de documentos em Plenário pelas partes, desde que a menção de tais peças processuais não seja feita como argumento de autoridade, em prejuízo do acusado.

3. O texto da lei é claro ao proibir a menção ao silêncio do acusado "em seu prejuízo" (art. 478, II, do Código de Processo Penal). Não se vislumbra prejuízo na simples menção ao silêncio do réu, sem a exploração do tema em Plenário, conforme consignado na ata de julgamento.

4. "A Suprema Corte possui precedentes no sentido de que "a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta" (HC 85.155/SP, Segunda Turma, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, DJ de 15/4/05). 7. A declaração de nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar

o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado"
(RHC 114739/PA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 30/10/2012, DJE 10/12/2012). 5. Recurso especial não provido.
(REsp 1321276/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 15/08/2014)

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL *A QUO* POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. COMÉRCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO. VENDA DE REMÉDIOS FALSIFICADOS. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. NULIDADE PROCESSUAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA NA FASE INQUISITORIAL E DE ILEGALIDADE DE BUSCA E APREENSÃO EM RESIDÊNCIA. EVENTUAIS VÍCIOS DO INQUÉRITO POLICIAL NÃO CONTAMINAM A AÇÃO PENAL. OITIVA DE TESTEMUNHA NÃO ARROLADA. INDEFERIMENTO. ALEGAÇÃO TARDIA. PRECLUSÃO. PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ. DUPLICIDADE DE CONDENAÇÕES PELA MESMA CONDUTA. INEXISTÊNCIA. FATOS DIVERSOS. NULIDADES NÃO CONFIGURADAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
1. A impetração de habeas corpus originário nesta Corte nos casos previstos no art. 105, inciso I, alínea c, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia. No ponto, só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea a, qual seja, do writ impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido para a hipótese que se convencionou denominar de "habeas corpus substitutivo de recurso especial". 2. A despeito do

posicionamento da Relatora - em consonância com o do Supremo Tribunal Federal -, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de habeas corpus se há possibilidade de impugnação do ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial. Isso não impede, contudo, que esta Corte conceda ordem se configurado constrangimento ilegal sanável de ofício, como ocorre na espécie. 3. Eventuais irregularidades ocorridas na fase inquisitorial - inexistentes na hipótese - não contaminam o desenvolvimento da ação penal, tendo em vista ser o Inquérito Policial peça meramente informativa e não probatória, que tem por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal. 4. Não há cerceamento de defesa decorrente da negativa de oitiva de testemunha não arrolada, oportunamente, na resposta à acusação, mormente porque o pedido, no caso, restou formulado pela Defesa, tão somente, em alegações finais, o que evidencia a preclusão do direito alegado. 5. O cotejo das provas relevantes à elucidação da verdade real inclui-se na esfera de discricionariedade mitigada do juiz do processo, o qual, vislumbrando a existência de diligências *lato sensu* protelatórias, desnecessárias ou impertinentes aos autos, poderá indeferi-las mediante decisão fundamentada. Exegese do art. 411, § 2.º, do Código de Processo Penal. 6. Apesar de terem sido os crimes praticados em tempo e lugares próximos, o que implicou, inclusive, no reconhecimento da continuidade delitiva, revela-se insustentável a tese de duplicidade de condenações pela mesma conduta, pois as duas ações penais ajuizadas contra o Paciente decorreram de fatos diversos, conforme destacou a Corte de origem. 7. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Superior é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal (pas de nullité sans grief), dano que não restou evidenciado na hipótese. 8. Habeas corpus não conhecido.
(STJ , Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 18/06/2014, T5 - QUINTA TURMA)

Por fim, cumpre assinalar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*), dano que não restou evidenciado na hipótese.

> "HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E AO DISPOSTO NO ART. 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PLEITO DE ANULAÇÃO DE DUAS AUDIÊNCIAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ORDEM DE* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDA.*
> [...]
> *5. Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*). Na hipótese dos autos, não é possível atender ao ato postulatório defensivo, pois não houve a demonstração de que eventual mácula ocorrida nas audiências em questão tenha trazido prejuízo à defesa do acusado.*
> [...]
> *10. Ordem de* habeas corpus *não conhecida.*"
> (HC 238.659/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 29/05/2014.)

Outrossim, devo observar que tive o cuidado de pesquisar os precedentes indicados no âmbito do Supremo Tribunal Federal e no STJ, quando, então, pude constatar que as decisões ali proferidas, pelas quais

se acolheram as alegações de nulidade, foram adotadas em casos que não guardam perfeita relação com o presente, uma vez que apresentam singulares circunstâncias que, aliadas à ausência de regular intimação do réu acerca da pronúncia, demonstram a franca violação às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. No primeiro caso, além de a ré não haver sido intimada da pronúncia, não o foi para a entrega do libelo; quanto ao seu advogado, nada obstante intimado do *decisum* e para contrariar o libelo, não foi intimado para a sessão de julgamento, havendo o entendimento da Suprema Corte no sentido de que os advogados que o sucederam na sessão (sem que houvesse notícia de renúncia ou abandono da causa) não tiveram tempo de se inteirar de toda a situação dos autos e que, somente por ocasião da apelação, puderam constatar as nulidades evidenciadas. Entendeu-se, portanto, que não se poderia atribuir aos novos causídicos a responsabilidade pela ocorrência de nulidade ao fundamento de que "o fato de assumirem a defesa apenas na hora do julgamento, impossibilitou-lhes tomar conhecimento da nulidade e arguí-la, no início da sessão". No segundo processo, além da ausência da regular intimação do réu, constatou-se que o recurso em sentido estrito por ele interposto não foi apreciado pela respectiva Corte.

Destarte, repito, uma vez intimado o advogado que regularmente acompanhou a causa desde a fase inquisitorial, esteve presente por ocasião instrução, foi intimado da pronúncia, manifestou-se nos termos do art. 422 do Código de Processo Penal e atuou na sessão de julgamento, onde presente o réu, azo em que nada alegaram, não há como se declarar a pretendida nulidade porquanto não comprovado qualquer prejuízo.

Destarte, rejeito a preliminar suscitada.

Passo, assim, ao julgamento das demais razões recursais.

Diz o réu que a decisão do Conselho Colegiado é manifestamente contrária à prova dos autos, uma vez que "agiu para resguardar seu bem jurícido mais precioso, qual seja, a sua vida, posto que só veio a efetuar os disparos de arma de fogo após a vítima, que estava armada de faca,partir para o ataque".

Ora, não se pode acolher esse argumento, uma vez que, nada obstante alegue que a vítima armada com uma faca, certo é que encontrava-

se escondida na residência de sua ex-companheira Maria Lúcia, tendo o réu para lá se dirigido para tomar-lhe satisfações, inclusive armado com um revólver de origem efetivamente desconhecida, pelo fato de que veio a seu conhecimento que Judah lhe subtraíra dinheiro em dia pretérito (a quantia de R$200,00, afirmada pelo réu no valor de R$400,00), mediante a invasão de sua residência. Essa versão, de que procurara a vítima armado para tomar-lhe satisfações de certa atidude dela, foi por ele confessada e afasta, de qualquer modo, a excludente de ilicitude invocada. Nesse sentido:

> **TJ-RS - Apelação Crime : ACR 70053195848 RS**
> **Processo** ACR 70053195848 RS
> **Orgão Julgador** Primeira Câmara Criminal
> **Publicação** Diário da Justiça do dia 30/07/2013
> **Julgamento** 19 de Junho de 2013
> **Relator** Osnilda Pisa
> **Ementa APELAÇÃO CRIME. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DA DEFESA INTERPOSTA E CONHECIDA NOS TERMOS DO ART. 593, INCISO III, ALÍNEAS A, B, C E D, DO CPP.**
> 1. ALÍNEA A. Não vislumbro nulidade a ser declarada. A alegada "nulidade por decisão contrária a prova dos autos" será objeto de análise por ocasião do exame da alínea d, pois tal matéria não se insere dentre as nulidades posteriores a pronúncia.
> 2. ALÍNEA D. A decisão dos jurados no tocante ao reconhecimento da qualificadora do motivo fútil não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos. Relativamente às alegações de insuficiência probatória e existência de legítima defesa, não prospera o pleito defensivo de aplicação do "princípio humanitário in dúbio pro reo". Em respeito ao princípio da soberania dos veredictos, o exercício do duplo grau de jurisdição é restrito às hipóteses previstas nas alíneas do inciso III do artigo 593 do CPP. Em nenhuma das hipóteses é permitido ao órgão recursal modificar o juízo valorativo feito pelo Conselho de Sentença. Em caso de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, o recurso será provido para sujeitar o réu a novo julgamento, sendo vedado ao Tribunal *ad quem* aplicar o princípio humanitário do *in*

dúbio pro reo, para absolvê-lo. No caso, incontroverso que o réu foi à casa da vítima, armado com uma faca, iniciando com ela uma discussão que chegou as vias de fato, culminando com o réu sacando a faca e desferindo o golpe mortal na vítima. E segundo juridprudência, "Quem se arma e vai em busca de desafeto para torna-lhe satisfações não pode, depois, alegar legítima defesa." Ainda, "Legítima defesa inviabilizada quando o agente provoca, ou, aceitando provocação, dirige-se ao encontro do desafeto". Diante deste contexto, não merece guarida a alegação de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos.
3. ALÍNEA B . Sentença do Juiz-Presidente está em consonância com a decisão dos jurados.
4. ALÍNEA C . Redimensionamento da pena-base para 12 (doze) anos e 06 (seis) meses. O único elemento fático a ser destacado para afastar a pena-base do mínimo legal, é a presença de crianças no local do fato, em especial da filha da vítima com tenra idade. Apelação improvida. Por maioria. (Apelação Crime Nº 70053195848, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osnilda Pisa, Julgado em 19/06/2013)

TJ-ES - Apelação Criminal : APR 8989000057 ES 008989000057
Processo APR 8989000057 ES 008989000057
Orgão Julgador PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
Publicação 10/05/2000
Julgamento 12 de Abril de 2000
Relator OSLY DA SILVA FERREIRA
Ementa APELACAO CRIMINAL. HOMICIDIO QUALIFICADO. AB SOLVICAO. LEGITIMA DEFESA PROPRIA. DECISAO COMPLETAMEN TE DISSOCIADA DAS PROVAS DOS AUTOS. INIMIZADE PÚBLICA ENTRE REU E VITIMA. REU QUE ARMADO VAI AO ENCONTRO DA VITIMA LOGO APOS DESENTENDIMENTO. RECURSO PROVIDO. AFIGURA-SE INVEROSSIMEL A TESE DA LEGITIMA DEFESA E MA- NIFESTAMENTE CONTRARIA A PROVA DOS AUTOS, SE NOTORIA A INIMIZADE ENTRE REU E VITIMA DEMONSTRADA POR INUMERAS DISCUSSOES OCORRIDAS ENTRE ELES

E PRESENCIADAS POR DI- VERSAS TESTEMUNHAS, SEMPRE MOTIVADAS POR UM FURTO DE REVOLVER QUE OCASIONOU A DEMISSAO DO REU, ALIADO AO FATO DE QUE ESTE FOI ARMADO AO ENCONTRO DA VITIMA, APOS MAIS UM DESENTENDIMENTO ENTRE ELES E A CONFISSAO DO CRIME NA FASE POLICIAL. RECURSO PROVIDO PARA LEVAR O REU A NOVO JURI.

TJ-RS - Apelação Crime : ACR 693120487 RS
Processo ACR 693120487 RS
Orgão Julgador Terceira Câmara Criminal
Publicação Diário da Justiça do dia
Julgamento 25 de Novembro de 1993
Relator Moacir Danilo Rodrigues
Ementa LEGITIMA DEFESA PUTATIVA. INCONGRUENCIA ENTRE ESTA TESE E A DECLARACAO DO AGENTE DE QUE A VITIMA O ATACAVA, MUNIDA DE FACAO. ADEMAIS, SEGUNDO ELE PROPRIO INFORMA, ACEITOU O DESAFIO FEITO E SAIU A RUA ARMADO DE FACA E REVOLVER. DECISAO DOS JURADOS QUE AFRONTA A PROVA. NOVO JULGAMENTO.
(Apelação Crime Nº 693120487, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Moacir Danilo Rodrigues, Julgado em 25/11/1993)

TJ-PE - Embargos Infringentes : EI 141326 PE 0141326
Processo EI 141326 PE 0141326
Orgão Julgador Seção Criminal
Publicação 168
Julgamento 3 de Setembro de 2009
Relator Alexandre Guedes Alcoforado Assunção
Ementa PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, II E IV DO CP). ABSOLVIÇÃO PELO JÚRI. SUBMISSÃO A NOVO JULGAMENTO DETERMINADA PELA 3ª CÂMARA CRIMINAL EM SEDE DE APELAÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS. VEREDICTO EM FLAGRANTE CONTRARIEDADE A PROVA DOS AUTOS. RECONHECIMENTO DA TESE DE LEGÍTIMA DEFESA

PRÓPRIA PELO JÚRI. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGANTE QUE FOI ARMADO AO ENCONTRO DE DESAFETO. EXCESSO NOS LIMITES DA REAÇÃO COMPROVADO. EMBARGOS REJEITADOS. DECISÃO UNÂNIME.
I - Não há como reconhecer a excludente de ilicitude da legítima defesa quando o réu vai armado o encontro do seu desafeto. Precedente desta Corte de Justiça.
II - Embargante que reconheceu ter desferido 03 disparos de arma de fogo contra a vítima após esta ter tentado lhe agredir com uma pá. Necessidade e moderação dos meios não comprovada.
III - Embargos rejeitados por unanimidade.

TJ-MG : 1767763 MG 1.0000.00.176776-3/000(1)
Processo 1767763 MG 1.0000.00.176776-3/000(1)
Publicação 01/08/2000
Julgamento 21 de Junho de 2000
Relator PAULO TINOCO
Ementa Processo penal. Pedido do réu de anulação da decisão do Júri, com fundamento na alegação de que ela é contrária à prova dos autos, por não ter sido reconhecida pelos jurados a excludente da legítima defesa putativa. Não age em legítima defesa quem vai ao encontro da vítima armado.
- Afastamento da qualificadora do motivo torpe: impossibilidade. Age por motivo torpe o réu que desfere tiros contra a vítima por razões ligadas a um desentendimento comercial havido entre eles.
- Confissão espontânea: a confissão da autoria de um crime, ainda mais quando esta é conhecida, não configura tal atenuante.
- Não provimento do apelo.

Nesse mesmo sentido, decisão sob minha Relatoria:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. 121, §2º, IV, DO CPB. RECURSO MINISTERIAL CONTRA ABSOLVIÇÃO. ACOLHIMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. LEGÍTIMA DEFESA NÃO CARACTERIZADA. NULIDADE DO JULGAMENTO. ART. 593, III, "D", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

> Estando a decisão dos jurados dissociada da prova coletada, nela não encontrando qualquer respaldo, impõe-se a decretação de nulidade para submissão do recorrido a novo julgamento pelo Tribunal Popular do Júri. *In casu*, afasta-se a tese da legítima defesa pois para sua caracterização faz-se necessária a presença concomitante de todos os requisitos do artigo 25 do Código Penal: agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro, e repulsa com a utilização dos meios necessários, usados moderadamente, o que, seguramente, não ocorreu. Ao contrário, restou sobejamente comprovado que a vítima restou lesionada por duas vezes com instrumento pérfuro-cortante, na região do abdômen e do tórax, não havendo qualquer prova a sustentar a versão do réu, no sentido de que pensou estar na iminência de ser por ela agredido, observado, ainda, o fato de que a vítima estava em elevado estado de embriaguez e, mais: desarmada. Ademais, há provas seguras de que fora ao encontra da vítima, já armado, com o intuito de lhe tomar satisfações. 2. A anulação do julgamento efetivado contrariamente à prova dos autos não viola a garantia constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, prevista no art. 5º, inc. XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal, que se encontra garantida através da submissão do recorrido a novo julgamento pelo Conselho de Sentença. 3. Recurso conhecido e provido. (Processo: 0950502-73.2000.8.06.0001 - Apelação. Apelante: Ministério Público do Estado do Ceará. Apelado: Antonio José de Sousa Bezerra. DJ. 09.08.2017)

Quanto à segunda tese, no sentido de que não há provas acerca das circunstâncias qualificadoras do crime, igualmente não pode ser acolhida, uma vez que do próprio interrogatório do réu, nas vezes que lhe foi dado falar, verifica-se que o móvel do crime foi a subtração de pecúnia pela vítima, de sua casa, em dia pretérito, sendo certo que há provas de que ele adentrou a casa da sua ex-companheira, Maria Lúcia Augusto, procurando pela vítima, Judah, contra quem efetuou, de inopino, três disparos de arma de fogo, os quais a atingiram na região abaixo da escápula, cerca de 10 cm do mamilo, no tórax e a terceira na mão, em um dos dedos, situação que evidencia uma lesão de defesa. Observem-se os termos do laudo de exame cadavérico:

> EXAME EXTERNO: Observam-se 05(cinco) orifícios, sendo 03 com características de orifício de entrada de projétil de arma de fogo (presença de orla de contusão e de enxugo, bordas invertidas) o qual denominamos de E1 (região escapular direita), E2 (região anterior do tórax á esquerda cerca de 10 cm acima do mamilo) e E3(2º quirodáctilo da mão esquerda); e 02 orifícios com características de lesão de saída de projétil de arma de fogo (irregulares, sangrantes, bordas evertidas). Estas lesões denominamos de S1 (tórax anterior direito próximo ao mamilo) e S2 (dedo da mão esquerda). EXAME INTERNO: CRÂNIO – calota craniana íntegra, não há hematomas ou fraturas. TÓRAX – O projétil que causou a E1 adentrou o corpo pela região escapular direita ao nível do 4º espaço intercostal, perfurou o lobo inferior do pulmão, transfixando-o, atingiu o logo médio transfixando-o também, causou extenso homotórax à direita e finalmente, saiu do corpo, ao nível do 4º espaço intercostal anterior (correspondendo ao que denominamos S1. O projétil que causou E2, adentrou o corpo, pela região anterior do tórax à direito ao nível do 2º espaço intercostal, atingou a 2ª costrela, fraturando-a, transfixou o lobo inferior do pulmão homolateral, atingiu o coração, transfixando-o e finalmente alojou-se entre as costelas ao nível da região posterior do tórax (3º espaço intercostal) de onde foi retirada. NOTA; Foi recuperado 01(um) projétil de arma de fogo e enviado aos cuidados do auxiliar de perícia Yuri, encontrando-se à disposição das autoridades para exame de balística. O projétil que causou E3 atingiu tangencialmente o 2º quirodáctilo da mão esquerda, atingindo-o tangencialmente, transfixando-o.

Não será demasiado colacionar as primeiras declarações colhidas por ocasião da fase investigativa, as quais foram confirmadas pela própria ex-companheira da vítima na fase judicial e estão em franca harmonia com as lesões apontadas no laudo:

> Conviveu em união estável dom a vítima por cerca de 3(três) anos; qie a vítima tinha cerca de dezoito anos; que a vítima era usuária de droga, tipo crack; que pouco tempo depois que

> a vítima chegou em sua casa, dois indivíduos ali chegaram; que era um era a pessoa de alcunha 'Ticó'; que o segundo é a pessoa que lhe é apresentada a foto, tratando-se de Robervânio Cesário de Sousa; que ambos chegaram numa bicicleta; que a pessoa de 'Ticó' ficou do lado de fora, tendo Robervânio ingressado no interior de sua casa perguntando pela vítima; que o mesmo dizia: 'cadê o Judah cadê do Judah'; que a depoente disse que ali não estava; que o mesmo disse que a mesma estava mentindo e foi logo entrando; que a vítima se escondeu no interior do banheiro, tendo o infrator ali encontrado-o; que a vítima foi logo dizendo 'taqui os duzentos reais!'; que o infrator não falou nada, começando logo a realizar disparos; que escutou dois disparos de arma de fogo; que a depoente começou a gritar dizendo que ia chamar a polícia, tendo o infrator dito: 'cala a boca senão tu leva também'; que logo em seguida o infrator e 'Ticó' empreenderam fuga; que a própria vítima lhe confessou que havia entrado na casa da vítima, isso no último sábado, e dali subtraído a importância de R$200,00 (duzentos reais); que inclusive a vítima lhe lhe advertiu que o mesmo nçao fizesse aquilo; que domingo, de manhã cedo, por volta das 05:00 horas, a pessoa de Robervânio Cesar´pio de Sousa foi até a sua casa acompanhado de outros indivíduos; que o mesmo perguntou se a vítima ali estava; que a depoente respondeu que não; que, de fato, a vítima ali não estava... (Maria Lúcia Augusto, fls. 8-9, em 15 de julho de 2013).

Em Juízo relatou a mesma versão, acrescentando, porém, que ao chegar da perícia, percebeu que a vítima trazia consigo uma arma, uma pequena faca, que permaneceu na sua cintura, por debaixo da camisa; que ele, ultimamente, sempre a portava, porque ele, em razão de vários furtos para o consumo de drogas, portava tal instrumento para se defender de eventuais agressões. Confirmou, outrossim, a chegada do réu em sua residência, procurando por Judah, insistindo em vê-lo, nada obstante lhe dissesse que ele ali não estava; que ele chegou a bater o pé na entrada, perguntando por ele e já empunhando um revólver; que sua casa tinha somente dois cômodos; que Judah estava no mais interno, enquanto ela ficara no da frente na sala; que, apesar de não ter visto, o primeiro tiro foi dado; que se levantou e já

o viu com a arma em punho; que Judah estava no canto e caiu no canto do banheiro; que ouviu Judah dizer algo como "taqui teus duzentos reais".

Assim, não há como se acolher a tese defensiva no sentido de que, estando a vítima na iminência de agredir o réu com uma faca, além da animosidade pre-existente e o fato de ela lhe haver subtraído a quantia em dinheiro, que tais circunstâncias afastam as qualificadoras relativas à surpresa e o motivo fútil, porque existente prova à saciedade de que, de fato, a vítima furtou-lhe R$200,00 (motivo bastante fútil se comparado ao inestimável bem da vida), bem como que procurou se esconder no banheiro da pequena residência de dois cômodos, de sua ex-companheira Maria Augusto, quando efetivamente foi atingida com três disparos de arma de fogo. A prova é inconteste nesse sentido e nada há a contrariá-la além do interrogatório do réu.

Necessário observar que extraível dos autos uma versão que aponta para a possibilidade de Robervânio, pessoa que tivera seu patrimônio por duas vezes esbulhado pela vítima e, que, segundo por ele próprio afirmado, já procurara parentes seus para exigir uma atitude diante de seu atos criminosos, ao tomar conhecimento através de sua ex-companheira do segundo furto, procurou a vítima, armado com um revólver para, no mínimo, tomar-lhe satisfações, ato em que, na melhor das hipóteses, sentiu-se por ela ameaçado quando tentara alcançar uma faca em cima de uma mesa, motivo pelo qual efetuou dois disparos de arma de fogo, sem lhe dar qualquer chance de defesa.

Ora, ainda que se tenha por verdadeira essa versão, tenho que, nesse contexto, em que evidenciada a procura da vítima pelo réu, já armado, a tese de legítima defesa, mesmo putativa, evidencia-se inaceitável, porque muito embora presentes as demais elementares, ausente estaria a reação à injusta agressão, atual ou iminente, porque, nesse sentido, a vítima, sim, uma vez sentindo-se ameaçada pelo réu, teria procurado armar-se com uma faca que estaria ali próximo.

Deve-se, assim, manter o julgamento, porquanto para a sua declaração de nulidade, ainda que diante de vertentes probatórias diversas nos autos, faz-se necessário apontar a existência de prova manifestamente contrária

à decisão, sob pena de se violar frontalmente o princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Sobre o tema, soberania dos veredictos e apelação motivada por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, colaciono lição de Guilherme de Souza Nucci, in Júri – Princípios Constitucionais, Ed. Juarez de Oliveira, Ed. 1ª. – 1999, p. 97, *in verbis*:

> "A quarta alternativa, no entanto, levanta uma polêmica consistente, pois permite, de algum modo, que o Tribunal Superior questione o mérito do veredicto proferido pelo júri. Seria inconstitucional tal dispositivo? Como já foi ressaltado, não há problema algum em submeter qualquer decisão de órgão judiciário ao crivo do duplo grau de jurisdição. Assim, sendo possível que os jurados cometam erros, porque não avaliaram corretamente a prova a eles apresentada, a apelação tem cabimento para permitir ao Tribunal rever o que foi decidido. Por ora, nenhuma ofensa estaria, a princípio, presente nessa reavaliação.
>
> Ocorre que o legislador ordinário utilizou o termo "manifestamente" para evidenciar quando a decisão dos jurados entra em confronto com a prova dos autos. Não é qualquer situação que autoriza o provimento da apelação, sendo preciso um veredicto notoriamente, gritantemente, patentemente, contrário à prova colhida e constante dos autos. Diz Ary Azevedo Franco: "Manifestamente... Nunca um vocábulo teve maior precisão, maior indubitabilidade no seu sentido. Assim como nunca a significação usual se ajustou mais rigorosamente à sua significação jurídica. *Manifesto*, segundo Cândido Figueiredo, é sinônimo de patente, público, evidente. E Domingos Vieira afirma 'o que é manifesto é evidente para todos' (*Dic*., vol. IV, pág. 103). Que se poderá entender por manifesto, por evidente, senão aquilo que se impõe à percepção de todos, que todos vêem necessariamente, e sobre o que não é admissível, em sã consciência, a possibilidade de afirmações díspares?"
>
> Não bastasse a prudência legislativa para não deturpar a função do júri, autorizando somente a revisão daquilo que foi evidentemente equivocado, buscando sanar injustiças, atualmente a Constituição Federal elegeu como princípio-

garantia do tribunal popular a soberania dos seus veredictos. Nesse sentido, está correta a observação feita por Frederico Marques de que soberania não exige o respeito a um só veredicto, ou seja, não se impõe a submissão ao primeiro veredicto proferido pelo júri. O importante é que o tribunal popular dê a última palavra quanto ao mérito dos casos envolvendo crimes dolosos contra a vida.

Longe de ser prejudicial, é medida salutar submeter as decisões de qualquer tribunal ao crivo do duplo grau de jurisdição. E, a princípio, a soberania está assegurada, pois o §3º, do art. 593, do CPP preceitua que "se a apelação se fundar no n. III, *d*, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação. A situação é teoricamente perfeita. Uma decisão manifestamente injusta pode ser revista pelo Tribunal do Júri, bastando que, para isso, o Tribunal Superior dê provimento à apelação. Será, então, o mesmo órgão julgador, naturalmente com outra composição (art. 607, §3º, do Código de processo Penal, e Súmula 206 do Supremo Tribunal Federal), que irá reavaliar o que fez, mantendo ou não o veredicto. Existindo erro crasso, certamente no interesse da justiça, o júri, novamente reunido, reformará a decisão anterior.

Há dois problemas, no entanto, que podem ferir a soberania do júri, embora de modo camuflado. O primeiro ocorre quando o Tribunal Superior, apreciando apelação interposta por uma das partes, entende que, apesar de encontrar alguma sintonia com a prova dos autos, não tomou o júri a melhor postura que o caso exigiria, no seu entender (do órgão ad quem), e resolve dar provimento ao recurso para remeter a novo julgamento o réu. Trata-se de patente ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, pois não lhe cabe reavaliar o mérito, imprimindo a sua opinião a respeito da decisão e sim verificar se esta tem ou não algum fundamento nas provas – e não o "melhor" fundamento. Não se deve esperar do júri que siga a jurisprudência dominante ou a orientação desta ou daquela Câmara do Tribunal Superior; aguarda-se do tribunal popular um veredicto que tenha alguma guarida na prova dos autos e nada mais. Ensina Ary Azevedo Franco que "a reforma da

> decisão do Júri só se justifica quando o Tribunal de Apelação, apreciando-a com a mentalidade de jurado, e como tal deve ser entendida a expressão – livremente – isto é, sem as peias de juiz de ofício, que se habitua a ver as provas com rigor de técnica, chegar à conclusão de que a mesma nenhum apoio encontra na prova, ou seja, que ela foi manifestamente contrária às provas dos autos, e não apenas contrária às provas dos autos, em uma palavra: o desembargador deve revestir-se de mentalidade de jurado e não exigir que o jurado se revista de mentalidade de desembargador...".
> Costuma-se ver decisões estampadas em acórdãos determinando novos julgamentos quando o júri decide em dissonância com a predominante na Corte Superior, o que é incabível. A título de exemplo: se o júri considera que ciúme é motivo fútil para cometer o homicídio, aceitando a qualificadora e havendo prova de que, realmente, o réu praticou o delito por tal motivo, não deve haver reforma da decisão".

Dessa forma, por não haver restado comprovada, de forma inquestionável, a tese formulada pelo réu, havendo nos autos prova suficiente a respaldar o decreto condenatório nos termos em que foi exarado, não há como se dar provimento ao pedido de submetê-lo a novo julgamento pelo júri popular.

Escrevendo sobre a matéria, também a lição de Heráclito Mossin, *in* Júri, Crimes e Processo – Ed. Forense, 3ª. Ed. p.451, *in verbis*:

> Por outro lado, se existe prova a favor e contra relativamente a alguma das teses defendidas no plenário pelas partes, o jurado, dentro de seu livre convencimento, pode eleger a posição que melhor lhe aprouver. Isso, ocorrendo, à luz da evidência, não se pode exortar tenha tido julgamento oposto à evidência do acervo probatório.
> Didaticamente pode ser citado um exemplo: há versão no sentido de que o réu matou a vítima em legítima defesa; enquanto que noutro quadrante da prova ficou patenteado que o acusado ceifou a vida da vítima de emboscada. Assim, na ampla soberania do júri, o colegiado popular pode condenar o acusado por homicídio qualificado ou absolvê-lo.

> Convém advertir que o julgamento feito nessas condições está embasado no princípio da persuasão racional, consagrado no art. 155 do Código de Processo Penal, em que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, o que lhe permite optar por uma das versões apresentadas no bojo dos autos. O que basta para não macular o princípio, é que o magistrado julgue em conformidade com as provas elencadas no correr da instrução probatória. Esse princípio, à eloquência, também se aplica no processo penal do júri.

No quadrante sob dissertação, a jurisprudência se manifesta, de forma iterativa, no sentido da opção pelos jurados por uma das versões encontradas nos autos.

Nesse diapasão, colaciono jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> STJ: EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 283/STF. JÚRI. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO EXTRAÍVEL DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. VIOLAÇÃO. MATÉRIA DE DIREITO. 1. A ausência de impugnação, nas razões do agravo, de todos os fundamentos da decisão agravada, atrai a incidência da Súmula 283/STF, aplicável ante a máxima hermenêutica *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Precedentes. 2. *In casu*, os agravantes, ao argumentarem exclusivamente com a aplicação da Súmula 279/STF, deixaram de afastar especificamente todos os fundamentos da decisão agravada, notadamente o que tratou da existência de versão dos fatos, extraível do conjunto probatório, à qual o Júri aderiu**.** 3. A conclusão do Júri, quando não totalmente dissociada das provas dos autos, posto configurar uma das versões extraíveis do conjunto probatório, não implica sua anulação, sob pena de desrespeito à soberania dos veredictos insculpida na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII, letra "c"). Precedentes: HC 83961/MS Rel. Min. JOAQUIM

> BARBOSA, J. 9/03/2004, 2ªTurma; HC 83838/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, J. 02/03/2004 2ªTurma; HC 82447/RJ, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, J. 20/05/2003 2ª Turma; HC 74562/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, J. 22/10/1996, 1ª Turma. 4. Deveras, no acórdão impugnado mediante o extraordinário consta que o Júri acolheu versão decorrente de prova testemunhal colhida sob o manto do contraditório. 5. O Relator, na decisão agravada, apreciou o tema jurídico consoante o quadro fático delineado na origem, o que não se confunde com o reexame de provas – afasta-se a Súmula 279/STF. Precedentes: RE 469632/PA, rel. Min. Marco Aurélio, j. 2/12/2008, 1ª Turma; AI 147120 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/05/1993, 2ª Turma. 6. Agravo regimental desprovido. (RE 594104 AgR-AgR/MT. Rel.Min. LUIZ FUX. Primeira Turma. Julgamento:03/05/2011). (grifo nosso).

ISSO POSTO, acolho o parecer da Procuradoria Geral de Justiça para conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 3 de outubro de 2018.

PROCESSO: 0007460-21.2012.8.06.0181 - APELAÇÃO
APELANTE: R. DE A.
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. MÉRITO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. IMPROVIMENTO. PRETENSÃO DESCLASSIFICATÓRIA. IMPROVIMENTO. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA. IMPROVIMENTO.

Sentença exarada com acerto, fincada nos inequívocos elementos de prova dos autos, sendo certo que o Recorrente praticou ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, o que configura o delito previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal. As declarações da vítima se embasam totalmente nos demais elementos de prova trazidos aos autos, os quais são mais que suficientes para a aferição da materialidade e da autoria do crime, notadamente ante a inconsistência das versões contraditórias apresentadas pelo Recorrente. Não é o art. 65 da Lei de Contravenções Penais uma gradação da conduta trazida pelo art. 217-A do Código Penal, dado que, na realidade, protegem bens jurídicos distintos. Provado que o Recorrente praticou conduta de cunho sexual altamente reprovável, ato libidinoso que consistiu em mexer no órgão genital e em apalpar os seios da criança, não há que falar em conduta que resultou em simples inconveniência, o que autorizaria a

desclassificação pretendida. Manutenção da pena e do regime fixados. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, negando-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 6 de fevereiro de 2019.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por R. de A. contra sentença da lavra do Juízo da Vara Única da Comarca de Várzea Alegre (fls. 199/209), o qual o condenou à pena de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime descrito no art. 217-A, *caput*, do Código Penal.

No recurso de apelação (fls. 217/228), a Defesa pretende, preliminarmente, que o Apelante recorra em liberdade ou que seja a prisão preventiva substituída por domiciliar. No mérito, pretende a absolvição, pugnando pela insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta para o tipo do art. 65 do Decreto Lei n. 3.688/41 ou a redução da pena base para 08 (oito) anos e o afastamento da agravante do art. 61, II, "f", do Código Penal.

O Ministério Público ofertou contrarrazões às fls. 241/247, requerendo que seja negado provimento à irresignação recursal.

Em parecer de fls. 156/166, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso e, consequentemente, pela manutenção da sentença penal condenatória em sua integralidade.

É o breve relato.

Fortaleza, 6 de fevereiro de 2019.

VOTO

Há de se dizer, de logo, que o recurso atende aos requisitos de admissibilidade, merecendo o pretendido conhecimento.

Requer o Apelante a concessão do direito de recorrer em liberdade. Contudo, posto que a apelação já se encontra em julgamento, mostra-se inócua a pretensão de aguardar a apreciação deste mesmo recurso em liberdade, motivo pelo qual julgo esse pedido prejudicado.

Passo à análise da insurgência.

Após detida análise dos autos, tenho que não merece prosperar o inconformismo do Recorrente, mostrando-se a sentença inteiramente irretocável.

Segundo a denúncia, amparada no incluso inquérito policial, em 04 de agosto de 2011, por volta das 21h, o Apelante praticou atos libidinosos com a vítima, à época com 09 (nove) anos de idade, ao mexer na vagina da criança com a mão, fato que já teria sucedido anteriormente por duas vezes. Além disso, o denunciado, pessoa bastante violenta, ameaçou a vítima e sua família de morte, caso aquela contasse para alguém o ocorrido.

A materialidade e autoria delitivas resultaram comprovadas principalmente nas declarações da vítima e da irmã da vítima, as quais relataram, de forma precisa, a prática delituosa perpetrada pelo Recorrente, assim como no restante da prova oral colhida e no relatório do Conselho Tutelar de fls. 07/08.

Perante a Autoridade Policial (fls. 09), a vítima narra:

> "Na data do dia 04/08/2011, estava na sua residência dormindo, quando **acordou com o senhor R. B. de A. mexendo nas suas partes genitais com a mão**; Que tentou gritar, mas que foi contida pelo senhor R., onde na ocasião o mesmo teria colocado um pano na sua boca; Que informa que logo depois o mesmo teria afirmado a declarante se a mesma contasse

> para alguém do ocorrido, lhe mataria, bem como toda a sua família; Que informa que R. é muito violento, principalmente quando está embriagado; Que informa que o senhor R. já colocou a mão nas suas partes genitais por duas vezes, sempre na parte da noite." (grifei)

Cinco dias após o crime, a pequena vítima descreveu, da mesma forma, o ato libidinoso que sofreu também aos Conselheiros Tutelares, os quais confeccionaram o relatório que repousa às fls. 07/08:

> "Aos 09 dias do mês de agosto 2011, **recebemos neste órgão a criança de 09 anos G., a mesma nos relatou que o seu padrasto o Sr. R. B. de A., que ele deitou na rede dela e ficou bulindo no seu piu-piu**, antes ele tapou sua boca com um pano, para ela não gritar, segundo a criança o Sr. R. falou se contasse para alguém ele mataria ela, sua mãe e seus irmãos, depois ela saiu e foi deitar mais sua mãe, a Sra. R.. No outro dia a mãe pegou a criança e foi deixar na casa da tia, na travessa Pituxa nº 31, Bairro Varjota. Sendo que na semana anterior a criança já tinha vindo a este órgão que ele havia espancada, **a criança não quer mais voltar para sua casa porque está com medo do seu padrasto**. O conselho já vem acompanhando esta família a 2 anos temos informações dos profissionais de saúde que esse Sr. é um homem muito valente e não deixa sua esposa consultar e nem vacinar as crianças." (grifei)

A Conselheira Tutelar Francisca Franceuda Ferreira de Sousa declara à Autoridade Policial (fl. 10) que a vítima lhe informou que "[…] **estava dormindo em uma rede, quando acordou com o R. mexendo em suas partes genitais com o dedo."** (grifei) Acrescenta que "[…] já houve outras denúncias anteriores em relação a esta família, mas que foram por espancamento."

A irmã da vítima, R. da C. G., expõe os mesmos fatos (fl. 11):

> "Na data de ontem, seu padrasto (R. de A.) chegou com sintomas de embriaguez e começou a chamar a declarante de 'rapariga e satanás'; Que logo depois passou a lhe agredir

> como também sua outra irmã G. da C. G.; Que na ocasião **seu padrasto deitou sua irmã em uma rede e tentou estuprar a mesma, sendo contido por sua mãe**; Que em seguida afirmou que se a declarante juntamente com sua irmã contasse para alguém, mataria as duas; Que não foi a primeira vez que seu padrasto lhe agrediu; Que na ocasião sua mãe foi intervir para que o mesmo não batesse nas crianças, sendo espancada logo em seguida; Que não sabe dizer se o mesmo usa drogas, mas que o mesmo ingere bebidas alcoólicas; Que informa que seu padrasto não deixa a declarante ir para a escola; Que afirma que seu padrasto obriga a declarante a lavar suas roupas e a fazer outras obrigações." (grifei)

Ainda na fase inquisitiva, a mãe da vítima, a Sra. R. da C., aduz que a criança relatou a ela os abusos perpetrados pelo padrasto:

> "[…] Que seu companheiro agride as menores G. e R. com frequência; Que a depoente já chegou a ser agredida pelo seu companheiro; […] **Que a sua filha G. já havia dito a depoente que seu padrasto R. tentou abusar da mesma; Que essa não é a primeira vez que a menor G. comentou com a senhora R. sobre os abusos que a menor vinha sofrendo**; Que afirma a depoente que não procurou as autoridades competentes por medo de alguma represália do acusado." (grifei)

Conforme termo de fls. 55/56, toda a família se fez ausente à primeira audiência de instrução. No ensejo, a Acusação juntou aos autos o termo de depoimento de fls. 61, no qual a vítima, três anos após o delito ora apurado, novamente confirma os fatos e noticia novas ameaças, abusos e agressões:

> "Que a menor confirma que foi abusada sexualmente pelo seu padrasto R. B. A.; Que o padrasto da depoente já acariciou seus seios; Que quando sua mãe bebia não via nada e **o investigado já pegou em sua vagina, quando a vítima tinha nove anos**; Que o padrasto da vítima afirma que se fosse preso, quando soltou mataria sua mãe, a depoente e suas duas filhas; Que o acusado já atirou uma faca em sua mãe e atirou em sua mãe;

> Que **na audiência realizada ontem o acusado ordenou que não comparecerem**; Que quer que o investigado saia de perto; Que o acusado quase mata a acusada R., batendo sua cabeça na parede." (grifei)

Uma segunda audiência de instrução foi realizada em fls. 82/83, em cujo termo restou consignado:

> "[…] informação da Diretora que ao dar a notícia da prisão do acusado à genitora da ofendida, este se dirigiu à ofendida indagando se o pescoço da ofendida estava pronto, visto a ameaça proferido pelo acusado à vítima e sua genitora de que se fosse preso quando saísse mataria a vítima, o que foi presenciado pelos Policiais Valdemar Alves Porfírio e João Victor Martins da Silva."

Tais relatos de graves agressões e ameaças certamente explicam a hesitação da vítima e de sua irmã, R., e a retratação da mãe da vítima, R., na oportunidade na qual foram ouvidas em Juízo.

Bastante angustiada, a Sra. R. da C., ouvida como informante, retrata-se e nega que a vítima tenha relatado a ela o crime, nega ser o Apelante pessoa agressiva, nega que tenha sido agredida por ele, nega até mesmo ter sido ouvida na Delegacia. Quando confrontada com o termo de depoimento de fl. 13, no qual há sua assinatura aposta, a informante afirma: "*Se eu tiver falado, não estou lembrada.*"

Inicialmente, a vítima, visivelmente nervosa, apenas aduz que é agredida pelo padrasto e que deseja morar com o pai. Da mesma forma, a irmã da vítima, a princípio e de modo aflito, tenta eximir o Apelante de qualquer culpa. Todavia, após indagada a respeito do depoimento prestado na Delegacia, R. confirma que o padrasto tentou estuprar a vítima na rede: "*Ela falou que ele colocou ela dentro da rede e tentou fazer 'isso' com ela. Quis mexer com ela, bulir nas partes, pegar nas partes dela. […] Diz que pegou no peito, bumbum e pipiu*." Descrevendo também a grave ameaça que as conduziu à tentativa de retratação: "*Nós tudim dentro de casa tem medo dele. Já ameaçou de morte, disse que se ficar preso, quando sair, vai cortar o pescoço dela fora. Falou isso em 2014.*"

Realizada acareação entre R. e a vítima, esta, ainda demonstrando grande temor, confirma perante a Autoridade Judicial que o Apelante, no "dia da rede", pegou nos seus seios e nas suas partes íntimas.

Diferentemente do alegado pela Defesa, o resultado da acareação é juridicamente válido e, ante o contexto de ameaças descrito acima, totalmente crível e harmônico com os demais elementos de prova.

O pai da vítima, o Sr. F. G. do N., ouviu da própria criança o relato dos fatos criminosos, tendo conhecimento também a respeito do teor das ameaças:

> "A R. se embriagava e dormia e o R. ia mexer com as meninas. Minha irmã, a S., ouviu o R. ameaçando a G. de morte, se ela contasse alguma coisa a mais do que ela já sabia. Já podia botar no caixão. Tava falando pra mãe dela e pra G.. **A minha filha contou que ele tava ameaçando ela de morte. Ela me falou que ele tentou praticar ato sexual. Ela e as irmãs contaram que ele tentou com o dedo, tirava toda a roupa dela, tentou ter a relação sexual toda**. Contou que aconteceu umas duas vezes. Do pano na boca não contou. Ele é violento. Sei que ele matou a própria mulher dele, já ouvi muita gente dizer isso." (grifei)

A Conselheira Tutelar Francisca Francelda reafirma seu relato na fase inquisitiva, narrando também outras graves ocorrências posteriores:

> "Recebemos a denúncia e falamos com a criança, G., que na época tinha 9 anos. Foi com a mãe, a R.. **Ela falou que tava deitada, a mãe totalmente embriagada, e o Seu R. foi na rede dela e passou a mão nas partes íntimas, segundo ela no piu piu, na vagina**. Diz que ele colocou a mão na boca dela pra ela não gritar. Dia 05/07/14, tivemos uma audiência e a G. disse que o Seu R. atirou com uma espingarda e ameaçou pra ela não falar nada sobre o passado. Ameaçou a criança caso ela não contasse a verdade e a mãe aflita, pedindo pra ela calar a boca. Já tinha denúncia dele não deixar a S., que é cadeirante, tomar suas vacinas." (grifei)

Portanto, não há que falar em insuficiência de prova, na medida em que as declarações da vítima se embasam totalmente nos demais elementos de prova trazidos aos autos, os quais são mais que suficientes para a aferição da materialidade e da autoria do crime, notadamente ante a inconsistência das versões contraditórias apresentadas pelo Recorrente.

Na Delegacia de Polícia Civil, informa o Sr. R. (fl. 18): "*Que nega ter tentado abusar de sua enteada G. da C.; Que acredita que o motivo que levou G. a lhe denunciar, foi o fato do interrogado ter advertido verbalmente a sua enteada mais velha R.*." Já ante o Juízo, apresenta outra inverossímil justificativa, pugnando que toda a "estória" teria sido inventada por uma tia da vítima.

Argumenta também a Defesa que "*o exame pericial realizado na vítima não indicou que esta tenha sofrido qualquer tipo de abuso ou violência sexual*", olvidando-se que atos libidinosos normalmente não deixam vestígios.

A jurisprudência do Superior Tribunal da Justiça é concordante no sentido que "*o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do CP, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso*" (AgRg no REsp 1.154.806-RS, Sexta Turma, DJe 21/3/2012).

Ante o exposto, não restam dúvidas de que o Recorrente praticou atos libidinosos com vítima, uma criança de 09 (nove) anos, consistentes em apalpação de seios e vagina.

A respeito da pretensão desclassificatória do Apelante para o tipo do art. 65 da Lei de Contravenções Penais, esta igualmente não merece prosperar, uma vez que restou constatada a prática de toques físicos capazes de configurar atos libidinosos diversos da conjunção carnal, gerando o efetivo constrangimento da vítima.

Alega a Defesa que o fato criminoso teria se restringido a um "*simples toque nas partes íntimas*", o que certamente não foi o que ocorreu na hipótese, vez que a vítima relatou que acordou com o Apelante "mexendo", "bulindo" em suas partes íntimas, não as tocando superficialmente de forma rápida.

Tipifica o art. 65 da Lei das Contravenções Penais a conduta de "*Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável*", protegendo a tranquilidade pessoal. O agente desse tipo age com o objetivo de aborrecer, atormentar, irritar, gerando incômodo e inconveniência.

Por outro lado, o tipo do art. 217-A protege a integridade moral e sexual de crianças e adolescente menores de 14 (catorze) anos, possuindo o agente o objetivo de satisfazer sua lascívia, não se confundido em nada com o tipo art. 65 da Lei de Contravenções Penais. Não é o art. 65 da Lei de Contravenções Penais uma gradação da conduta trazida pelo art. 217-A do Código Penal, dado que, na realidade, protegem bens jurídicos distintos.

Estando provado que o Recorrente praticou conduta de cunho sexual altamente reprovável, ato libidinoso que consistiu em mexer no órgão genital e em apalpar os seios da criança, não há que falar em conduta que resultou em simples inconveniência, o que autorizaria a desclassificação pretendida.

Nesse sentido, entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTRAVENÇÃO PENAL. VÍTIMA CRIANÇA. INCOMPATIBILIDADE. ART. 214, *CAPUT*, C/C O ART. 224, "A", DO CÓDIGO PENAL (VIGENTES À ÉPOCA DOS FATOS). CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. A controvérsia atinente à inadequada desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a revaloração de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.
>
> 2. **Nega-se vigência aos arts. 214 e 224, "a" (redação anterior à Lei n. 12.015/2009), ambos do CP, quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (criança), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que a ação do acusado foi "breve e superficial"**.

> 3. **A proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, caput, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais**.
> 4. **É pacífica a compreensão de que o delito de atentado violento ao pudor com violência presumida se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. Precedentes.**
> 5. Recurso especial provido para condenar o réu como incurso no art. 214, *caput*, c/c o art. 224, "a", ambos do Código Penal (vigentes à época dos fatos), devendo os autos retornar ao Tribunal de Justiça estadual, para que se proceda à dosimetria da pena.
> (STJ. Resp 1154718/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016, grifei)

Dessa feita, cumpre reconhecer que a sentença foi exarada com acerto, fincada nos inequívocos elementos de prova dos autos, sendo certo que o Recorrente praticou ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, o que configura o delito previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal.

No que tange ao pedido de redução da pena, verifico que a censura penal imposta ao Apelante considerou negativa apenas a circunstância judicial "personalidade", nos seguintes termos: "*Os autos revelam que o Acusado é uma pessoa violenta, a qual agredia as crianças G. da C. e R. de C., bem como já teria agredido a mãe das crianças, R. da C.*."

Reconhecendo a incidência da circunstância agravante do art. 61, II, "*f*", do Código Penal, por haver o condenado prevalecido-se das relações domésticas, fixou-se a pena definitiva em 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Esta Relatoria entende que há razões bastantes para se manter negativa a circunstância judicial "personalidade". Extrai-se dos autos ser o Recorrente pessoa extremamente agressiva, desarrazoada e controladora, chegando a impedir que as crianças tomem vacinas e frequentem a escola, além de proibir até mesmo que a família atenda à intimação judicial de comparecimento em audiência.

Corretamente fixada a pena-base em 09 (nove) anos, foi o Juízo de piso benevolente em aumentar a pena somente em 1/6, considerando a agravante do art. 61, II, "*f*", do Código Penal ao invés da majorante específica de ½ prevista no art. 226, II, do Código Penal, cabível no caso.

Não obstante, ante a proibição da *reformatio in pejus*, deve o *quantum* da pena privativa de liberdade permanecer tal como imposto em sentença, assim como o regime inicial de cumprimento.

Havendo sido a prisão preventiva substituída por prisão domiciliar em 15 de março de 2016, em sede de *Habeas Corpus*, deve a condição de saúde do Recorrente ser reanalisada pelo Juízo da Execução, para fins de manutenção ou revogação do benefício.

Isso posto, é o presente para tomar conhecimento do recurso e para lhe negar provimento, mantendo-se a sentença recorrida em todos os seus termos.

Fortaleza, 06 de fevereiro de 2019.

PROCESSO: 0042098-33.2015.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: RAFAEL DA SILVA BRAZ
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
CUSTOS LEGIS: MINISTERIO PUBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: **PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. MÉRITO. PRETENSÃO DESCLASSIFICATÓRIA DA CONDUTA. IMPROVIMENTO.**

As evidências do flagrante e a própria confissão do acriminado desnudam a tentativa desclassificatória da defesa, firmando, ao revés, a convicção de que o recorrente tencionava repassar o entorpecente a terceiro, por dinheiro ou não. A análise da situação fática trazida à apreciação nos presentes autos não deixa margem a dúvida quanto a configuração do delito previsto no art.33 da Lei Antidrogas. CENSURA PENAL. FIXAÇÃO BALIZADA PELOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, negando-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 30 de maio de 2018.

RELATÓRIO

O acima identificado, conhecido como "Bin Laden", condenado a 3(três) anos e 8(oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 400(quatrocentos) dias-multa, por tráfico de drogas, apelou, alegando insuficiência de provas a ensejar o juízo condenatório.

Apelo confutado, na Instância, a douta PGJ opinou pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Fortaleza, 30 de maio de 2018.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade ensejando seu conhecimento.

Segundo a denúncia, no dia 25 de maio de 2015, policiais civis receberam denúncia anônima informando que o traficante conhecido por **"Bin Laden"** estava com 1Kg de maconha em sua casa, fazendo-se acompanhar de seu primo, Josimar Braz da Silva, conhecido por "Acerola".

Ante as informações os policiais se dirigiram até a Travessa Pelotas, 131, Altos, lugar conhecido como "Beco Fantasma", encontrando lá "**Bin Laden**" com ele uma quantidade de maconha prensada. Ato contínuo, os policiais foram até o endereço acima indicado e antes de adentrarem já foram avistando, na calha da casa, em um buraco, uma balança de precisão. Dentro do imóvel os policiais encontraram 620(seiscentos e vinte)gramas de maconha prensada, tendo o apelante, no azo, confessado a propriedade da droga. Declarou aos policiais que a tinha adquirido por R$2.000,00(dois mil reais) e que vendia cada tablete por R$10,00(dez) reais.

Em juízo, quando interrogado, o ora apelante, de igual modo, assumiu a propriedade da droga e que a mesma se destinava à comercialização, conforme se pode constatar através da mídia de áudio-vídeo encontrável nos

autos à pág.108. Tanto assim que quando do doseamento da censura penal foi reconhecida em favor do apenado a atenuante da confissão espontânea.

Não obstante, comparece a defesa, na presente sede, buscando a desclassificação da conduta do acriminado, afirmando ser ele usuário de droga e não traficante.

Sobre a alegação, nada, nos autos, restou demonstrado a respeito, não sendo ultrapassada a barreira da mera alegação, aliás, diga-se, declaração comum em crimes dessa natureza.

Bem conhecidos, nos meios jurídicos, jargões utilizados por advogados em vãs tentativas de desclassificar condutas de traficantes, onde alegam e nunca provam absolutamente nada. Talvez em suas mentes resida a figura do crime de tráfico de drogas somente quando o agente é flagrado, ou melhor, filmado ou fotografo, passando a droga ao "cliente" e recebendo o dinheiro em contrapartida. Olvidam os verbos contidos na Lei de Drogas cuja extensão, propositalmente perquirida pelo legislador, visa cercar-se de todos os cuidados para que o responsável pela disseminação da droga ilícita não fique impune escondendo-se entre brechas e omissões legislativas.

Assim se pune a conduta de **"vender", "expor à venda", "oferecer", "ter em depósito", "guardar", "entregar a consumo", trazer consigo"**, dentre outros, não importando se o agente foi flagrado, efetivamente, no momento da compra e venda. O argumento de que a maconha destinava-se a consumo próprio, não possui prova a lhe dar sustento.

Nesse contexto, as evidências do flagrante e a própria confissão do acriminado desnudam a tentativa desclassificatória da defesa, firmando, ao revés, a convicção de que o recorrente tencionava repassar o entorpecente a terceiro, por dinheiro ou não.

Nada a retificar.

Por fim, mesmo não sendo objeto de específica impugnação recursal, verifico que a censura penal imposta ao apelante está em perfeita consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Resultou a reprimenda de minudente análise das circunstâncias judiciais do art.59 da lei penal, com reconhecimento, na terceira fase do doseamento, em favor do

réu, da figura do tráfico privilegiado, tendo ele sido apenado ao cumprimento de 3(três) anos e 8(oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 400(quatrocentos) dias-multa.

Isso posto, é o presente para tomar conhecimento do recurso, para lhe negar provimento.

Fortaleza, 30 de maio de 2018.

PROCESSO: 0045239-31.2013.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTES: TIAGO COSTA DE ARAÚJO, CARLOS HELDER FRANKLIN MARQUES E DEIJAIR DE SOUZA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. FRANCISCO MAURO FERREIRA LIBERATO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO DEFLAGRADA PELA POLÍCIA FEDERAL. APREENSÃO DE APROXIMADAMENTE 100KG DE COCAÍNA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO MANIFESTADA PELOS TRÊS RÉUS.

APELAÇÃO INTERPOSTA POR *TIAGO COSTA DE ARAÚJO*. RÉU CONDENADO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE (ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006). PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. PROCEDÊNCIA. EXCLUSÃO DE VETORIAL RELACIONADA AOS ANTECEDENTES INDEVIDAMENTE VALORADA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2003. INAPLICABILIDADE, NO PARTICULAR. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O trâmite de anterior ação penal não possui força suficiente para constituir maus antecedentes, e, em consequência, para agravar a pena-base, nos exatos termos da Súmula n.º 444 do STJ, tornando inevitável excluir essa circunstância do cálculo dosimétrico.

2. Há nos autos elementos capazes de indicar que o apelante não se dedicava de forma esporádica à atividade da traficância, sobretudo ao considerar a inexistência de qualquer ocupação lícita; a estrutura montada em sua residência para a viabilização desse comércio, bem como a exorbitante quantidade da substância entorpecente apreendida, tudo levando a crer que o réu dedica-se à atividade criminosa, justificando, por isso, o afastamento da redutora prevista no caput do § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.
3. Apelação conhecida e parcialmente provida.

APELAÇÃO INTERPOSTA POR *CARLOS HÉLDER FRANKLIN MARQUES*. RÉU CONDENADO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE (ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006) E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16 DA LEI N.º 10.826/2003). NEGATIVA DE AUTORIA QUANTO AO PRIMEIRO DELITO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. CONTEXTO PROBATÓRIO REVELADOR DA TRAFICÂNCIA. TESE DEFENSÓRIA INCONVINCENTE. FRAGILIDADE DA ARGUMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2003. INAPLICABILIDADE, NO PARTICULAR. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
1. O pleito de absolvição é medida incogitável se o acervo probatório reunido na instrução processual confirma a materialidade, comprovada

pelo laudo pericial atestatório da presença da substância entorpecente, somando-a à evidência da traficância, cuja prática pelo sentenciado a defesa não alcançou desmentir, sequer fragilizar.

2. À luz do entendimento adotado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, "*a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006*". (HC 409.415/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

3. Apelação conhecida e improvida.

APELAÇÃO INTERPOSTA POR *DEIJAIR DE SOUZA SILVA*. RÉU CONDENADO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE (ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006) E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI N.º 10.826/2003). NEGATIVA DE AUTORIA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA ATINENTE AO PRIMEIRO CRIME. CONTEXTO PROBATÓRIO REVELADOR DA TRAFICÂNCIA. TESE DEFENSÓRIA IGUALMENTE INCONVINCENTE. FRAGILIDADE DA ARGUMENTAÇÃO. PLEITOS RELACIONADOS À DOSIMETRIA DAS PENAS JÁ APRECIADOS NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS N.º 0623280-50.8.06.0000, POR DETERMINAÇÃO

DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

1. O pleito de absolvição é medida incogitável se o acervo probatório reunido na instrução processual confirma a materialidade, comprovada pelo laudo pericial atestatório da presença da substância entorpecente, somando-a à evidência da traficância, cuja prática pelo sentenciado a defesa não alcançou desmentir, sequer fragilizar.

2. Prejudicados os demais questionamentos no arrazoado, mormente por ser vedado ao mesmo órgão fracionário deste Tribunal de Justiça reapreciar matérias já objetos de deliberação, cujas penas, a propósito, já foram inclusive retificadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Apelação parcialmente conhecida para, nessa extensão, negar-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima epigrafados, acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em:

1 - conhecer da apelação interposta pelo réu Tiago Costa de Araújo e dar-lhe parcial provimento;

2 – conhecer do recurso apelatório interposto pelo acusado Carlos Hélder Franklin Marques e negar-lhe provimento;

3 – conhecer parcialmente do recurso interposto por Deijair de Souza Silva para considerá-lo prejudicado nos pontos acima destacados, e para, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 24 de janeiro de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de *Apelações Criminais*interpostas pelas defesas de **Tiago Costa de Araújo, Carlos Helder Franklin Marques e Deijair de Souza Silva**contra sentença condenatória proferida em 24/11/2014 pelo douto juízo da 2.ª Vara de Delitos de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza, em consequência da denúncia oferecida nos seguintes termos pelo representante do Ministério Público (folhas 03/06):

1) no dia 22/03/2013, durante uma das operações de rotina deflagradas no Aeroporto Internacional de Fortaleza - Pinto Martins, policiais federais apreenderam uma mala de propriedade do primeiro apelante, **Tiago Costa de Araújo**, na qual continha a exorbitante quantia de R$ 300.800,00 (trezentos mil e oitocentos reais), circunstância que conduziu à abertura de inquérito policial para apuração do crime de lavagem de dinheiro, diante de robustos indícios de aquele capital dispor de origem ilícita;

2) daí, então, sobreveio a necessidade de aquele denunciado ser monitorado por agentes federais, cujas investigações constataram sua presença constante na cidade de Fortaleza, indicaram sua residência em um edifício no bairro Cidade 2000, a utilização de vários veículos para transporte, inclusive carros considerados de luxo, e, ainda, a ocorrência de encontros suspeitos com diversas pessoas, dentre elas, o segundo apelante, **Carlos Helder Franklin Marques,** em uma espécie de galpão, localizado na Av. Carlos Jereissati, nas proximidades do Aeroporto Pinto Martins;

3) nos dias que antecederam à efetivação do flagrante, **Tiago Costa de Araújo** foi visto pelo período da manhã entrando no mencionado galpão em um carro da marca Siena vermelho e, em seguida, saindo em um Fiat Uno de cor prata;

4) já durante a tarde, a equipe de investigação verificou que **Tiago Costa Araújo** estava conduzindo um veículo de luxo DISCOVERY em direção ao aeroporto, sendo seguido por um Fiesta vermelho, guiado, provavelmente, pelo terceiro acusado, **Deijair de Souza Silva;**

5) os outros policiais responsáveis por observar **Carlos Helder Franklin Marques** que, naquele momento, possivelmente, estaria este indo ao encontro dos outros dois no já mencionado galpão;

6) vislumbrando a possibilidade de uma eficaz abordagem aos três, a equipe policial cercou o local e, no instante em que **Tiago Costa de Araújo** abriu o portão para dirigir-se ao seu veículo, fora imediatamente surpreendido pelos agentes, ao mesmo tempo em que **Carlos Helder Franklin Marques** e **Deijair de Souza Silva**, inutilmente, intencionaram fechar o portão a fim de impedir a entrada dos policiais;

7) ali, fora encontrada grande parte da droga apreendida, enquanto no interior do veículo Discovery de **Tiago Costa de Araújo** fora localizado o restante das substâncias entorpecentes, cujo total exatificam 101,7 kg (cento e um quilos e setecentos gramas) de cocaína, acondicionados em forma de tijolos, envoltos em filme de PVC transparente;

8) na sequência das diligências realizadas, os policiais seguiram até a residência de **Tiago Costa de Araújo**, onde foi apreendida grande quantidade de dinheiro, jóias, celulares e documentos diversos, momento em que - ressalta a peça delatória – houve uma tentativa de suborno daquele para com os agentes da Polícia;

9) após informações fornecidas pelo próprio denunciado **Deijair de Souza Silva**, fora apreendida, no interior do veículo Fiesta, ocultada em um dispositivo eletrônico próprio para esconder armas, uma pistola TAURUS .380, acompanhada de seu carregador. Por sua vez, no interior do veículo Siena, conduzido pelo indiciado **Carlos Helder Franklin Marques**, fora encontrada uma pistola TAURUS 9mm, igualmente com seu respectivo carregador;

10) ouvido em interrogatório no âmbito administrativo, o réu **Tiago Costa de Araújo** assumiu a propriedade de toda droga, procurando isentar os demais de qualquer responsabilidade. Já estes negaram possuir qualquer participação com o tráfico de drogas sob investigação.

Na sentença de folhas 540/551, o douto Juízo de origem julgou parcialmente procedentes as imputações inseridas na denúncia, para condenar:

1) o réu **Tiago Costa de Araújo** como incurso nas tenazes do artigo 33, *caput,* da Lei n.º 11.343/2006, aplicando-lhe a pena de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e de 1.000 (um mil) dias-multa, cujo valor unitário fora estabelecido no patamar de R$ 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do crime;

2) o acusado **Carlos Helder Franklin Marques** penas previstas no artigo 33, *caput,* da Lei n.º 11.343/2006 e no artigo 16 da Lei n.º 10.826/2003 (posse ilegal de arma de fogo de uso restrito), fixando-lhe as sanções de 08 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa, no valor unitário de R$ 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do crime, e de 03 (três) anos de reclusão, respectivamente, além de multa no montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Ao computar o somatório de ambas as reprimendas, ou seja, 11 (onze) anos de reclusão, fixou o regime inicialmente fechado para o respectivo cumprimento. Após realizar a medida prevista no artigo 387, § 2.º, do Código de Processo Penal, o MM. Juiz *a quo* detraiu 01 (um) ano, 08 (oito) meses e 02 (dois) dias – período em que esteve preso provisoriamente -, certificando restar para este acusado o cumprimento de 09 (nove) anos, 03 (três) meses e 28 (vinte e oito) dias, mantendo o regime inicialmente fechado, por persistir a reprimenda em patamar superior a 08 (oito) anos;

3) o denunciado **Deijair de Souza Silva**como incurso nas penas do artigo 33, *caput,* da Lei n.º 11.343/2006 e do artigo 14 da Lei n.º 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), atribuindo-lhe a sanção de 07 (sete) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa, no valor unitário de R$ 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do crime, e de 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão, respectivamente, além de multa no montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). O total das penas resultou em 09 (nove) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

O judicante, entretanto, julgou improcedente a imputação quanto ao crime de associação para o tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 35 da Lei n.º 11.343/2006, por não vislumbrar elementos de provas suficientes acerca da reiteração dos agentes nesta atividade criminosa.

Negou-lhes, ademais, o direito de recorrer em liberdade.

Além disso, o magistrado decretou também a perda do dinheiro, de todos os veículos e dos demais bens apreendidos na operação policial.

O primeiro a apresentar suas razões recursais (folhas 555/560), **Carlos Helder Franklin Marques**, alega, em síntese, não haver provas seguras e suficientes capazes de ensejar o decreto condenatório, circunstância a impor sua absolvição. Como pedido sucessivo, postula a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4.º, do Código Penal, haja vista ser réu primário, bem como não integrar organização criminosa.

Na sequência, consta dos autos recurso de apelação interposto por Gilberto de Souza-ME (folhas 582/598), terceiro que, ao se considerar prejudicado pela decisão que determinou o perdimento dos bens apreendidos, postula a restituição do veículo Discovery Diesel Ano/Modelo de Fabricação 2011.

O Ministério Público de primeira instância apresentou contrarrazões ao recurso interposto pelo réu **Carlos Helder Franklin Marques**(folhas 674/693), postulando a confirmação da sentença em todos os seus termos.

Já nesta instância recursal, fazendo uso da faculdade permitida pelo artigo 600, § 4.º, do Código de Processo Penal, o denunciado **Deijair de Souza Silva**apresenta as razões de sua irresignação (folhas 714/728), atendo-se à questão de inexistência de provas suficientes a ensejar sua condenação no tráfico de drogas, ao alegar apenas haver prestado serviços a Tiago Costa de Araújo. Ao mesmo tempo em que afirma não possuir plena ciência das atividades ilícitas por este desenvolvidas, passa a defender, na sequência de suas explanações, que a circunstância de saber acerca da existência de droga no galpão, por si só, não é capaz de constituir evidência de sua participação no delito. Em seguida, sucessivamente, postula também a causa de diminuição de pena elencada no artigo 33, § 4.º, do Código Penal, e, em consequência, a alteração do regime de cumprimento. Por fim, de modo bem sucinto ao final de seu petitório, requer a redução da pena-base aplicada, haja vista serem as circunstâncias judiciais favoráveis em sua maioria.

Subsequentemente, em nova petição (folhas 730/732), este mesmo réu postula o desmembramento do processo, nos termos do artigo

80 do Código de Processo Penal, medida indeferida pelo então relator do feito, o eminente Desembargador Francisco Gomes de Moura, conforme se observa às folhas 738/740. Em continuidade, nova postulação é por ele realizada (folhas 733/736), para suscitar o que entende como "questão de ordem", ao questionar a dosimetria da pena em relação ao crime de porte de arma, sob a justificativa de que o douto juízo de primeiro grau aplicou indevidamente as diretrizes previstas no artigo 16, relativas ao porte de arma de uso restrito, e não no artigo 14, como haveria de ser feito, por haver sido apreendida em seu poder arma de fogo de uso permitido.

Por sua vez, o acusado **Tiago Costa de Araújo** apresenta suas razões às folhas 750/757, para, em síntese, impugnar a pena-base fixada em primeira instância, bem como postular a aplicação da causa de diminuição da reprimenda disposta no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de folha 847/854, opina pelo improvimento dos apelos interpostos.

Laudo pericial de um dos veículos utilizados pelos recorrentes repousa às folhas 855/863.

Por haverem sido interpostas duas razões alusivas a este recorrente - subscritas por diferentes causídicos -, as últimas apresentadas foram desentranhadas dos autos, mediante determinação do então relator do feito, em razão da preclusão consumativa (folhas 864/865).

Nessa mesma decisão destacada, fora ordenado o desmembramento do feito em relação ao recurso apelatório interposto por **Gilberto de Souza - ME**, terceiro prejudicado, a fim de que os autos retornassem ao primeiro grau para deliberação pelo judicante monocrático acerca do recebimento ou não daquela peça processual, cujos autos recebeu a numeração de protocolo 0000636-65.2016.8.06.0000 (folha 911).

Às folhas 978/995 e 1000/1009, constam novos pareceres da Procuradoria Geral de Justiça, emanados especificamente em relação aos apelos interpostos pelos réus Tiago Costa de Araújo e Deijair de Souza Silva.

Destaca-se, por necessário, que os réus impetraram diversos pedidos de Habeas Corpus, os quais foram ora denegados ora considerados prejudicados por esta Corte de Justiça (folhas 311, 477, 501, 566, 578, 698, 673, 704, 737).

Em virtude de determinação proveniente do Superior Tribunal de Justiça, a impetração protocolada pelo denunciado Deijair de Souza Silva sob o n.º 0623280-50.8.06.0000, antes não conhecida, teve o mérito analisado pela Segunda Câmara de Direito Criminal, em 08 de fevereiro de 2017, para, à unanimidade, ser concedida parcialmente a ordem no sentido de reduzir as penas relativamente aos crimes do artigo 33, *caput,* da Lei n.º 11.343/2006 e do artigo 14 da Lei n.º 10.826/2003 para 07 (sete) anos de reclusão e 02 (dois) anos de reclusão, respectivamente, totalizando 09 (nove) anos de reclusão, no regime inicial fechado.

Ainda não resignado, o referido réu impetrou Habeas Corpus junto à Corte Superior, onde obteve, novamente, a redução de sua reprimenda relacionada ao crime de tráfico de drogas para 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, redimensionando a pena total privativa de liberdade para 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão, mais o pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa (folha 1040).

É o que importa para relatar.

VOTO

Do juízo de admissibilidade recursal:

As apelações são tempestivas e preenchem os demais pressupostos recursais objetivos e subjetivos, motivo pelo qual delas conheço.

TESES RECURSAIS:

No que pertine à questão meritória, verifica-se que, do mesmo modo que a materialidade encontra-se comprovada por meio do auto de apresentação e apreensão e do laudo toxicológico localizados às folhas 30/34 e 76/81, respectivamente, a responsabilidade dos denunciados pelo delito está devidamente demonstrada, sendo corretamente explicitada na denúncia e acolhida na sentença condenatória.

Com efeito, em alusão ao réu **Tiago Costa Araújo,** além da confissão acerca da propriedade da substância entorpecente apreendida, a autoria delitiva do tráfico de entorpecente restou evidenciada diante dos demais elementos probatórios constantes dos autos, a saber, os materiais encontrados em seu apartamento, tais como elevada quantia em dinheiro (R$ 6.001,00 – seis mil e um reais), cheques totalizando o valor de R$ 195.150,00 (cento e noventa e cinco mil e cento e cinquenta reais), joias, máquinas de contagem de dinheiro, dezenas de celulares, carros de luxo, dentre outros, tudo a desvelar um modo de vida notoriamente incompatível com o retorno financeiro proveniente da profissão por ele indicada – venda autônoma de veículos -, sobretudo ao ser constatado pelos agentes federais que sequer a exercia efetivamente.

Por oportuno, é válido ressaltar que o dinheiro confiscado com este acusado no aeroporto internacional Pinto Martins - ao tentar embarcar com a quantia aproximada de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) - nunca teve sua origem lícita comprovada.

Indiscutível - até porque sequer questionada no arrazoado - a responsabilidade deste denunciado.

Por sua vez, a tese defensiva dos corréus **Carlos Helder Franklin Marques** e **Deijair de Souza Silva** inicia-se com o pleito de absolvição, diante da suposta ausência de elementos de prova capazes de confirmar as respectivas participações na infração penal e, portanto, de autorizar suas condenações.

Não é, todavia, o que os autos exatificam.

O tráfico atribuído aos recorrentes, diversamente do alegado, está bem definido no acervo probatório.

A começar pelo próprio estado de flagrância no qual foram surpreendidos os denunciados, a saber, reunidos em uma espécie de galpão vazio, localizado próximo ao Aeroporto Internacional Pinto Martins, dentro do qual havia aproximadamente 101,7 kg de cocaína.

Tal fato, por si, já denota uma relevante evidência da atuação conjunta dos três envolvidos no comércio ilícito de entorpecentes, que, contextualizada com outras circunstâncias concretas e suficientemente demonstradas na instrução processual, autoriza, seguramente, as respectivas condenações.

Nesse contexto, as provas extraídas do inquérito policial, devidamente judicializadas, revelam que, no dia do fato, Tiago e Deijair chegaram juntos ao galpão e nele adentraram, enquanto Carlos Hélder chegou minutos após. Este último, inclusive, comparecera ao local sob a justificativa de sua presença haver sido solicitada por Tiago exclusivamente para que abrisse o portão de entrada, viabilizando o respectivo acesso, embora tenha sido o último a chegar.

Indagado em juízo sobre tal contradição, Carlos informou que Tiago e Deijair haviam entrado pelo portão menor - o qual, confirma, sempre ficava aberto -, mas que seria necessária a abertura do portão maior, o de passagem de carros, possivelmente para a entrada dos móveis, que, ressalte-se, sequer existiam.

A estas incoerentes informações, somem-se as declarações prestadas em juízo por Tiago no sentido de que a movimentação da droga apreendida ocorreu apenas no dia da prisão, no instante em que chegara ao galpão, e, por óbvio, momentos antes da abordagem policial. Afirma, em seguida, que, naquela ocasião, encontrava-se descarregando o tóxico confiscado, tanto que foram encontrados dois sacos, um já armazenado no interior do local e outro, ainda em seu veículo.

Nesse particular, as máximas da experiência revelam que um comerciante de drogas, de tamanha magnitude, a fazer dessa atividade o seu meio de vida, costuma se precaver, a cada instante, a fim de não transparecer a ilicitude de sua conduta, sobretudo a pessoas não envolvidas que, por óbvio, poderiam torná-la pública e conhecida, e, até, denunciá-lo.

Incomum, portanto, a circunstância de Tiago convidar Deijair para a medição de hipotéticos móveis, bem como de solicitar, despropositadamente, a presença de Carlos, justo na ocasião em que iria descarregar as drogas no galpão, fazendo-o, inclusive, despreocupadamente em suas presenças.

Por sinal, os policiais foram uníssonos no sentido de afirmar que o saco descarregado estava visivelmente exposto, bem à mostra de quem estivesse no ambiente, circunstância que tanto mais se confirma quando constatado tratar-se o local de uma espécie de "latada", sem mobiliário,

benfeitorias ou materiais de reforma que dispersassem a percepção visual do que nele armazenado.

A ser assim, tanto Carlos Hélder quanto Deijair, ao contrário do que afirmam em seus interrogatórios judiciais, sabiam da existência da droga naquele local, tanto que, nas razões recursais, este último, em nova versão apresentada a contrariar suas declarações outrora prestadas, diante de tantas evidências, confirma possuir conhecimento da presença do entorpecente naquele ensejo, embora defenda não haver participação no tráfico.

E o inusitado não para por aí.

Ainda com base nas informações extraídas dos depoimentos testemunhais, releva consignar que Carlos Hélder e Deijair, no instante em que, juntamente com Tiago, saíam do galpão, ao perceberem a presença dos policiais, correram em direção ao portão, trancando-o, em uma tentativa explícita, e posteriormente assumida, de impedir a entrada daqueles.

Essa singular reação, por outro lado, foi por eles justificada em uma íntima convicção que disseram possuir de se tratar de ação criminosa e não policial, cujos agentes estavam à paisana.

Todavia, em seu interrogatório judicial, Carlos Hélder acaba por revelar que, sintomaticamente, após a imediata identificação por parte dos investigadores, desconfiou se tratar da Denarc - Divisão de Combate ao Tráfico de Drogas, embora insista em afirmar que, até aquele momento, desconhecia a existência das substâncias entorpecentes lá encontradas.

De seguida, a equipe investigativa constatou que o dia-a-dia de Tiago se traduzia em condutas relacionadas ao tráfico, a considerar, dentre outras, que "*ele não fazia nada, simplesmente trocava de carro o tempo todo*"; que existiam "*encontros de carros, trocas de sacos de um carro para o outro*"; que, como já salientado, não exercia de fato a profissão indicada. Ciente de tais comportamentos e dos frequentes encontros flagrados pelos policiais entre Tiago e Carlos Hélder, inclusive na residência daquele na Cidade 2000, soa até incongruente a afirmação deste último no sentido de desconhecer a atividade ilícita usualmente praticada por Tiago, com quem, aliás, iria manter uma relação de confiança no suposto negócio a ser montado.

E, por oportuno, insta consignar que o galpão fora alugado em janeiro de 2013 em nome de Tiago, sendo que as contas de água e energia encontravam-se em nome de Carlos, a realçar o vínculo de intimidade existente entre ambos, até então já perspicazmente notado pelos agentes e, inclusive, relatado em juízo.

Além disso, embora Carlos haja afirmado que, muitas vezes, frequentava o local para acompanhar trabalhadores que lá prestavam serviços e para efetuar os respectivos pagamentos, nada disso foi comprovado, e, o que é mais incomum, não há relatos e constatações de atividade alguma realizada naquele espaço, a confirmar as declarações feitas pelos agentes estatais de não existir qualquer indicativo da possibilidade de ali ser instalado um lavajato ou uma locadora de carros, na forma como pretendem fazer crer.

Pelo contrário, o depoimento do policial Enéas Martins Sobreira, ao se referir ao local, na forma como se recorda, caracteriza-o como "*um terreno descoberto que tem uma latada um pouco mais adiante. E uns quartos, tipo banheiro, uma coisa assim*".

Do mesmo modo, das declarações prestadas pelo policial Rainier Antônio Andrade Reis, extrai-se, não necessariamente nestas exatas palavras, que "*ficou fazendo busca no ambiente e lá existia um quarto com uma porta e um fio elétrico descascado atravessando de um lado para o outro, como uma espécie de armadilha, por isso entendeu que seria um local utilizado para guardar a droga*".

Convém, então, que, pela lógica, não é crível a tese defensiva no sentido de que ali estaria havendo reformas para receber as alegadas instalações, nem também de que Carlos e Deijair desconheciam a guarda e o depósito das substâncias entorpecentes.

Por sua vez, a referir-se, por ora, ao corréu Deijair, o depoimento do policial José Calixto Júnior indica que, no momento do flagrante, houve uma tentativa inexitosa de fuga por parte desse denunciado, ao afirmar haver presenciado o momento em que seus colegas conseguiram dominá-lo ao chão e efetuar sua prisão.

A toda evidência, não se mostra plausível a justificativa apresentada pelo insurgente Deijair, no sentido de estar ali tão só para

efetuar as medições de possíveis móveis a serem instalados no futuro lavajato e locadora de carros. Até porque sequer findou em comprovar a existência de um projeto ou a circunstância de portar, naquele instante, qualquer tipo de equipamento ou material a viabilizar a obtenção das pretensas medidas.

Revela-se, então, que esse acusado não somente sabia da existência da droga no galpão e, em consequência, de sua destinação voltada para ação criminosa relacionada ao respectivo comércio ilícito, como também a ela aderiu, agindo em conjunto com Tiago e Carlos, como coautor, e não apenas como conivente, na forma como sugere no arrazoado.

Para completar, indicativo de não ser o primeiro envolvimento com o tráfico ilícito de entorpecente, contra esse réu recai outra denúncia, atribuindo-lhe a conduta prevista no artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, praticada anteriormente aos fatos ora em alusão, por isso respondendo a correspondente processo em trâmite na Comarca de Maracanaú, sob o número 0000297-27.2008.8.06.0117.

Além desses registros criminais, contra ele também tramitam ações penais relacionadas ao crime de roubo (processo n.º 0002454-07.2007.8.06.0117) e, até, de homicídio (processo n.º 0005123-67.2006.8.06.0117).

De rememorar-se, ainda, que, no interior do veículo Siena, de propriedade de Carlos, fora encontrada uma Pistola Taurus 9mm, arma de calibre restrito, com o respectivo carregador, localizada em um compartimento dissimulado próprio para camuflar armamento. E, do mesmo modo, em semelhantes condições, fora encontrada uma Pistola Taurus .380 no interior do veículo pertencente a Deijair, com o acréscimo, aqui, da existência de um acionamento eletrônico presente no painel do veículo para abertura do compartimento (folha 40/41), a realçar o grau de sofisticação adotado pelos envolvidos.

Importante destacar que, no depoimento do policial Enéas Martins Sobreira, restou consignado que "*Hoje em dia está muito comum esse procedimento do tráfico de andar armado. Eles dizem que as armas não são para os policiais, mas para outros traficantes.* ***Quando se pega droga, se pega arma***" (destacou-se). Afirmação, essa, dotada de um grau de probabilidade

relativamente amplo, resultado das regras de comportamento extraídas de sua experiência policial e que, portanto, deve ser sopesada no atual cenário.

Inexistem nestes autos, portanto, quaisquer elementos de prova, mínimos que sejam, convincentes e plausíveis, capazes de desconstituir as evidências constatadas em desfavor dos apelantes.

De relembrar-se noção básica, primária até, de que as provas não devem ser analisadas isoladamente, cada uma por si; o correto é contextualizá-las para melhor aferi-las, diante das circunstâncias e singularidades da causa.

Não se trata, portanto, de evidências frágeis ou especulativas, na forma como defendem, mas de provas influentes e decisivas suficientemente aptas a formar um juízo de certeza e segurança necessário a respaldar as respectivas condenações.

A ser assim, inconcessível a reforma da decisão de primeira instância, porque prolatada sob fundamentação concreta e objetiva e com respaldo no acervo probatório constante dos autos.

Passa-se, então, à análise da dosimetria da pena.

Em relação a Tiago Costa de Araújo:

Esse sentenciado apresenta suas razões às folhas 750/757, para, em síntese, impugnar a pena-base fixada em primeira instância, bem como postular a aplicação da causa de diminuição da reprimenda disposta no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

No que se refere à primeira fase da dosimetria:

Em conformidade com as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, a fixação da pena-base deve ser realizada de modo proporcional e em decisão devidamente fundamentada pelo órgão julgador.

Nestes termos, o Superior Tribunal de Justiça orienta: "*A individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade*". (AgRg no AgRg no AREsp 653.694/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 26/05/2017).

Considerando a punição aplicável ao ilícito do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 [reclusão, de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos, e multa], o magistrado *a quo* fixou a pena-base em 12 (doze) anos de reclusão, incrementando 07 (sete) anos na pena mínima, ao valorar, negativamente, os antecedentes criminais e as circunstâncias do delito, em vista da elevada quantidade da droga apreendida.

Confira-se:

> "Considerando as diretrizes do artigo 59 Código Penal C/C artigo 42 LEI Nº11.343/2006, que os réus agiram com a culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar; são tecnicamente primários, sendo que TIAGO COSTA DE ARAÚJO E DEIJAR DE SOUZA SILVA, registram antecedentes criminais, o primeiro por CRIME DE ESTELIONATO e o segundo por ROUBO, TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA; quanto a personalidade e conduta social pelos elementos de provas trazidos aos autos não é possível aferi-los; a motivação do crime é absolutamente identificável como o desiderato ou desejo de lucro fácil , o que já é punido pelo próprio tipo penal, sendo que as circunstâncias judiciais lhe são amplamente desfavoráveis, em virtude não só da elevada quantidade de droga apreendida, mais de 100KG (CEM QUILOGRAMAS);as consequências do crime são desconhecidas, tendo em vista que não se chegou a confirmação do exato tempo em que ele comercializava drogas ilícitas, daí porque não há falar-se em comportamento de vítimas; finalmente, inexistem dados para aferir a situação sócio-econômica do réu".

No que pertine aos antecedentes criminais, o édito condenatório apresenta fundamentação inapta à respectiva negativação.

Isso porque, à luz do princípio constitucional da presunção de inocência, é pacífica a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que "*somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que a sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal*." (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. v. I. p. 537).

Nesse contexto, a despeito de não constar dos autos a respectiva certidão, o juízo *a quo* refere que o sentenciado registra antecedentes pelo crime de estelionato, certificando, todavia, tratar de réu tecnicamente primário, a concluir que, contra ele, inexistia, à época da sentença, condenação com trânsito em julgado.

A ser assim, o trâmite daquela ação não possui força suficiente para constituir maus antecedentes, e, em consequência, para agravar a pena-base, nos exatos termos da Súmula n.º 444 do STJ, tornando inevitável excluir essa circunstância do cálculo dosimétrico.

Por outro lado, merece relevo a ponderação do judicante com relação à natureza e quantidade da droga apreendida, vale dizer, 101,7 kg (cento e um vírgula sete quilogramas) de cocaína, sobretudo porque o art. 42, da Lei n.º 11.343/2006 preconiza a preponderância dessas circunstâncias sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal.

A exorbitante quantidade da substância envolvida e sua natureza deletéria, com intensa capacidade para provocar dependência química, por si, são suficientes para justificar o aumento significativo da pena-base, *"porquanto bastante a diferenciar a situação retratada no processo em desfile da apreensão de outros materiais tóxicos igualmente capazes de configurar o delito de tráfico de entorpecentes"* (trecho extraído do inteiro teor do voto proferido pelo Ministro Antônio Saldanha Palheiro, no HC 388.097/CE, relacionado aos presentes fatos).

Até porque, na forma como bem salienta a doutrina de Renato Brasileiro de Lima, destacada no voto acima indicado, *"como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância ou quanto maior a quantidade da droga apreendida, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa. De fato, não se pode equiparar a conduta daquele indivíduo que é flagrado trazendo consigo um quilograma de maconha com a daquele que é preso com um quilograma de cocaína, já que essa droga tem um caráter viciante e destrutivo bem mais elevada que aquela"* (Legislação Criminal Especial Comentada. Ed. Juspodivm. Salvador. 2015. P. 808).

Mas não é só.

É possível extrair dos autos substrato fático-jurídico bastante para legitimar a exasperação da basilar, na forma como procedeu o judicante

a quo, notadamente sob o enfoque das circunstâncias do crime, cujo *modus operandi* adotado deve merecer ênfase.

Aliás, é como explica a lição de Ricardo Augusto Schmitt, ao definir as circunstâncias como os "*elementos que não compõem a infração penal, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre o autor e a vítima, dentre outros*" (Sentença Penal Condenatória, 2017, p. 167).

Na hipótese, os elementos probatórios acostados revelam que Tiago utilizava o tráfico de entorpecente como seu meio de vida, mantendo em sua residência um verdadeiro "escritório de contabilidade", onde foram encontrados, dentre outros objetos, elevada quantia em dinheiro, cheques, máquinas de contar dinheiro - inclusive, uma profissional -, dezenas de relógios e celulares, além de carros de luxo, evidenciando ser ele o responsável e articulador das frequentes negociações atinentes ao comércio em alusão.

Ademais, não se pode olvidar o fato de esse réu, em uma manifesta tentativa de corromper os agentes estatais, ofereceu-lhes relógios no momento da busca e apreensão em sua residência, circunstância comprovada pelo depoimento judicial do policial Enéas Martins Sobreira, e, inclusive, por aquele confirmada nas declarações prestadas administrativamente - ali justificando-a na cordialidade com que fora tratado -, porém negada quando de seu interrogatório em juízo.

Por tamanha gravidade, não se justifica o desprezo dado à conduta narrada, de modo que, não sendo propiciada sua responsabilidade criminal, conquanto constitua, em tese, fato típico e punível a teor do artigo 333 do Código Penal, merece repercutir no aumento de sua pena, sob a ótica das circunstâncias do delito.

E ainda é possível ir além.

Isso porque "*no exame das consequências da infração penal, o juiz avalia a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima, aos seus familiares ou à sociedade*" (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória, 2017, p. 170). Assim, o que se deve analisar "*é o alarme social do fato, a sua maior ou menor repercussão e os seus efeitos*" (Op. cit.).

Não se desconhece a existência de consequências delitivas inerentes aos próprios tipos penais, que, desse modo, não podem ser consideradas para modulação da pena-base, sob pena de incorrer em *bis in idem*. Daí porque somente aqueles resultados que se projetarem para além do fato típico é que poderão ser valorizados.

A exemplificar, "*ao revés de não podermos considerar como consequência desfavorável no crime de homicídio a perda de uma vida, posto que inerente ao tipo penal, revela-se passível de valoração nesta etapa do processo de dosimetria o fato de o agente ter ceifado a vida de um pai de família numerosa, situação que é mais censurável do que a conduta daquele que assassinou uma pessoa solteira*" (op. Cit, p. 171).

O mesmo raciocínio vale para a hipótese dos autos.

A despeito de a desestabilidade social e os malefícios gerados pelo narcotráfico serem elementos inerentes ao crime de tráfico de drogas, as consequências provenientes da exorbitante quantidade da droga apreendida, a abranger um número incontáveis de usuários, é um *plus* passível de ser sopesado na primeira fase da dosimetria, pelo potencial de acarretar prejuízos à sociedade expressivamente anormais.

Desse modo, tais condutas, agregadas àquela outra negativada, todas a transbordar as elementares do tipo penal e a revelar uma maior culpabilidade do acusado, permitem a manutenção da pena na forma como graduada em primeiro grau, certo que

> "*a apelação da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa ao Tribunal, que a julga de novo, reafirmando, infirmando ou alterando os motivos da sentença apelada, com as únicas imitações de adstringir-se à imputação que tenha sido objeto dela (cf. Súmula 453) e de não agravar a pena aplicada em primeiro grau ou, segundo a jurisprudência consolidada, piorar de qualquer modo a situação do réu apelante. Insurgindo-se a apelação do réu contra a individualização da pena, não está, pois, o Tribunal circunscrito ao reexame dos motivos da sentença: reexamina a causa, à luz do art. 59 e seguintes do Código, e pode, para manter a mesma pena, substituir por*

> *outras as circunstâncias judiciais ou legais de exasperação a que a decisão de primeiro grau haja dado relevo. À primeira vista, a restrição a observar no ponto é que as novas circunstâncias do fato hão de estar explícitas ou implicitamente contidas na acusação, o que, no caso, parece indiscutível" (HC nº 76.156, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 8/5/98).*

Reafirmando este entendimento, o Supremo Tribunal Federal decidiu em recente julgado:

> "3. A jurisprudência contemporânea da Corte é assente no sentido de que o efeito devolutivo da apelação, ainda que em recurso exclusivo da defesa, "autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão somente pelo teor da acusação e pela prova produzida" (HC nº 106.113/MT, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 1º/2/12). 4. Essa é exatamente a situação delineada nos autos, já que o Tribunal de Justiça estadual, ao analisar o recurso da defesa, apenas revisitou os critérios de individualização da pena-base definidos na sentença primeira para manter a pena já fixada, o que não caracterizou reformatio in pejus. 5. Habeas corpus do qual não se conhece". (HC 137528, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 13/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 26-10-2017 PUBLIC 27-10-2017).

Em igual sentido, a Corte Superior orienta:

> "em razão do efeito amplamente devolutivo da apelação, pode o Tribunal, quando provocado a rever a dosimetria da pena, apresentar novos fundamentos, desde que não reste agravada a situação do insurgente, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem se cogitar em ofensa ao princípio da *non reformatio in pejus*"
> (AgRg no AREsp n. 877.187/PA, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 6/10/2016, DJe de 19/10/2016).

> "III - O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. Neste aspecto, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à revaloração destas, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada".
> (HC 388.624/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 09/06/2017).

> "4. Pelo princípio da *non reformatio in pejus*, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo a quo, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu".
> (HC 362.247/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 06/12/2016).

Em conclusão: afastado o vetor indevidamente considerado atinente aos antecedentes criminais, impõe-se reduzir a pena-base de 12 (doze) anos para 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Das circunstâncias atenuantes e agravantes:

Referente à segunda fase de dosimetria, observa-se que, no juízo processante, houve atenuação da pena, em razão da confissão espontânea prevista no artigo 65, inciso III, *d,* do Código Penal, de modo que, após refeitos os cálculos, a sanção resulta em 11 (onze) anos de reclusão.

Das causas de diminuição e de aumento de pena:

Na terceira e última fase de dosimetria, também não foram consideradas causas de aumento e de diminuição da pena.

O recorrente, todavia, pretende a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Na forma do disposto naquele dispositivo legal, as penas impostas para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que cumpridos cumulativamente os pressupostos de 1) ser o agente primário, 2) possuir bons antecedentes, 3) não integrar organizações criminosas, bem como 4) não se dedicar a atividades criminosas.

A propósito, essa última condição revela-se quando o agente desenvolve "*algum tipo de atividade laborativa lícita e habitual, não apresentando personalidade voltada para a criminalidade, sendo o crime de tráfico a ele imputado naquele processo um evento isolado em sua vida*" (LIMA, Renato Brasileiro de, Legislação criminal especial comentada: volume único, 4. Ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 757).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, vem decidindo ser possível "*considerar-se o contexto da prática delituosa, a quantidade e a natureza da droga no afastamento da causa de diminuição da pena*" (HC 138212, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 19/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 02-10-2017 PUBLIC 03-10-2017).

Idem para o entendimento adotado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ao deliberar que "*a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006*". (HC 409.415/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

À vista disso, há nos autos elementos capazes de indicar que o apelante não se dedicava de forma esporádica à traficância, sobretudo ao considerar a constatação pelos policiais acerca da inexistência de qualquer ocupação lícita; toda a estrutura montada em sua residência para a viabilização desse comércio, outrora já destacada; bem como a exorbitante quantidade da substância entorpecente apreendida, tudo levando a crer que o réu dedica-

se à atividade criminosa, justificando, por isso, o afastamento da redutora prevista no caput do § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

A respeito, seguem precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

> "Como destacado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo a partir de elementos concretos dos autos, a quantidade de drogas apreendidas e as circunstâncias da prisão do paciente demonstravam que ele exercia o tráfico de forma habitual e fazia da traficância seu meio de vida. 5. Concluindo a instância ordinária, para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que o paciente se dedicava à atividade criminosa, torna-se inviável a utilização do habeas corpus para revolver o contexto fático-probatório e glosar os elementos de prova que ampararam aquela conclusão".
> (STF, HC 140423, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 27/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 09-08-2017 PUBLIC 10-08-2017).

> "Hipótese em que a quantidade da droga apreendida, apesar de embasar a exasperação da pena-base, não foi utilizada para definir o patamar da fração redutora, mas sim como elemento de convicção para concluir que o agente faz do tráfico o seu meio de vida e, consequentemente, não preenche um dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, qual seja, não se dedicar a atividades criminosas. Ressalta-se que, a rigor, ausentes os requisitos para a incidência do benefício, não há falar em dosimetria da pena na terceira fase e, em consequência, na dupla valoração da quantidade de entorpecentes. Entendimento pacificado no âmbito da Quinta Turma, no julgamento do REsp 1.660.470/RO, ocorrido em 24/10/2017".
> (STJ, HC 402.767/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017).

> "Na espécie, infere-se que o Tribunal local conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que as circunstâncias do caso, indicativas do tráfico habitual, por

> ter envolvido a responsabilidade pelo transporte de elevada quantidade de droga, são elementos que permitem concluir que há dedicação às atividades ilícitas, de modo que inexiste constrangimento ilegal alegado pela defesa. Precedentes". (STJ, HC 422.039/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 07/12/2017).

Afastada a minorante pretendida, mantém-se a pena em 11 (onze) anos de reclusão.

Por simetria, a pena pecuniária cumulativa estabelecida em 1.000 (um mil) dias-multa, cujo valor unitário fora arbitrado em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato - deve ser ajustada, mediante abrandamento igualmente proporcional à redução da pena aplicada em primeiro grau, razão pela qual convém fixá-la em 956 (novecentos e cinquenta e seis) dias-multa, naquele patamar fixado.

Em relação ao acusado Carlos Hélder Franklin Marques:

A esse delatado, o judicante *a quo* fixou a pena-base referente ao crime de tráfico de entorpecentes em 08 (oito) anos de reclusão e em 800 (oitocentos) dias-multa, em razão da exorbitância da droga apreendida, tornando-a assim definitiva, diante da inexistência de causas agravantes e atenuantes assim como de causas de aumento e de diminuição.

Além disso, quanto ao crime de posse irregular de arma de fogo de uso restrito, fixou a pena definitiva, na mínima legal, vale dizer, em 03 (três) anos de reclusão, bem como a multa de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ultrapassada que foi a tese de absolvição, analisa-se o pleito de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4.º, do Código Penal, sob o fundamento de ser réu primário, bem como de não integrar organização criminosa.

À luz das considerações dantes emanadas na ocasião da dosimetria da pena concernente ao acusado Tiago Costa de Araújo, revela-se desnecessária a reexposição dos mesmos motivos que ensejaram ali o

respectivo afastamento, adotando-os como razão de decidir também para este recorrente.

Neste particular, é válido relembrar: ressoa ilógico concluir pela inexistência de dedicação desse réu à atividade criminosa, diante da relação de intimidade pessoal e "profissional" que se demonstrou existir entre Carlos e Tiago, e ainda, da exorbitância da droga apreendida na operação, a corroborar a habitualidade delitiva, fundamento, portanto, hábil a rechaçar o benefício postulado.

Em relação a Deijair de Souza Silva:

Em alusão a este denunciado, a pena-base referente ao tráfico de drogas foi fixada, inicialmente, em 07 (sete) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa, assim considerada definitiva, porquanto ausente qualquer causa de modificação na segunda e terceira fase da dosimetria.

Por sua vez, a pena arbitrada para o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido resultou em 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão, além de pena pecuniária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Superada a tese de negativa de autoria, as demais postulações formuladas nas razões recursais, notadamente, a redução da pena-base quanto ao crime de tráfico de drogas; a aplicação da causa de diminuição elencada no artigo 33, § 4.º, do Código Penal; e a diminuição da reprimenda referente ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, já foram enfrentadas por ocasião do julgamento do HC n.º 0623280-50.8.06.0000, pelo então relator Francisco Gomes de Moura, por estrita observância à decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça proferida no HC n.º 362.451/CE.

Segue a ementa adotada, à unanimidade, por esta colenda 2.ª Câmara Criminal:

> "EMENTA: PENAL PROCESSUAL PENAL TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006, E ART. 14, DA LEI Nº 10.826/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA JULGAMENTO DO PRESENTE

WRIT NA DATA DE 21 DE JUNHO DE 2016 ORDEM NÃO CONHECIDA POR SER UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO HC 362.451/CE, DATADA DE 28 DE OUTUBRO DE 2016, DETERMINANDO QUE ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA APRECIE O MÉRITO DO MANDAMUS ALEGAÇÃO DE QUE É INIDÔNEA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL IMPROCEDÊNCIA PENA-BASE FIXADA EM 7 ANOS 101,7 KG DE COCAÍNA DROGA DE NATUREZA DELETÉRIA E EM QUANTIDADE SIGNIFICATIVA INTELIGÊNCIA DO ART. 42, DA LEI Nº 11.343/2006 ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE FAZ JUS À MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS IMPROCEDÊNCIA NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PACIENTE QUE RESPONDE A OUTRAS TRÊS AÇÕES PENAIS DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ALEGAÇÃO DE QUE HOUVE ERRO NO ARBITRAMENTO DA PENA-BASE PELO DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO OCORRÊNCIA EQUÍVOCO DO MAGISTRADO QUANTO AO PATAMAR MÍNIMO PREVISTO PARA O TIPO PENAL ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO APLICADA NESTA SEDE EM VIRTUDE DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PENA PELO PORTE REDUZIDA DE 2 ANOS E 9 MESES PARA 2 ANOS DE RECLUSÃO INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. PARECER DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM WRIT PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. A insurgência sub examine pauta-se, em suma, nas seguintes assertivas: a) que o paciente faz jus ao benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não havendo pronunciamento do Juízo impetrado a esse respeito na sentença condenatória; b) ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo legal; e c) erro no arbitramento da pena-base pelo crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, devendo ser ajustada a dosimetria nos termos do

art. 14, da Lei nº 10.826/2003, inclusive, com o reconhecimento da atenuante da confissão.

2. A presente irresignação cinge-se a aspectos da dosimetria da pena imposta ao réu/paciente na sentença impugnada, e, embora tenha ele também interposto recurso de apelação criminal em face daquele decisum (processo nº 0045239-31.2013.8.06.0001), o exame das matérias arguidas neste habeas corpus se dá em estrita observância à decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça proferida no HC nº 362.451-CE.

3. Relativamente ao crime previsto no art. 33, da Lei 11.343/2006, no arbitramento da pena-base, o Magistrado de primeira instância entendeu desfavoráveis ao réu/paciente seus antecedentes criminais e as circunstâncias do crime, destacando a quantidade da droga apreendida (101,7 kg cento e um vírgula sete quilogramas de cocaína).

4. A despeito de não constar dos autos a certidão de antecedentes criminais do paciente, o Juízo impetrado refere que ele registra antecedentes pelos crimes de roubo, tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, constando do sistema de consulta processual informatizado deste Sodalício que, afora a ação penal de origem, o paciente Deijair de Souza Silva figura como réu nas seguintes ações: processo nº 0005123-67.2006.8.06.0117 acusação da prática do crime de homicídio qualificado, em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú; processo nº 0002454-07.2007.8.06.0117 acusação da prática do crime de roubo, em trâmite perante o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú; e processo nº 0000297-27.2008.8.06.0117 acusação da prática do crime de tráfico de drogas, em trâmite perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú.

5. Não se verifica com relação às referidas ações penais, em desfavor do paciente, condenação com trânsito em julgado anterior à prolação da sentença ora impugnada, não sendo possível utilizá-las, portanto, para reputar desfavoráveis os antecedentes criminais do réu, nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça (é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base).

6. Malgrado a referência indevida às ações penais que tramitam atualmente contra o réu/paciente, considerando não apenas a significativa quantidade de droga apreendida, mas também sua natureza deletéria, com intensa capacidade para provocar dependência química, não diviso, nos estritos termos do art. 42, da Lei nº 11.343/2006, que seja desproporcional ou demasiada a elevação da pena-base 2 (dois) anos acima do mínimo legal, operada pelo Juízo monocrático, estando, pois, justificado o quantum fixado para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

7. O arbitramento da pena-base configura ato de discricionariedade juridicamente vinculada do julgador, devendo ser adotada a quantidade de pena suficiente para que sejam atingidas as finalidades de prevenção e reprovação do crime, tendo-se em conta as circunstâncias concretamente verificadas, com preponderância para a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do réu.

8. Há nos autos substrato fático-jurídico bastante para legitimar a pena de 7 (sete) anos de reclusão, imposta ao réu/paciente por infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo falar em ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

9. No que concerne à alegação de que o paciente faz jus ao benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, melhor sorte não assiste à impetrante, porquanto absolutamente inviável a aplicação da minorante ao acusado, em virtude de não estarem atendidos todos os requisitos exigidos no dispositivo sob comento, isso porque o paciente responde a outras três ações penais por fatos anteriores àquele pelo qual restou condenado na ação de origem, havendo, assim, indicativos concretos de que exibe comportamento voltado à prática de atividades criminosas, malferindo o escopo colimado na benesse legal e afastando a possibilidade de sua aplicação na hipótese.

10. Diferente do que ocorre quanto à majoração da pena-base, a avaliação acerca da dedicação do sentenciado à atividade criminosa prescinde da existência contra si de sentença penal condenatória transitada em julgado, podendo ser verificada por meio de outros elementos de convicção idôneos, tais

como o fato de o acusado responder a outras ações criminais, restando, em vista disso, obstada a incidência da causa de diminuição constante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.
11. Assiste razão à impetrante ao afirmar que houve erro no arbitramento da pena-base pelo crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, visto que o Juiz de primeiro grau afirmou textualmente que fixava a pena-base pelo referido delito no mínimo legal, estabelecendo-a em 3 (três) anos de reclusão e a reduzindo em 3 (três) meses, em virtude do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, tornando a pena definitiva em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão.
12. Exsurge claro o equívoco do Magistrado, na medida em que o réu/paciente foi condenado nas tenazes do crime estatuído no art. 14, da Lei nº 10.826/2003, cuja pena mínima prevista é de 2 (dois) anos, sendo forçoso proceder à correção na pena-base cominada na sentença, a qual fixo em 2 (dois) anos de reclusão.
13. Não obstante o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em favor do réu, a redução da pena aquém do patamar mínimo previsto para o tipo é obstada pelo teor da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".
14. Em que pese a acusação não tenha recorrido quanto à inobservância pelo Juízo a quo do disposto na Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, não diviso na hipótese ofensa ao princípio da non reformatio in pejus, que determina que a pena do réu não poderá ser agravada quando somente ele houver apelado da sentença (ex vi do art. 617, do Código de Processo Penal), uma vez que a situação do paciente não foi agravada, ao contrário, sua pena restou diminuída de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses para 2 (dois) anos de reclusão.
15. Tendo em vista que o somatório das penas privativas de liberdade impostas ao réu/paciente totaliza 9 (nove) anos de reclusão; considerando, ainda, as circunstâncias da prática do crime de tráfico de drogas, e, bem assim, a natureza e quantidade da droga apreendida, mantenho o regime fechado para o início do cumprimento da pena, nos termos do art.

> 33, §§ 2º, a , e 3º, do Código Penal, e do art. 42, da Lei nº 11.343/2006.
> 16. Observo, por derradeiro, que o exame de mérito do recurso de apelação criminal interposto pelo réu/paciente (processo nº 0045239-31.2013.8.06.0001) resta prejudicado no tocante aos pontos especificamente tratados no writ sub examine, mormente por ser vedado ao mesmo órgão fracionário deste Tribunal de Justiça reapreciar matérias que já foram objeto de sua deliberação.
> 17. Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pela parcial concessão da ordem.
> 18. Habeas corpus conhecido e parcialmente concedido. Decisão unânime".

É de se ressaltar, inclusive, que tais sanções também já foram reavaliadas pela Corte Superior, no julgamento do Habeas Corpus n.º 388.097/CE, no bojo do qual o réu obteve redução de sua reprimenda relacionada ao crime de tráfico de drogas para 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, redimensionando a pena total privativa de liberdade para 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão, mais o pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

Naquele instante, confirmou-se também o posicionamento adotado por esta Corte de Justiça, no sentido da inaplicabilidade do benefício previsto no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Eis a ementa proferida pela Corte Superior:

> "HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. (I) DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS RELATIVAS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. (II) CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS AFASTADAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE DIMINUIÇÃO PROPORCIONAL DA REPRIMENDA BÁSICA. ILEGALIDADE. (III) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS.

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório. 2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, suficiente a motivar a exasperação da pena-base a natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida em poder do sentenciado - 101,7kg (cento e um quilos e setecentos gramas) de cocaína. 3. Na sentença, além da quantidade e qualidade dos estupefacientes encontrados, foi considerada desfavorável a circunstância judicial referente aos antecedentes. Entretanto, na análise do habeas corpus impetrado pela defesa, a Corte de origem afastou a mencionada circunstância judicial, mantendo apenas a consideração negativa referente à quantidade e qualidade dos materiais tóxicos apreendidos. Nesse contexto, imperiosa seria a redução proporcional da reprimenda básica. Não obstante, o colegiado manteve o mesmo patamar de aumento estabelecido pelo magistrado sentenciante, situação de manifesto constrangimento ilegal. Precedentes. 4. Nos termos do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. A razão de ser do chamado tráfico privilegiado consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida. Precedentes. 5. A existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possui o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Contudo, esta Corte firmou entendimento de que a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, sobretudo da mesma espécie de delito, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes. 6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena-base relativa do crime de tráfico de entorpecentes e estabelecer a sanção definitiva em 8 (oito) anos e 3 (três) meses

> de reclusão, mais o pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, além da pena pecuniária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), mantido, no mais, o acórdão estadual".
> (HC 388.097/CE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 12/05/2017).

Prejudicados, então, tais questionamentos, mormente por ser vedado ao mesmo órgão fracionário deste Tribunal de Justiça reapreciar matérias já objetos de deliberação, cujas penas, a propósito, já foram inclusive retificadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em atenção à gravidade concreta do delito, evidenciada pela elevada quantidade e nocividade da droga apreendida, e, ainda, pelo patamar da pena resultante, superior a 8 (oito) anos, mantém-se o regime inicialmente fechado de cumprimento.

Para finalizar, faz-se o registro de que, faltante nestes autos informes precisos – concretos e atuais – acerca da situação carcerária do apelante, o exame da detração caberá ao juízo de execução.

DISPOSITIVO

Diante do exposto:

1 – conheço do recurso apelatório interposto pelo réu Tiago Costa de Araújo e dou-lhe parcial provimento, a fim de redimensionar a pena aplicada em primeiro grau de jurisdição de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão e de 1.000 (um mil) dias-multa para 11 (onze) anos de reclusão e 956 (novecentos e cinquenta e seis) dias-multa, calculados na proporção de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato -, mantendo o regime fechado de cumprimento;

2 – conheço do recurso apelatório interposto pelo acusado Carlos Hélder Franklin Marques e nego-lhe provimento;

3 – conheço parcialmente do recurso interposto por Deijair de Souza Silva para considerá-lo prejudicado nos pontos acima destacados, e para, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

É como voto.

Expeçam-se ofícios ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, encaminhando-lhes cópias da presente decisão.

Fortaleza, 24 de janeiro de 2018.

PROCESSO: 0943624-35.2000.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: ERLANDO PEREIRA DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESA. MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. EXTORSÃO QUALIFICADA NA FORMA TENTADA. ART. 158, § 1º, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CPB. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS FIRMES E COESOS DA VÍTIMA CORROBORADOS PELO TESTEMUNHO POLICIAL. VALIDADE. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO PATAMAR ADOTADO. REDUÇÃO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO.

1. A materialidade e a autoria do crime restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. Os depoimentos das vítimas, corroborados pelo testemunho dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante do acusado, mostram-se hábeis para atestar a tese da acusação.

2. Não acolhida a alegação de negativa de autoria.

3. Não há como afastar a credibilidade dos depoimentos de policiais prestados em juízo, que, juntamente com outras provas submetidas ao contraditório e à ampla defesa, foram utilizados para corroborar o acervo fático-probatório e fundamentar a condenação. Precedentes. (REsp 1302515/RS).

4. A dosimetria procedida na sentença guerreada não possui fundamentação idônea para a fixação da pena-base no patamar adotado, impondo-se sua redução para o mínimo legal cominado para o delito.
5. Recurso a que se dá parcial provimento, reconhecida a prescrição retroativa para declarar *ex officio*extinta a punibilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para lhe dar parcial provimento, tão somente para reduzir a pena aplicada ao apelante de 6 (seis) anos de reclusão para 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e, em consequência, reconhecer a prescrição retroativa para declarar, de ofício, extinta a punibilidade do recorrente, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 12 de dezembro de 2017

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por **ERLANDO PEREIRA DA SILVA**contra a sentença de fls. 347/355, que o condenou pela prática do crime tipificado no art. 158, § 1º, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Aduz o apelante que o juiz monocrático fixou a pena-base em desacordo com as normas processuais vigentes. Alega que o julgador deixou de reconhecer a primariedade técnica do apelante, bem como a residência fixa e profissão definida. Acrescenta que não foram ouvidas testemunhas presenciais.

Requereu a absolvição do apelante.

Contrarrazões às fls. 384/386.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 414/418 pelo conhecimento e improvimento do recurso

É o relatório.

VOTO

A materialidade e a autoria do crime restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. As declarações da vítima, corroboradas pelo testemunho do policial que efetuou a prisão em flagrante do acusado, mostram-se hábeis para atestar a tese da acusação.

Nesse sentido, ao ser ouvida na audiência de instrução de fls. 228 a vítima João Vanderzan Mendonça Cavalcante Filho relatou com riqueza de detalhes a prática delitiva e declarou que reconhece que os dois acusados participaram da ação delituosa descrita na denúncia. (fls. 226/227).

Corroboram com as declarações da vítima os depoimentos do policial Glaydson Carlos Araújo Castro, que participou da prisão em flagrante do acusado (fls. 111/112).

Cumpre pontuar que as declarações prestadas pelas vítimas são de grande importância como elemento probatório para fundamentar a decisão condenatória, mesmo ante a negativa de autoria dos réus.

A respeito da validade jurídica do depoimento das vítimas, vale transcrever os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> "Ademais, o acórdão recorrido vai ao encontro de entendimento assente nesta Corte no sentido de que 'nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, tal como ocorrido nesta hipótese, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, tudo de forma bastante coerente, coesa e sem contradições, máxime quando corroborado pelos demais elementos probatórios' (AgRg no AREsp 865.331/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017).

> Óbice do Verbete Sumular n.º 83/STJ." (AgRg no AgRg no REsp 1292382/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 12/05/2017)

> "O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que, 'embora existam críticas acerca do valor das declarações prestadas pelo ofendido da ação criminosa, é certo que tal elemento de prova é admitido para embasar o édito condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade, desde que sopesada a credibilidade do depoimento' (HC n. 217.475/DF, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 9/11/2011), o que se verifica no presente caso." (AgRg no REsp 1644247/RO, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 28/04/2017)

> "Inexiste qualquer ilegalidade no fato de a acusação estar lastreada nas declarações fornecidas pela ofendida em sede policial, já que o roubo teria sido praticado sem a presença de testemunhas, circunstância em que a palavra da vítima merece especial relevo e não pode ser desconsiderada. Precedente." (RHC 60212/MS, Rel. Min. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Des. convocado do TJ/PE), DJe 01/09/2015)

> "Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a palavra das vítimas é plenamente admitida para embasar o condenatório, mormente em casos nos a conduta delituosa é praticada na clandestinidade." (AgRg no AREsp 297871/RN, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (Des. convocado do TJ/PR), DJe 24/04/2013)

Do mesmo modo a validade do depoimento prestado por policiais, conforme jurisprudência elucidativa daquele Pretório:

> "A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo, mormente quando corroborado em Juízo, razão pela qual não há falar em insuficiência probatória da circunstância utilizada para exasperar a pena-base." (HC 350398/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 01/08/2016)

> "O depoimento dos policiais militares que flagraram o acusado cometendo o ilícito penal constitui meio idôneo a amparar a condenação, conforme já sedimentou esta Corte de Justiça." (AgRg no AREsp 739749/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 27/05/2016)

> "Não há como afastar a credibilidade dos depoimentos de policiais prestados em juízo, que, juntamente com outras provas submetidas ao contraditório e à ampla defesa, foram utilizados para corroborar o acervo fático-probatório e fundamentar a condenação. Precedentes." (REsp 1302515/RS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 17/05/2016)

Interrogado perante a autoridade judicial (fls. 39/41), o apelante negou a autoria delitiva, porém sua versão exculpatória não encontra respaldo na prova produzida nos autos, não podendo prevalecer isoladamente. A testemunha de defesa ouvida às fls. 254/255 nada acrescentou ao acervo probatório que pudesse minimamente contrariar a versão acusatória.

Dessa forma, verifica-se que no caso concreto não resta a menor sombra de dúvidas quanto à materialidade do crime e à autoria delitiva imputada ao recorrente na denúncia, estando o édito condenatório devidamente fundamentado e plenamente amparado pela prova produzida nos autos.

Relativamente ao *quantum*da reprimenda aplicada, cumpre pontuar que a dosimetria da pena não obedece a uma regra matemática rígida, mas se trata de uma operação realizada com base em elementos concretos dos autos, levada a efeito com certa discricionariedade, ainda que vinculada ao princípio do livre convencimento motivado do julgador, de forma que cada uma das circunstâncias individualmente valoradas pode ter maior ou menor influência no cômputo da pena.

Contudo, na primeira fase da dosimetria, ao analisar as circunstâncias judicias elencadas no art. 59 do Código Penal, o juiz *a quo*considerou, para ambos os réus:

> "**Culpabilidade** – devidamente comprovada, pois o réu agira voluntariamente com animus de praticar o crime.
> **Dolo** – presente.
> **Antecedentes** – existentes (fls. 234/237).
> **Personalidade** – de homem com inclinação para o crime.
> **Motivos e Circunstâncias** – não os favorecem.
> **Consequências extrapenais do fato** – minoradas frente ao fato de não ter havido prejuízo material à vítima.
> **O comportamento da vítima** – não influenciou para a prática do delito."

Com base nessas considerações, magistrado singular fixou a pena-base de 6 (seis) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa.

No ponto, verifica-se que a fundamentação não se mostra suficiente para a fixação da pena-base no patamar adotado. A ação voluntária com *animus*de praticar o crime, assim como a presença do dolo, já integram o tipo penal, não podendo, portanto, ser utilizados para elevar a pena inicial.

Quanto aos antecedentes criminais, as certidões criminais aludidas na sentença, notadamente as de fls. 329/330 que registram os feitos em fase de execução criminal, se referem a delitos cometidos posteriormente ao crime analisado neste processo, não estando configurados os maus antecedentes.

Acerca do tema, vale conferir o seguinte julgado:

> "Restam configurados os maus antecedentes sempre que, na data da sentença, o acusado registre condenação definitiva por delito anterior, independentemente do momento do seu trânsito em julgado, se anterior ou posterior ao crime em análise." (REsp 1465666/MG, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 09/10/2014)

Relativamente à personalidade do agente, aos motivos e as circunstâncias do crime, referências vagas, genéricas e desprovidas de fundamentação objetiva não podem ser utilizadas para elevar a pena inicial, conforme ilustra o aresto abaixo colacionado:

> "A jurisprudência desta Corte é firme de que as considerações genéricas e desvinculadas do contexto fático do delito objeto da condenação, assim como elementos inerentes ao próprio tipo penal não servem para o agravamento da pena. Manifesta ilegalidade verificada. Readequação da pena-base para o mínimo legal. Precedentes."(HC 292915/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe 05/04/2017)

Assim, não remanescendo nenhuma circunstância judicial adequadamente valorada, deve ser reduzida a pena-base do apelante para o mínimo legal cominado para o delito, resultando a pena inicial redimensionada de 4 (quatro) anos de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, aumentando de 1/3 (um terço) a pena inicial redimensionada, em face da majorante prevista no § 1º do art. 158 do Código Penal, resulta na pena intermediária redimensionada de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) de reclusão, a qual, diminuída de 1/3 (um terço) em face do disposto no art. 14, II, do CPB, resulta na pena redimensionada de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, tornada definitiva em face a inexistência de outras circunstâncias atenuantes ou agravantes e causas de diminuição ou de aumento da pena.

Consequentemente, considerando o *quantum*da pena redimensionada e o lapso temporal decorrido entre a data do recebimento da denúncia (18/02/2002 – fls. 34) e a data da publicação da sentença objurgada (31/01/2012 – fls. 356), verifica-se que transcorreu interregno superior aprazo prescricional de 8 (oito) anos previsto no art. 109, IV, do Código Penal, ensejando a extinção da punibilidade, na forma do art. 107, IV, do mesmo diploma legal.

Cumpre pontuar que o conhecimento da questão é daqueles que podem ser feitos em qualquer fase do processo, conforme preceptivo do art. 61 do Código de Processo Penal, *litteris*:

> Art. 61 - Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício.

Oportuno observar, com relação à pena de multa aplicada, que a mesma também não escapa ao alcance da prescrição, conforme dispõe o art. 114, II, do Código Penal, *litteris*:

> Art. 114 - A prescrição da pena de multa ocorrerá:
>
> (Omissis)
>
> **II - no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.**

Dessarte, esvaiu-se, pelo decurso do tempo, a pretensão punitiva estatal em face da prescrição, a qual deve ser tão somente declarada, de vez que, qualquer outra solução, a não ser unicamente esta, seria totalmente ineficaz, no plano jurídico material e processual, além do que subverteria a ordem jurídica posta.

Forte nestes argumentos, impõe-se-me tão somente reconhecer e declarar a extinção da punibilidade em relação ao crime apurado no vertente feito, o que faço com fulcro no art. 107, IV, do Código Penal c/c art. 61, *caput*, do Código de Processo Penal, em virtude da incidência cortante da prescrição, a tolher de modo irreversível a pretensão punitiva do Estado.

Isso posto, conheço do recurso para lhe dar parcial provimento, tão somente para reduzir a pena aplicada ao apelante de 6 (seis) anos de reclusão para 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e, em consequência, reconhecer a prescrição retroativa para declarar, de ofício, extinta a punibilidade do recorrente.

É como voto.

Fortaleza, 12 de dezembro de 2017.

PROCESSO: 0965236-29.2000.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTES: EVANDIR DA SILVA VITAL E FRANCISCO ADRIANO SIMPLICIO UCHOA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESA. MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. ROUBO MAJORADO. ART. 157, § 2º, I E II DO CPB. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVA TESTEMUNHAL E CONFISSÃO DO CORRÉU. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. INOCORRÊNCIA. MAIORIDADE COMPROVADA. APELOS NÃO PROVIDOS.

1. A materialidade e a autoria do crime restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. A confissão do corréu, corroborada pela prova testemunhal, mostram-se hábeis para atestar a tese da acusação.

2. Não acolhida a tese de negativa de autoria levantada pelo recorrente Evandir da Silva Vital.

3. Embora inexistente nos presentes autos documento comprobatório da alegada menoridade do acusado Francisco Adriano Simplício Uchôa, há comprovação de sua maioridade nos autos de outra ação criminal a que respondeu e foi condenado, com trânsito em julgado. A prova oral e a prova documental emprestada não deixam margens de dúvida acerca da maioridade do recorrente, não se havendo falar em prescrição.

4. Inacolhida a alegação de prescrição retroativa relativamente ao apelante Francisco Adriano Simplício Uchôa.

5. Recursos a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos recursos, porém para negar-lhes provimento, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 12 de dezembro de 2017.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações Criminais interpostas por **EVANDIR DA SILVA VITAL e FRANCISCO ADRIANO SIMPLÍCIO UCHÔA**contra a sentença de fls. 379/383, que os condenou nas penas do art. 157, § 2º, I e II do Código Penal.

Alega o recorrente EVANDIR DA SILVA VITAL que não existe prova de ter o acusado concorrido para a infração penal nem prova suficiente para sua condenação.

Requereu o provimento do apelo para absolver o recorrente.

Pugna o apelante FRANCISCO ADRIANO SIMPLÍCIO UCHÔA pelo reconhecimento da prescrição retroativa. Argumenta que a idade do recorrente é ignorada nos autos, devendo ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*.

Formulou prequestionamento por desrespeito à legislação federal atinente à extinção da punibilidade pela prescrição e ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal pelo não reconhecimento da prescrição.

Requereu o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa ou, alternativamente, que seja diligenciado acerca da idade do acusado.

Contrarrazões às fls. 436/439 e 443/447.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 474/482 pelo conhecimento e improvimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

Relativamente ao recurso interposto pelo recorrente EVANDIR DA SILVA VITAL, a materialidade e a autoria do crime restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. A confissão do corréu, corroborada pela prova testemunhal, mostram-se hábeis para atestar a tese da acusação.

Nesse sentido, ao ser interrogado perante a autoridade judiciária (fls. 126/128), o corréu Francisco Adriano Simplício Uchôa confessou a prática delitiva:

> "QUE a denúncia cuja leitura acaba de ouvir é inteiramente procedente, pois o interrogando confessa ter praticado o delito que lhe é imputado de acordo com o contido na denúncia; QUE agiu na companhia do co-réu **Evandir da Silva Vital**, que participou ativamente do assalto à Farmácia Pague Menos da Av. 13 de Maio; QUE foi o interrogando quem anunciou o assalto, utilizando-se de pedaço de cabo de rodo, por debaixo da camisa, como sugesta de encontrar-se armado; QUE anteriormente o interrogando já havia assaltado, por duas , a mesma Farmácia, sem emprego de armas, quando foi preso em flagrante, cujos processos tramitam na 11ª e na 6ª Vara Criminal; (...)" (negrito no original)

Corrobora com a confissão do corréu os relatos da testemunha Alexandre Teixeira Paiva, que ao ser ouvido em Juízo (fls. 338/339) afirmou:

> "QUE o declarante à época do fato de que trata a denúncia, cuja leitura acaba de ouvir, trabalhava na Farmácia Pague Menos localizada na Av, 13 de Maio, 836, no bairro de Fátima, nesta cidade, onde exercia o cargo de gerente, quando presenciou dois elementos, que reconhece como sendo os acusados aqui presentes, sendo que FRANCISCO ADRIANO, o mais alto, adentrou e anunciou o assalto com um cano em punho, imitando uma arma, que estava por baixo de sua blusa, pedindo

> tudo que tinha no caixa, no que foi atendido. Que Depois de receber os gatunos se evadiram do local, correndo a pé e nesse momento o declarante acionou a segurança da farmácia, logo em seguida ali chegou o segurança de nome GONZAGA, (...) QUE sabe o declarante que os acusados foram encontrados dentro do Canal do Lagamar; (...) QUE com relação ao acusado EVANDIR, nada sabe sobre seus antecedentes criminais, haja vista que no momento do assalto este apenas ficou do lado de fora dando cobertura a FRANCISCO ADRIANO; (...) QUE a bem da verdade o declarante viu bem o acusado EVANDIR, que estava do lado de fora da farmácia."

Da análise dos excertos acima se constata que a condenação dos recorrentes encontra suporte em prova judicial contundente, robusta e segura, consistente dos depoimentos da testemunha presencial e da confissão do corréu Francisco Adriano Simplício Uchôa, colhidos durante a instrução criminal, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, restando comprovados *quantum satis*e extreme de dúvidas os fatos narrados na denúncia.

Por outro lado, a versão apresentada pela defesa não se mostra minimamente convincente e totalmente desprovida de lastro probatório que lhe possa atribuir credibilidade, havendo, em contrário, prova firme e robusta para dar suporte à condenação.

Relativamente à apelação interposta pelo recorrente FRANCISCO ADRIANO SIMPLÍCIO UCHÔA, embora inexistente nos autos qualquer documento comprobatório da alegada menoridade do acusado, este afirmou em seu interrogatório que já havia assaltado, por duas vezes, a mesma Farmácia, sem emprego de armas, quando foi preso em flagrante, cujos processos tramitam na 11ª e na 6ª Vara Criminal.

Compulsando os autos digitais do processo nº 0948140-98.2000.8.06.0001, que tramitou na 11ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, se extrai do auto de prisão em flagrante de fls. 07/10 que o apelante, ao ser interrogado pela autoridade policial afirmou que não sabe a data de seu nascimento, sabendo apenas que nasceu no ano de 1980 e tem 21 anos de idade.

Corrobora com a maioridade afirmada pelo próprio recorrente o mandado de prisão que repousa às fls. 257 daqueles fólios, no qual consta a qualificação completa do apelante conforme segue:

> Nome: Francisco Adriano Simplicio Uchoa
> Genitor: Luciano Uchoa Carvalho
> Genitora: Antonia Simplicio de Sousa
> Nacionalidade: Brasileira
> Naturalidade: Fortaleza-CE
> **Data do Nascimento: 22/06/1980**
> Profissão: flanelinha
> Endereço: RUA ASPIRANTE MENDES, 16, São João do Tauape
> CEP 60130-820, Fortaleza-CE

Cumpre pontuar que a prova oral e a prova documental emprestada não deixam margens de dúvida acerca da maioridade do recorrente, mormente considerando que o réu foi condenado, com trânsito em julgado, no referido processo nº 0948140-98.2000.8.06.0001, que tramitou na 11ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza.

Desse modo, constata-se que na data do fato objeto da presente ação penal (18/04/2002) o recorrente, nascido em 22/06/1980, era maior de 21 anos de idade, não se havendo falar em prescrição retroativa no caso concreto, considerando a pena aplicada de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, não havendo transcorrido o prazo prescricional de 12 (doze) anos previsto no art. 109, III, do Código Penal.

Acerca do prequestionamento, restando comprovada a maioridade do apelante, como acima visto, não se verifica ofensa à lei penal nem à Constituição Federal no tocante ao não reconhecimento da prescrição.

Isso posto, conheço dos apelos, mas para negar-lhes provimento, mantendo incólume a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 12 de dezembro de 2017.

PROCESSO: 1075568-63.2000.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
APELADOS: ANTÔNIO BEZERRA DE SOUSA E RAIMUNDO BEZERRA DE SOUSA
RELATORA: DESA. MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. TESE ACOLHIDA PELOS JURADOS DEVIDAMENTE COMPROVADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Em decorrência do princípio da soberania dos veredictos, a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, sob a alegação de manifesta contrariedade à prova dos autos, somente é possível quando estiver completamente divorciada dos elementos de convicção constantes dos autos, ou seja, quando proferida em contrariedade a tudo que consta dos fólios, o que não ocorre na espécie.

2. A opção por uma das versões fluentes da prova não enseja nulidade do julgamento. Precedentes. Havendo pluralidade de versões plausíveis, o Tribunal do Júri é soberano para optar por uma delas, no exercício de sua função constitucional assegurada no art. 5º, XXXVIII, "c", da Carta Magna.

3. A decisão dos jurados encontra-se em total consonância com a prova dos autos, o que determina a aplicação do enunciado da Súmula 6 deste egrégio Tribunal de Justiça.

4. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, porém para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 27 de fevereiro de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**contra a decisão do Tribunal do Júri que absolveu o recorrido ANTÔNIO BEZERRA DE SOUSA dos crimes de homicídio contra a vítima José Edson de Sousa e de tentativa de homicídio contra a vítima Edil Márcio da Sousa da Silva e que absolveu o apelado RAIMUNDO NONATO DE SOUSA do crime de homicídio contra a vítima José Edson de Sousa.

Aduz o ente ministerial que a decisão do Conselho de Sentença é manifestamente contrária à prova dos autos. Alega que a ausência de laudo pericial para comprovar a materialidade da tentativa de homicídio pode ser suprida pela prova testemunhal, considerando que desapareceram os vestígios do crime. Argumenta que ainda que a vítima sobrevivente não tivesse sido atingida isso não afastaria o reconhecimento do crime.

Prossegue aduzindo que a autoria e a participação dos acusados no crime de homicídio consumado restaram sobejamente demonstradas pela prova oral produzida. Acrescenta que após vítima fatal já ter sido atingida chegam ao local terceiras pessoas que, para proteger as vítimas, passaram a efetuar disparos em direção aos réus. Alega que a tese de que o disparo que atingiu a vítima fatal poderia ter partido de quem teria vindo em socorro a ela mostra-se contraditória em si mesma, e sem qualquer respaldo probatório.

Requereu provimento do recurso para anular a sentença recorrida que os réus sejam submetidos a novo julgamento.

Contrarrazões às fls. 823/830.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 879/895, pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

A sentença recorrida não merece reparo. A apelação baseada no art. 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal é recurso de fundamentação vinculada, devendo a parte interessada na reforma da decisão proferida pelo Tribunal do Júri demonstrar, de forma fundamentada, o alegado divórcio entre a decisão prolatada e a prova dos autos, num verdadeiro exercício silogístico.

Tal exigência se faz com base no princípio da soberania dos veredictos, que é um dos nortes que balizam as decisões oriundas do Conselho de Sentença que, por sua vez, se alicerça no sigilo do voto e do local da votação, justamente para proteger a imparcialidade na atuação dos juízes leigos, que são os juízes naturais para julgar questões que envolvam crimes dolosos contra a vida, conexos ou não com outras infrações penais.

Consequentemente, para se anular uma decisão deste jaez, não basta apenas a alegação de que o julgamento não respeitou a prova produzida nos autos, até mesmo porque tal análise se dá em razão do princípio da íntima convicção dos jurados. Assim, a mera dúvida na análise da prova ou mesmo a divergência apontada na votação de determinado quesito não autoriza dizer que a decisão é completamente divergente dos elementos de informação contidos nos autos da ação penal.

Desse modo, faz-se mister demonstrar a alegada contrariedade manifesta, explícita, inegável, entre a decisão objeto da impugnação e a prova dos autos, conforme sedimentado na jurisprudência. A propósito, o enunciado da Súmula 6 deste egrégio Tribunal de Justiça, *litteris*:

> **As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos**.

A soberania do Tribunal do Júri, assegurada pelo art. 5º, XXXVIII, "c", da Constituição Federal, confere ao Conselho de Sentença o direito e a liberdade de optar por uma das versões plausíveis sobre os fatos narrados na denúncia e, como ocorreu no caso concreto, acolher, quanto ao crime de homicídio consumado, as teses da negativa de autoria em relação ao apelante Antônio Bezerra de Sousa e da negativa de participação do recorrente Raimundo Bezerra de Sousa e, quanto ao crime de tentativa de homicídio, acolher a tese da negativa de materialidade, o que não configura decisão manifestamente contrária à prova dos autos, não ensejando nulidade.

Nesse sentido, pacífica é a jurisprudência dos tribunais superiores, conforme ilustram os seguintes arestos:

> "Não se anula julgamento proferido pelo Tribunal do Júri por eventual fragilidade das provas, mas tão somente quando os jurados decidem sem nenhum lastro nas provas dos autos, o que não se verifica na espécie."
> (STJ, AgRg no AREsp 770400/ES, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 17/05/2016)

> "Só se anula julgamento proferido pelo Tribunal do Júri, com fundamento no art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal, nas hipóteses em que a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, dissociando-se completamente da prova dos autos, o que não ocorre quando os jurados, amparados pelo conjunto probatório existente, optam por uma das versões apresentadas, como no caso destes autos."
> (STJ, AgRg no AREsp 36407/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 07/03/2014)

> "A conclusão do Júri, quando não totalmente dissociada das provas dos autos, posto configurar uma das versões extraíveis do conjunto probatório, não implica sua anulação, sob pena de desrespeito à soberania dos veredictos insculpida na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII, letra 'c'). Precedentes: HC 83961/MS Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, J. 9/03/2004, 2ªTurma; HC 83838/MG, Rel. Min. ELLEN

> GRACIE, J. 02/03/2004 2ªTurma; HC 82447/RJ, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, J. 20/05/2003 2ª Turma; HC 74562/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, J. 22/10/1996, 1ª Turma."
> (SRF, RE 594104 AgR-AgR/MT, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe-094 19/05/2011)

In casu, o ente ministerial não logrou êxito em comprovar a alegada contradição às provas coligidas.

No tocante ao crime de tentativa de homicídio, não há nos autos exame pericial para corroborar com a afirmação da vítima sobrevivente Edil Márcio Sousa da Silva (fls. 258/260) quanto ao tiro de raspão que o atingira na cabeça. Ainda que, em tese, a ausência de prova pericial possa ser suprida pela prova oral, a depender das peculiaridades de cada caso, no vertente feito os jurados soberanamente optaram por acolher a tese da ausência de materialidade do crime, não se podendo afirmar que o veredito se encontra dissociado da prova existente nos autos.

Relativamente ao crime de homicídio consumado, ao serem ouvidos na audiência de instrução de fls. 258/260, tanto a vítima sobrevivente Edil Márcio Sousa da Silva quanto a irmã e o pai dos acusados, Maria Sandra de Sousa e Armando Bezerra de Sousa, relataram acerca da presença de terceiras pessoas na cena do crime, as quais efetuaram disparos de armas de fogo. A vítima sobrevivente afirmou que o acusado Antônio Bezerra de Sousa foi o autor do disparo que atingiu a vítima fatal, enquanto Armando Bezerra de Sousa e Maria Sandra de Sousa afirmaram que um dos terceiros não identificados foi o autor do disparo que atingiu a vítima fatal.

Corroborando com os relatos acima, ao serem ouvidas na audiência de instrução de fls. 361 as testemunhas Evani Sousa Ferreira e Maria Leidiane Saraiva de Abreu igualmente relataram acerca da presença de outras pessoas que efetuaram disparos de arma de fogo na cena do crime. A testemunha Maria Leidiane Saraiva de Abreu afirmou que no exato instante dos disparos estava de costas, não sabendo informar quem foi o autor do disparo que atingiu a vítima fatal, enquanto a testemunha Evani Sousa Ferreira afirmou que os terceiros não identificados já vieram atirando, tendo atingido a vítima fatal.

Atento às versões apresentadas pela acusação e pela defesa, o Tribunal do Júri Popular chegou ao veredicto em consonância com a prova dos autos, resultando na absolvição dos apelantes.

Impende ressaltar que cabe exclusivamente ao Conselho de Sentença, constitucionalmente designado para julgar os crimes dolosos contra a vida, a escolha entre as teses possíveis, podendo os jurados acolher uma delas, em detrimento de outras, por lhes parecer a que melhor amparo encontra na prova coligida, não ensejando a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos.

Destarte, não se pode afirmar que a hipótese acolhida pelos jurados encontra-se completamente divorciada dos elementos de convicção. Ao contrário, a versão albergada encontra suporte na prova dos autos, como acima demonstrado, não cabendo a esta Corte sequer analisar se esta é a versão mais verossímil ou a mais acertada, em virtude do princípio da soberania dos vereditos, cabendo, apenas, perscrutar se existe algum elemento de prova capaz de amparar a tese abraçada pelo Conselho de Sentença.

Portanto, existindo amparo probatório para a tese acatada pelos jurados, resta claro que a decisão não foi arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos autos, afastando a possibilidade de anulação do julgamento.

Diante do exposto, conheço do apelo, mas para negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 27 de fevereiro de 2018.

HABEAS CORPUS

PROCESSO: 0620624-18.2019.8.06.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: FRANCISCO EVANDRO ROCHA
PACIENTE: FRANCISCO DE ASSIS FERREIRA LIMA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CAUCAIA
CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. PRISÃO PREVENTIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES.

O Paciente é réu primário e ostenta bons antecedentes, não tramitando em seu desfavor nenhuma outra ação penal ou procedimento investigatório. Há nos autos comprovação de endereço fixo e ocupação lícita. Não se vislumbra gravidade particularmente exacerbada na conduta particular do Paciente, a bem de pôr em risco a ordem pública, presumindo-se que, como não foi reconhecido pela vítima, não foi o autor dos dois socos, além de não ser proprietário do carro utilizado para o roubo. No momento, mostra-se suficiente, necessária e adequada a imposição do cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça

do Estado do Ceará, por maioria, em **conceder** a ordem impetrada, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 13 de março de 2019.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Francisco de Assis Ferreira Lima, ante prisão cautelar contra ele decretada no Processo nº. 0069852-47.2018.8.06.0064, o qual apura delito tipificado no art. 157, §2º, II, do Código Penal, apontando-se como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Caucaia/CE.

Colhe-se dos autos que a decretação da prisão preventiva se deu, para garantia da ordem pública, em homologação de prisão em flagrante, ocorrida em 16 de dezembro de 2018. Em 26 de fevereiro de 2019, foi recebida a denúncia, encontrando-se os autos em fase citatória.

Na presente ordem, a Defesa argumenta, em suma, a ocorrência de constrangimento ilegal, em razão de ausência dos requisitos legais da prisão preventiva, por ausência de circunstância concreta que demonstre maior reprovabilidade da conduta ou periculosidade do Paciente, o qual apresenta condições pessoais favoráveis. Requer a revogação da prisão preventiva ou, subsidiariamente, sua substituição por medidas cautelares.

Informações prestadas às fls. 29/30. A douta PGJ manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 34/48).

É, no que há de relevante, o relatório.

Peço data para julgamento.

VOTO

Busca-se, neste *habeas corpus*, a revogação da prisão preventiva ou, subsidiariamente, sua conversão em medidas cautelares.

Por oportuno, segue transcrição do que mais importa da decisão segregatória exarada pelo Juízo de primeiro grau:

"[…]
No caso dos autos, policiais militares receberam informações de que 04 indivíduos estavam a praticar assaltos na região do Pabussu, em um veículo Fiat Siena de cor branca. Então, após diligenciarem no bairro Padre Júlio Maria abordaram 02 indivíduos em atitude suspeita, onde um dos indivíduos estava portando um simulacro de arma de fogo e o segundo indivíduo confessou ser o dono do veículo Siena de cor branca, sendo o dito veículo encontrado na residência do acusado Eunardes Carneiro da Silva.
Ademais, a vítima Elison Oliveira do Nascimento informou a autoridade policial que estava seguindo em seu veículo quando foi abordado por outro veículo, Fiat Siena de cor branca, sendo que no interior do veículo encontravam-se aproximadamente 05 indivíduos, momento em que desceram 03 indivíduos e anunciaram o assalto, onde um deles fez menção de estar armado e o outro mostrou uma arma na cintura, e pediram seu celular e um terceiro indivíduo passou a agredí-lo com dois socos.
Aliado a isso, no momento do assalto a vítima Elison Oliveira estava com um passageiro que também teve seus pertences subtraídos pelo bando. Ressaltando-se que reconheceu sem nenhuma dúvida Eunardes Carneiro da Silva como sendo um dos infratores.
[…]
Em consulta ao sistema E-SAJ, verifiquei que não constam ações penais contra os investigados em curso no Estado. Vislumbro, contudo, circunstâncias do flagrante a indicar a sua periculosidade concreta, haja vista terem adotado o emprego de simulacro de arma de fogo e violência contra as vítimas, o que torna especialmente gravosa a consequência do delito ainda em apuração. Tudo isso apenas reforça a conclusão pela necessidade da prisão cautelar (preventiva) para fins de garantia da ordem pública, a teor do art. 312 do CPP.
Lamentavelmente, as medidas cautelares diversas da prisão, neste caso, não serão suficientes para se resguardar a sociedade de que os acoimados venham praticar novos delitos, se mostrando inadequada a aplicação.
Presentes os pressupostos da prisão preventiva e vislumbrando-

> se alguma das hipóteses autorizadoras da custódia, resta a averiguação de ser, o delito, um daqueles em que cabível é a prisão cautelar, nos termos da preceituação do art. 313, além de não se configurar nenhuma das hipóteses do art. 23 do Código Penal (art. 34 CPP).
> […]
> Em relação aos pressupostos da custódia preventiva, presente os mesmos. A existência do crime e os indícios de autoria se encontram evidentes através dos depoimentos dos autuados e das testemunhas, além dos demais termos e documentos do Inquérito Policial, como é o caso do Auto de Apresentação e Apreensão e Laudo(s) de Constatação Provisório(s) da droga. [...]" (fls. 02/04 da ação penal)

A revogação da prisão preventiva foi pleiteada e negada na origem, em decisão, anexa em fls. 16/18, que apenas reiterou os argumentos transcritos acima.

Na atual ordem jurídico-constitucional não se admite prisão cautelar, em qualquer de suas modalidades, se não houver a presença dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, previstos nos art. 312 e art. 313 do Código de Processo Penal. Dispõem esses dispositivos:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
>
> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
> I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
> II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
> III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com

> deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Do extrato da decisão transcrita, afere-se que o Magistrado de piso fez referência aos requisitos do art. 312 do CPP, nomeadamente a garantia da ordem pública, quando fundamenta a prisão cautelar em "*circunstâncias do flagrante a indicar a sua periculosidade concreta, haja vista terem adotado o emprego de simulacro de arma de fogo e violência contra as vítimas, o que torna especialmente gravosa a consequência do delito ainda em apuração*", em argumento comum para ambos os réus.

Consta nos autos que o corréu Eunardes Carneiro da Silva foi preso em posse de carro da mesma cor, modelo e marca do utilizado para o crime e o Paciente em posse de simulacro de arma de fogo. Não há menção sobre quem teria perpetrado a violência contra a vítima ou acerca das circunstâncias nas quais se realizou a abordagem do Paciente, vez que os documentos policiais laconicamente fazem referência a "atitude suspeita". A vítima apenas reconheceu o corréu Eunardes, afirmando em relação ao Paciente: "*Que não recorda bem o rosto do segundo conduzido a Delegacia, mas tem características semelhantes a um dos outros três infratores*" (fl. 15 da ação penal).

Dito isso, verifico que assiste razão à Defesa ao pugnar pela ausência de circunstância que demonstre maior periculosidade do réu ou acentuada reprovabilidade de sua conduta.

Antes, cumpre frisar que o Paciente é réu primário e ostenta bons antecedentes, não tramitando em seu desfavor nenhuma outra ação penal ou procedimento investigatório. Ademais, há nos autos comprovação de endereço fixo e ocupação lícita.

Da descrição das condutas dos réus no auto de prisão em flagrante e na denúncia, não se vislumbra gravidade particularmente exacerbada na conduta particular do Paciente, a bem de pôr em risco a ordem pública, presumindo-se que, como não foi reconhecido pela vítima, não foi o autor dos dois socos, além de não ser proprietário do carro utilizado para o roubo.

Em vista dessas considerações, no momento, mostra-se

suficiente, necessária e adequada a imposição do cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 282, §2º e §4º, art. 310, III, art. 319, e art. 321, todos do Código de Processo Penal, quais sejam:

> - Comparecimento mensal ao Juízo de seu domicílio, devendo informar suas atividades.
> - Proibição de mudança de endereço, sem prévia comunicação ao Juízo.

As condições cautelares devem ser fielmente cumpridas, sob pena de aplicação de medidas mais graves, dentre elas a decretação de prisão preventiva.

Ante o exposto, concedo a ordem, revogando a prisão preventiva decretada em desfavor do Paciente nos autos n. 0069852-47.2018.8.06.0064.

É como voto.

A expedição de alvará de soltura fica a cargo do Juízo impetrado, sendo de bom alvitre realizar-se a citação na mesma oportunidade da soltura, caso já não tenha sido efetuada.

Intimem-se. Expedientes necessários.

Fortaleza, 13 de março de 2019.

PROCESSO: 0621348-22.2019.8.06.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: ANDRÉ CAMPOS PACHECO VASQUEZ
PACIENTE: ELIONARDO CAMERINO RODRIGUES
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE AMONTADA
CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PACIENTE DETENTOR DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. "A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. (HC 368.252/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016).

2. In casu, não se vislumbra fundamento concreto que dê suporte à prisão cautelar do Paciente, uma vez que se baseou a decisão constritiva na gravidade genérica do delito, o que não se mostra suficiente para autorizar a prisão preventiva como forma de garantia da ordem pública, devendo-se considerar,

também, as condições favoráveis do agente e a pequena quantidade de droga apreendida, no caso 5g (cinco gramas) de cocaína, indicando não se tratar de tráfico de grandes proporções.
3. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do Paciente mediante a aplicação de medidas cautelares previstas nos incisos I, IV e V, do art. 319 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conceder a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, 13 de março de 2019.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de **Elionardo Camerino Rodrigues**, figurando como autoridade coatora o Juízo de Direito da Comarca de Amontada.

Colhe-se dos autos que o Paciente foi preso em flagrante delito, em 11-01-2019, pela suposta prática do delito de tráfico de drogas. O flagrante foi convertido em prisão preventiva.

A Defesa formulou perante o Juízo de primeiro grau pedido requerendo a revogação da prisão cautelar que foi negado.

Daí o presente writ, no qual sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal devido à ausência de fundamentos idôneos que justifiquem a manutenção da prisão preventiva.

Aduz, ainda, que o Paciente é detentor de condições subjetivas favoráveis.

A medida liminar foi negada às fls. 57.

As informações solicitadas foram devidamente prestadas (fls. 61-62).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se, às fls. 78-83, pela denegação da ordem.

É, no que há de relevante, o relatório.

Em mesa para julgamento

VOTO

Pretende-se, através do presente habeas corpus, a restituição da liberdade do Paciente, sob a alegação de ausência de fundamentos idôneos para a decretação da prisão preventiva.

Às fls. 53-54, foi acostada cópia da decisão de primeiro grau (Termo de Audiência de Custódia) que negou pedido de revogação da prisão preventiva ajuizado em favor do Paciente. A negativa ao pleito liberatório apresentou os seguintes fundamentos:

> "[...].
> No tocante ao pedido da defesa de revogação da prisão preventiva, observa-se que, não obstante tenha o autuado demonstrado possuir residência fixo (sic) e exercer trabalho lícito, ainda subsistem os elementos que autorizaram inicialmente o decreto preventivo, não sendo as aludidas circunstâncias subjetivas do acusado, neste momento, suficientes para revogar a custódia cautelar. Assiste razão ao Ministério Público quando registra que existem indícios de autoria contra o autuado, em virtude de a Polícia Militar já ter informações prévias de que o requerente juntamente com a sua sogra, Maria Luiza dos Santos de Castro, vinha, desenvolvendo traficância de drogas na Localidade de Santarém, no distrito de Icaraí de Amontada, região litorânea turística onde a traficância de drogas é uma crescente no atual momento. Assim, perdura a necessidade do acautelamento, enquanto não advindos novos fatos na instrução criminal, diante da necessidade assegurar a ordem pública naquela localidade. [...]".

Da leitura do excerto transcrito, não se vislumbra fundamento concreto que dê suporte à prisão cautelar do Paciente, uma vez que se baseia a decisão na gravidade genérica do delito, o que não se mostra suficiente para autorizar a prisão preventiva como forma de garantia da ordem pública, devendo-se considerar, também, a pequena quantidade de droga apreendida, no caso 5g (cinco gramas) de cocaína, indicando não se tratar de tráfico de grandes proporções.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes do Tribunal da Cidadania:

> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA, RATIFICADA A LIMINAR.
> 1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis. **2. No caso, o decreto de prisão preventiva carece de fundamentação concreta, pois se limita a invocar a gravidade abstrata da conduta atribuída ao paciente, detido na posse de 15,6g (quinze gramas e seis decigramas) de cocaína e 51,8g (cinquenta e um gramas e oito decigramas) de maconha, ausente, portanto, a indicação de dado concreto que justifique a imposição da prisão cautelar.** 3. Habeas corpus concedido, ratificada a liminar.
> (HC 429.122/SP, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 26/3/2018).
>
> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (22 INVÓLUCROS - PESO DE 35,11 G DE MACONHA). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REDUZIDA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. RÉU PRIMÁRIO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA.

> 1. ***In casu*, as decisões das instâncias ordinárias não apresentaram motivações que demonstrassem efetivamente a real necessidade da extrema cautela. Na verdade, afigura-se desproporcional a imposição da constrição corporal, uma vez que o paciente ainda é primário e a pequena quantidade de droga apreendida (35,11 g de maconha) indica não se tratar de tráfico de grandes proporções.**
> 2. Ordem concedida, confirmando-se a liminar deferida, para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, fundamentadamente, pelo Magistrado singular, ou da superveniência do esgotamento das instâncias ordinárias. (HC 451.978/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 20/02/2019)

Ressalte-se, ainda, que o Paciente ostenta condições subjetivas favoráveis, sendo réu primário e de bons antecedentes, comprovando-se, a princípio o exercício de atividade laboral lícita.

Nesse contexto, estando o decisum sem apoio em fatos colhidos da conduta do acusado, configurado está o constrangimento ilegal.

A propósito:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA EXTREMA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PRIMARIEDADE. SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> […].
> 2. Considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos

previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

3. **No caso, não houve a indicação de motivos concretos aptos a justificar a medida extrema, tendo as decisões se limitado a afirmar, de maneira vaga, a insuficiência das medidas cautelares alternativas à prisão, o que configura nítido constrangimento ilegal. Além de não ter sido apreendida grande quantidade de droga (22 cápsulas plásticas acondicionando 15,98g de cocaína e mais 5 invólucros plásticos e 1 pote contendo, ao total, 21,26g de maconha) (fls. 79/80), não há nos autos notícias de envolvimento do paciente em outros delitos, sendo, a princípio, primário e com bons antecedentes, não havendo, portanto, demonstração da necessidade da medida extrema.**

4. Demonstrando-se a desproporcionalidade no encarceramento do paciente, deve ser revogada, in casu, a prisão preventiva, sendo suficiente a imposição das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319, do CPP.

5. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva, mediante a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem definidas pelo Juiz de primeiro grau, observada, ainda, a possibilidade de decretação de nova prisão, desde que demonstrada concretamente sua necessidade.

(HC 469.089/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. PROVAS DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA UTORIA. PRESENÇA. NEGATIVA DE COMETIMENTO DO DELITO. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. RÉ PRIMÁRIA.

MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[…].

2. Para a decretação da prisão preventiva não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que se fazem presentes, assim como os da materialidade, tanto que a ré findou condenada.

3. A análise acerca da negativa de cometimento dos delitos é questão que não pode ser dirimida em sede de habeas corpus, por demandar o reexame aprofundado das provas a serem produzidas no curso da instrução criminal, vedado na via sumária eleita.

4. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.

5. **No caso, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dadas as circunstâncias do delito objeto da condenação - apreensão de pequena quantidade de estupefaciente -, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande proporção e às condições pessoais da agente.**

6. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada possibilidade de substituição da prisão por cautelares diversas, proporcionais, adequadas e suficientes ao fim a que se propõem.

7. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, revogar a segregação processual da paciente, mediante a imposição das providências cautelares alternativas à prisão, previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal.

(HC 469.789/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA

> DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. DESPROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.
> 1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*.
> 2. Na espécie, realizada a prisão em flagrante, a prisão preventiva foi decretada em razão da variedade e quantidade das drogas apreendidas, a saber, 140g (cento e quarenta gramas) de ecstasy e 50g (cinquenta gramas) de maconha.
> **3. Não obstante a quantidade de droga apreendida não possa ser considerada pequena, também não é, por outro lado, indicativa, por si só, da periculosidade do agente, a ponto de justificar o encarceramento preventivo. Some-se a isso que a paciente ostenta condições pessoais favoráveis.**
> 4. Assim, as particularidades do caso demonstram a suficiência, adequação e proporcionalidade da imposição das medidas menos severas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.
> 5. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão a serem fixadas pelo Juiz singular.
> (HC 446.788/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 17/12/2018)

Ademais, o art. 282, do Código de Processo Penal dispõe que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, devendo-se observar a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Na situação posta nos autos, considerando que não logrou êxito o Juízo singular em apontar situação concreta que se amolde às hipóteses do art. 312, do CPP, somado ao fato de que o Paciente é primário, de bons

antecedentes e possui, a princípio, atividade laboral lícita, entendo ser possível a substituição da prisão por outras medidas cautelares, consistentes no: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução e V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixo, ressalvando-se a possibilidade de aplicação de outras medidas pelo Juízo de primeiro grau, acaso necessárias.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem impetrada, para revogar a prisão preventiva do Paciente mediante a aplicação das medidas cautelares previstas nos incisos I, IV e V, do art. 319 do CPP, ficando a expedição do alvará de soltura a cargo da autoridade impetrada, ressalvada a possibilidade de decretação de nova prisão, desde que demonstrada sua necessidade.

É como voto.

Fortaleza, 13 de março de 2019.

PROCESSO: 0625397-43.2018.8.06.0000 HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO BRASIL
PACIENTE: ANDREI ALVES DE OLIVEIRA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE EXECUÇÃO PENAL DA COMARCA DE FORTALEZA
CUSTUS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. APENADO CONDENADO À PENA UNIFICADA DE 29 (VINTE E NOVE) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO, PELA PRÁTICA DE CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 33 E 35, DA LEI Nº 11.343/2006 E NO ART. 121, § 2º, III E IV, DO CÓDIGO PENAL. TESE DE AUSÊNCIA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO AO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME SEMIABERTO. SÚMULA VINCULANTE Nº 56, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESPROVIMENTO. EXISTÊNCIA DE INSTITUIÇÃO PRISIONAL COMPATÍVEL COM O REGIME PRISIONAL AO QUAL ADSTRITO O PACIENTE. SITUAÇÃO PESSOAL QUE NÃO JUSTIFICA CONCESSÃO PREMATURA DA PRETENSÃO. RECIDIVA DELITUOSA DURANTE PROCESSO EXECUTÓRIO. CONDENAÇÕES POR DELITOS DE NATUREZA HEDIONDA E EQUIPARADA. PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PARA NOVA PROGRESSÃO PREVISTO APENAS PARA

17/12/2019. PRINCÍPIO DA ISONOMIA MATERIAL. Habeas corpus conhecido e desprovido.

1. O Supremo Tribunal Federal, na Súmula Vinculante nº 56, consolidou o entendimento de que: "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS". Ressalte-se que, no julgado tomado como paradigma, salientou a Corte Suprema que: "Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado".

2. Na hipótese, conforme destacado pelo próprio magistrado primevo na decisão hostilizada – em que pese o excedente de presos detidos no IPPOO-II, estabelecimento prisional adaptado à recepção de apenados em regime semiaberto, conforme Portaria n º 004/2012, da Corregedoria de Presídios – tal situação não enseja, por si só, direito a quaisquer dos benefícios elencados na SV nº 56, devendo ser ponderada a situação individual de cada reeducando, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia material.

3. Nesse diapasão, não é de ser reconhecido ao apenado o direito à prisão domiciliar, pois que, além da natureza hedionda ou equiparada das condenações a ele impostas e da constatação de recidiva delituosa durante a execução da reprimenda, há previsão de novo beneplácito apenas em 17/12/2019. Esse contexto fático denota inexistir merecimento ao alcance prematuro da pretensão, mormente quando tal medida implicaria tratamento injustificadamente desigual, ante à existência de internos que detém condições subjetivas mais favoráveis.
4. Habeas corpus conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0625397-43.2018.8.06.0000, impetrado pela Defensoria Pública do Brasil, em favor de Andrei Alves de Oliveira, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Fortaleza.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do presente *writ*, para negar-lhe provimento, em conformidade com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 05 de setembro de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de *habeas corpus*, com pedido de concessão da ordem em caráter liminar, formulado pelo Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais, em favor de Andrei Alves de Oliveira, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Fortaleza/CE.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de reclusão de 29 (vinte e nove) anos e 3 (três) meses a ser cumprida em regime inicialmente fechado, pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35, da Lei 11.343/06 e art. 121, § 2º, inciso III e IV, do Código Penal.

Sustentam os impetrantes, em síntese, a ilegalidade da manutenção da custódia do paciente em regime mais gravoso do que aquele imposto na decisão que concedeu a progressão de regime ao apenado, uma vez que ausente estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime semiaberto.

Ademais, alegam os impetrantes que o estabelecimento prisional para o qual foi determinada a transferência do paciente não é compatível com o regime semiaberto, sendo destinado ao cumprimento de pena relativo ao regime fechado, com liberdade de locomoção cerceada.

Concluem postulando a concessão da ordem liminarmente, com expedição do competente alvará de soltura e, no mérito, a sua confirmação para que seja o paciente colocado em regime aberto ou em prisão domiciliar, face a ausência de estabelecimento destinado a cumprimento de pena em regime semiaberto no Estado do Ceará.

Documentos diversos anexos às fls. 09/23, destacando-se: decisão que concedeu a progressão de regime ao paciente (fls. 10/17); pleito de prisão domiciliar (fls. 21/22); decisão que indeferiu o pedido de prisão domiciliar (fls. 18/20).

Autos distribuídos por prevenção a Apelação Criminal nº 0037832-47.2011.8.06.0064, consoante Termo de Distribuição de fl. 29.

Pleito liminar indeferido em decisão de fls. 30/31.

Judiciosas informações colacionadas às fls. 34/36.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 40/46, com manifestação pelo conhecimento e provimento da ordem.

É o relatório.

VOTO

Consoante relatado, trata-se de ordem de *habeas corpus* através da qual se pugna pela concessão de regime aberto ao paciente, ou ainda, de

prisão domiciliar, sob a alegação de que inexiste estabelecimento prisional próprio ao cumprimento de pena em regime semiaberto no Estado do Ceará.

Examinando detidamente os presentes fólios, verifico que NÃO assiste razão jurídica ao impetrante, pelos motivos adiante expostos.

É cediço que as situações idôneas a ensejar o recolhimento de beneficiário submetido a regime aberto em residência particular encontram-se dispostas no art. 117, da Lei nº 7.210/1984, segundo o qual:

> Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
> I – condenado maior de 70 (setenta) anos;
> II- condenado acometido de doença grave;
> III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
> IV – condenada gestante.

Claro, portanto, que nenhuma dessas situações está caracterizada *in casu*. Contudo, é cediço que as falhas existente no sistema penitenciário brasileiro conduziram à necessidade, por razões de política criminal, de se proceder à adequação dos institutos legais à realidade circundante, de modo a conciliar, na medida do possível, o interesse social de combate à impunidade aos direitos subjetivos do apenado, dentre os quais o da dignidade da pessoa humana.

A respeito da matéria, leciona Mirabete[1]:

> "A prisão domiciliar foi introduzida no Brasil pela Lei nº 5.256, de 6-4-1967, para recolher o preso provisório à própria residência nas localidades onde não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que têm direito à prisão especial. Com introdução do regime aberto na legislação penal, efetuada pela Lei nº 6.416, de 24-5-1977, e diante da inexistência de locais adequados para o cumprimento da prisão albergue, os aplicadores da lei penal depararam-se

1 MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Execução penal**. 12ª ed, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 506-507.

com penosas alternativas: admitir o alojamento noturno em celas superlotadas das cadeias públicas; não conceder o regime, embora o sentenciado estivesse em condições de adequar-se a ele; ou conceder a prisão domiciliar, com o recolhimento em sua própria residência. Não havendo o Poder Público diligenciado para a construção de estabelecimentos destinados ao regime aberto em todas as comarcas, juízos e tribunais passaram a conceder a chamada 'prisão albergue domiciliar', transformada em verdadeiro simulacro da execução da pena pela inexistência de qualquer controle ou fiscalização na obediência das condições impostas. A prisão albergue domiciliar passou assim a ser forma velada de impunidade, de que os juízes lançavam mão em último recurso, na impossibilidade de o benefício ser desfrutado em local adequado.

Com a finalidade de evitar a concessão indiscriminada de prisão domiciliar, fato que contribui para o descrédito do regime aberto, com graves prejuízos à defesa social, a Lei de Execução Penal destinou-a exclusivamente aos condenados que estejam nas condições especiais previstas expressamente, distinguindo as duas espécies de prisão em regime aberto: a prisão albergue e a prisão domiciliar. Dispõe o art. 117 que 'somente' se admitirá o recolhimento em residência particular quando se tratar de condenado que esteja em uma das situações estabelecidas no referido dispositivo, e esclarece a exposição de motivos que o regime aberto, salvo essas exceções, 'não admite a execução da pena em residência particular' [...].

A destinação do condenado em regime aberto à residência particular sem que haja qualquer controle ou fiscalização por parte da Administração, como tem ocorrido, significa a total impunidade pelo crime praticado. A circunstância de, eventualmente, não existir na comarca a Casa do Albergado não quer dizer que o Estado deve deixar de executar a pena privativa de liberdade regularmente aplicada. A prisão aberta é apenas um regime de pena e, na falta de instalações adequadas ao seu cumprimento, como solução provisória, o condenado deve ser recolhido à cadeia pública ou outro presídio comum, em local adequado, e não deixado em inteira liberdade. A prisão albergue domiciliar só é cabível nas hipóteses do art.

> 117 da Lei de Execução Penal. Entretanto, quando o Estado não está aparelhado para oferecer o estabelecimento prisional adequado, de sorte que se possa observar, rigidamente, a progressão legalmente determinada, o direito do condenado que faz jus ao regime aberto não pode ser obstado por essa omissão. Assim, vários tribunais têm decidido pacificamente que o condenado que fizer jus ao regime aberto tem direito a prisão domiciliar quando inexistir casa do albergado onde possa cumprir a pena no regime aberto."

Com efeito, disseminou-se, na jurisprudência, o entendimento favorável à concessão de recolhimento domiciliar ao apenado, ainda que submetido ao regime semiaberto, quando ausente estabelecimento prisional próprio à fase de cumprimento de pena à qual se encontra adstrito, consoante demonstram os seguintes julgados:

> **STF:** *"Habeas corpus.* Execução penal. Regime de cumprimento de pena. Regime aberto. Prisão albergue (inexistência). Prisão domiciliar (possibilidade). O paciente submetido a regime aberto faz jus a prisão domiciliar quando verifica-se a absoluta impossibilidade de cumprir sua pena em estabelecimento público compatível. Precedentes da 2ª Turma do ST. Ordem deferida." (RT 657/377).

> HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PACIENTE CONDENADO AO CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. INTERDIÇÃO DO PRESÍDIO LOCAL. PERMANÊNCIA EM PRISÃO COMUM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA PARA, CASO NÃO SEJA POSSÍVEL A IMEDIATA TRANSFERÊNCIA DO PACIENTE PARA O REGIME SEMI-ABERTO, QUE AGUARDE, EM REGIME DOMICILIAR, O SURGIMENTO DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PRÓPRIO, SALVO SE POR OUTRO MOTIVO ESTIVER PRESO.
> **1. O condenado ao cumprimento de pena em regime prisional semi-aberto, deve aguardar, em prisão domiciliar,**

o surgimento de vaga em estabelecimento adequado e compatível com aquele regime estabelecido para o desconto do restante da pena. 2. Caracteriza patente constrangimento ilegal a submissão do paciente ao regime comum, ainda que provisoriamente e na espera de solução de problema administrativo, quando comprovado que o mesmo obteve o direito ao regime semi-aberto. 3. Ordem concedida, em conformidade com o parecer ministerial, para que, caso não seja possível a imediata transferência do paciente para o regime semi-aberto, que aguarde, em regime domiciliar, o surgimento de vaga em estabelecimento próprio, salvo se por outro motivo estiver preso.
(STJ - HC: 114829 SP 2008/0195254-9, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 03/02/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2009).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE CONDENADO À PENA DE DOIS ANOS E NOVE MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, PELA PRÁTICA DE CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 14, DA LEI Nº 10.826/2003. AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRÓPRIO PARA O CUMPRIMENTO DE PENA. PACIENTE SUBMETIDO A SITUAÇÃO MAIS GRAVOSA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. Ordem conhecida e concedida, para se determinar que o paciente passe a cumprir a pena em prisão domiciliar até que lhe seja possível fazê-lo em estabelecimento próprio ao regime aberto, mediante condições a serem impostas no Juízo de origem.
1. Diante da ausência de estabelecimento penal adequado, foi determinado o recolhimento do paciente à cadeia pública nos finais de semana e feriados, havendo sido comprovado, nos autos, que o referido estabelecimento não possui condições adequadas ao cumprimento da pena em regime aberto. Desta forma, resta caracterizado o constrangimento ilegal, o que autoriza, excepcionalmente, a concessão do benefício de prisão domiciliar. Precedentes. 2. Ordem conhecida e concedida, para se determinar que o paciente passe a cumprir a pena em prisão domiciliar até que lhe seja possível fazê-lo em estabelecimento próprio ao regime

> aberto, mediante condições a serem impostas no Juízo de origem. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0622695-32.2015.8.06.0000, impetrado por Carlos Eduardo Maciel Pereira, em favor de Antônio Genildo Guilherme Fernandes, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Chaval. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da presente ordem, para concedê-la, a fim de determinar que o paciente passe a cumprir a pena em prisão domiciliar até que lhe seja possível fazê-lo em estabelecimento próprio ao regime aberto, mediante condições a serem impostas no Juízo de origem, tudo em conformidade com o voto da eminente Relatora. Fortaleza, 07 de julho de 2015. Presidente do Órgão Julgador Relatora Procurador (a) de Justiça
> (TJ-CE - HC: 06226953220158060000 CE 0622695-32.2015.8.06.0000, Relator: FRANCISCA ADELINEIDE VIANA, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 07/07/2015).

A orientação jurisprudencial culminou na formulação da Súmula Vinculante nº 56, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual:

> **STF, Súmula Vinculante nº 56:** "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS".

Ressalte-se que, no julgado tomado como paradigma, isto é, o RE nº 641.320/RS, salientou a Corte Suprema que: "Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado".

No caso em estudo, conforme destacado pela própria magistrada primevA na decisão hostilizada (fls. 10/17) – em que pese o excedente de presos detidos no IPPOO-II, estabelecimento prisional adaptado à recepção de apenados em regime semiaberto, conforme Portaria n º 004/2012, da Corregedoria de Presídios – tal situação não enseja, por si só, direito a quaisquer dos benefícios elencados na SV nº 56, devendo ser ponderada a situação individual de cada reeducando, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia material.

Nesse diapasão, não é de ser reconhecido ao apenado o direito à prisão domiciliar ou à saída antecipada, esta inadequadamente confundida com a antecipada concessão de regime aberto, pois que, além da natureza hedionda ou equiparada das condenações a ele impostas e da constatação de recidiva delituosa durante a execução da reprimenda, há previsão de novo beneplácito apenas em 17/12/2019. Tal contexto fático denota inexistir merecimento ao alcance prematuro da pretensão, mormente quando tal medida implicaria tratamento injustificadamente desigual, ante à existência de internos que detém condições subjetivas mais favoráveis.

Perfilhando idêntica posição, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE QUE OBTEVE A PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR, COM MONITORAMENTO ELETRÔNICO, ANTE A INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL COM O REGIME IMPOSTO. APLICAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO DO STF ADOTADO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 641320/RS). ADOÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS ANTES DA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.
>
> 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese,

impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é assente no sentido de que, em caso de falta de vaga em estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena, ou, ainda, de sua precariedade ou superlotação, deve-se conceder ao apenado, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em regime aberto, ou, na falta de vaga em casa de albergado, em regime domiciliar, até o surgimento de vagas.

3. O Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula Vinculante n. 56, entende que "a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS".

4. Os parâmetros mencionados na citada súmula são: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os Juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para verificar se são adequados a tais regimes, sendo aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como colônia agrícola, industrial (regime semiaberto), casa de albergado ou estabelecimento adequado - regime aberto - (art. 33, § 1º, alíneas "b" e "c"); c) no caso de haver déficit de vagas, deverão determinar: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao preso que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto; e d) até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

5. Dessa forma, consoante entendimento do STF, a prisão domiciliar não pode ser a primeira opção, devendo-se antes adotar as outras medidas acima propostas, a fim de se evitar prejuízo aos executados que já estariam, há mais tempo, cumprindo pena em determinado regime e que devem ser beneficiados, prioritariamente, com a saída antecipada.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo da Execução que promova as medidas pertinentes com as adaptações determinadas pela Súmula Vinculante n. 56 do Supremo Tribunal Federal.
(STJ, HC 364.042/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 25/04/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. INEXISTÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. APENADO QUE ESTÁ CUMPRIMENTO PENA EM PRESÍDIO, EM LOCAL ESTRUTURADO E ADEQUADO AO REGIME DA CONDENAÇÃO. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE N. 56/STF.
1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do habeas corpus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.
2. Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a inexistência de vaga em estabelecimento prisional compatível com o regime determinado no título condenatório ou decorrente de progressão de regime permite ao condenado o cumprimento da reprimenda no modo menos gravoso. A deficiência do Estado em viabilizar a implementação da devida política carcerária, deve-se conceder ao paciente, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em regime imediatamente menos gravoso ou, na falta de casa de albergado ou similar, em prisão domiciliar, até o surgimento da vaga em estabelecimento adequado.
3. A Corte Excelsa editou a Súmula Vinculante n. 56, verbis: "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais

> **gravoso, devendo-se observar nessa hipótese os parâmetros fixados no RE 641.320."**
> **4. No caso, contudo, as instâncias ordinárias afirmaram que o paciente encontra-se segregado em local estruturado, dentro das possibilidades do Estado, e compatível com o cumprimento da pena em regime semiaberto, sendo-lhe garantido todos os benefícios legais a ele inerentes, não cabendo, assim, falar em violação aos ditames preconizados pelo Pretório Excelso, no enunciado n. 56 da Súmula Vinculante.**
> 5. Habeas corpus não conhecido.
> (STJ, HC 376.685/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016).

Frise, por fim, que, consoante esclarecido na decisão vergastada, *"no que pese a incompleta caracterização de 'Colônia Agrícola, Industrial ou Similar', a destinação do IPPOO II para o acolhimento dos presos de regime intermediário obedece ao critério legal da 'seleção adequada dos presos', que lá continuam a obter outros direitos, como a remição de pena, a saída temporária e o trabalho externo*", não se verificando, a par da documentação anexada, comprovação de aglomeração de internos em situações processuais diversas no mesmo ambiente, e, portanto, ilegalidade a ser reconhecida.

Por oportuno, reporto julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME E PRISÃO DOMICILIAR. INEXISTÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. APENADO QUE ESTÁ CUMPRINDO PENA EM LOCAL QUE LHE ASSEGURA OS BENEFÍCIOS DO REGIME INTERMEDIÁRIO DE CUMPRIMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE N. 56/STF. REGIMENTAL IMPROVIDO.
> **1. Inexistindo vagas em estabelecimento prisional adequado ao regime imposto, deve ser deferido, ao apenado, excepcionalmente, o cumprimento da pena em regime**

menos gravoso - aberto -, ou, ainda, persistindo a falta de vaga, deve lhe ser concedida prisão domiciliar, até o surgimento de vagas no regime prisional apropriado. Precedentes.

2. No entanto, na ausência de vaga em estabelecimento destinado ao cumprimento da pena em regime semiaberto, é possível o resgate da reprimenda em local similar, garantidos os benefícios próprios do modo intermediário, o que não configura constrangimento ilegal, assim como se dá na hipótese dos autos.

3. Além do mais, a alteração da conclusão alcançada pela instância a quo sobre as condições do recolhimento em tela demandaria indevida incursão fático-probatório, incompatível com a via estreita do writ, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária (HC 380.014/RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 24/02/2017).

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no HC 440.925/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 19/06/2018).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO CRIMINAL. REGIME SEMIABERTO. PERMANÊNCIA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO AO REGIME FECHADO. GARANTIA AOS DIREITOS INERENTES AO REGIME. FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. É cediço nesta Corte que o reeducando não pode ser compelido a cumprir a pena privativa de liberdade em regime diverso daquele que lhe é assegurado pelo Código Penal (art. 33, § 1º, "c", do mencionado diploma legal). 3. O Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula Vinculante n. 56, entende que "a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional

mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS".

4. Os parâmetros mencionados na citada súmula são: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os Juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para verificar se são adequados a tais regimes, sendo aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como colônia agrícola, industrial (regime semiaberto), casa de albergado ou estabelecimento adequado - regime aberto - (art. 33, § 1º, alíneas "b" e "c"); c) no caso de haver déficit de vagas, deverão determinar: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao preso que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto; e d) até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

5. Cumpre reconhecer a existência de constrangimento ilegal, pois o paciente foi promovido ao regime intermediário, mas se encontra recolhido em estabelecimento com características de adequação ao regime fechado.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para ratificar a liminar anteriormente deferida em favor do reeducando e, de modo, assegurar ao paciente sua permanência no regime semiaberto, salvo se por outro motivo regredir ao fechado.

(STJ, HC 431.159/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REGIME SEMIABERTO. CUMPRIMENTO DA PENA EM ALA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL SEPARADA DOS DEMAIS PRESOS. ART. 82, § 2º, DA LEP. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da

utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. 2. *In casu*, a Corte de origem consignou, no voto condutor do acórdão proferido, verbis: [...] a ausência de vagas para o cumprimento da pena no regime semiaberto não implica, obrigatoriamente, a progressão antecipada ou o deferimento da prisão domiciliar. Afinal, a nomenclatura do estabelecimento não autoriza, por si só, a procedência dos pedidos: antes deve-se averiguar a (in)adequação do local e o (des)respeito aos direitos básicos do apenado. No caso, não há razões suficientes para a excepcional colocação do reeducando em regime aberto ou em prisão domiciliar, conforme as recomendações do julgado paradigmático. Isso porque o apenado encontra-se cumprindo pena na Penitenciária Industrial de Joinville, a qual detém espaço destinado exclusivamente aos presos em regime semiaberto, com menor vigilância, enquadrando-se no conceito de estabelecimento penal similar (veja-se o acostado às fls. 22-65). [...]

3. Com efeito, consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça entendimento de que, se o apenado encontra-se alojado em pavilhão independente e autônomo de estabelecimento destinado ao regime fechado, sem ligação física com o restante do presídio, prestando trabalho externo e usufruindo de saídas temporárias, segundo as regras do regime semiaberto, não há constrangimento ilegal a ser sanado, uma vez que o reeducando não se encontra cumprindo pena em regime mais rigoroso do que o devido.

4. Impende ressaltar que o habeas corpus não é a via adequada para se desconstituir o decidido pela instância originária com base no conjunto probatório constante dos autos. Na hipótese vertente, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e provas carreados ao processo de execução, procedimento vedado pelos estreitos limites do

> remédio heroico, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória.
> 5. Habeas corpus não conhecido.
> (STJ, HC 402.093/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 24/10/2017).

ISSO POSTO, em dissonância com o parecer ministerial, CONHEÇO e INDEFIRO PROVIMENTO ao presente *writ*, mantendo a decisão vergastada em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza 05 de setembro de 2018.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

PROCESSO: 0007831-13.2003.8.06.0112 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
RECORRENTE: CÍCERO BEZERRA ALVES
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. PRELIMINAR.

1.1.NULIDADE ABSOLUTA. TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA NA DECISÃO DE PRONÚNCIA EM DESACORDO COM A AFIRMADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO POR OCASIÃO DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE MALFERIMENTO A NORMA PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL. IMPROCEDÊNCIA.

No caso dos autos, a exordial acusatória, mesmo que de forma sucinta, descreveu a conduta do ora recorrente com a implícita presença da circunstância qualificadora da surpresa, reconhecida pela julgadora monocrática na decisão de pronúncia. Procedeu, assim e simplesmente, a uma corrigenda da acusação a que se denomina "emendatio libelli". Assim ocorre porque os fatos que conduziram à alteração, já haviam sido descritos na denúncia, tendo o réu oportunidade de deles se defender, posto que, cediço, o réu se defende dos fatos e não da capitulação legal lançada pelo Promotor Público na denúncia. Na hipótese aqui descrita, despicienda a ouvida prévia do réu. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA.

MÉRITO.

2.1.PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPROCEDÊNCIA. Havendo prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, remete-se o acusado a julgamento pelo júri que é o órgão constitucional e soberanamente legitimado para valorar os crimes contra a vida. A avaliação, nessa fase, limita-se à busca da prova inequívoca da legítima defesa, não cabendo ao julgador emitir juízo de mérito ou maiores considerações sobre as provas, sob pena de incorrer em impróprio excesso de linguagem. A decisão objurgada está fundamentada nas provas colhidas em instrução. Impossível, nessa fase, dar outra conotação ao fato senão o que foi reconhecido na pronúncia.

2.2. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS. DESCABIMENTO.

2.2.1. As qualificadoras admitidas na decisão de pronúncia comportam retirada somente quando manifestamente improcedentes e de todo descabidas, conforme enunciado nº 03 da súmula da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça: **"As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio *in dubio pro societate*."**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso em Sentido Estrito, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, negando-lhe provimento.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2019.

RELATÓRIO

Pronunciado pelo homicídio qualificado de Geraldo Arsênio da Silva e pela tentativa de homicídio qualificado de Eliseu Arsênio da Silva, o recorrente, através de advogado constituído, interpôs o presente recurso aduzindo o que segue.

Preliminarmente, pugna pelo reconhecimento de nulidade processual por inobservância das disposições do art.384, §2º, da lei processual penal e do art.5º, inc. LV da Constituição Federal.

Nesse sentido, verbera que a magistrada prolatora da decisão ora impugnada, acolheu alegações finais do Ministério Público em que se pugnou pela inclusão, na acusação, de circunstância qualificadora não tipificada na denúncia, malferindo, segundo entende, norma processual e constitucional.

Assim expondo pugna pelo reconhecimento de nulidade absoluta, razão de ser e fundamento para que se casse a decisão de pronúncia.

No mérito, acaso ultrapassada a preliminar arguida, aduziu que as provas colhidas, em instrução, são insuficientes a sustentar a permanência da qualificadora reconhecida na pronúncia, mormente por se considerar que o ora recorrente agira acobertado pela excludente da legítima defesa, razão pela qual, almeja, alternativamente, a exclusão da majorante ou absolvição sumária.

Recurso confutado pelo órgão ministerial de primeiro grau, sendo exercido, em continuidade, o juízo de retratação e mantida a pronúncia, nos termos em que foi lançada nos autos.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer, pugnou pelo improvimento do recurso.

É o breve relato.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2019.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade previstas em lei, devendo, assim, ser conhecido.

Narra a denúncia que no dia 21 de janeiro de 2013, o ora recorrente foi preso em flagrante, por volta das 21 horas, ao ser encontrado sangrando e caído ao chão defronte à Faculdade de Medicina de Juazeiro do Norte, situada à Av. Leão Sampaio daquela urbe.

Segundo apurado, no dia do fato, o acriminado teria disparado tiros de revólver contra os irmãos Geraldo Arsênio da Silva e Eliseu Arsênio da Silva, matando o primeiro e lesionando o segundo. No ato, o ora recorrente teria sido, igualmente, lesionado.

Primeiramente, examina-se a preliminar arguida pela defesa.

A respeito, alega-se no presente recurso, que a judicante reconheceu, na decisão de pronúncia, circunstância qualificadora não descrita na denúncia e, nessa peça, não requerida pelo Promotor Público, o fazendo acolhendo razões expostas em alegações finais do Ministério Público.

Argumenta que tal conduta malferiu norma processual penal e constitucional, sendo causa para o reconhecimento de nulidade absoluta.

Pois bem, a respeito, a lei processual penal permite ao reitor do processo a consideração de capitulação jurídica do delito, diversa da constante da denúncia, ainda que tenha que aplicar pena mais grave. Procede o julgador, no caso, simplesmente, a uma corrigenda da acusação a que se denomina "emendatio libelli". Assim ocorre porque os fatos, que conduziram à alteração, já haviam sido descritos na denúncia, tendo o réu oportunidade de deles se defender, posto que, cediço, o réu se defende dos fatos e não da capitulação legal lançada pelo Promotor Público na denúncia. Na hipótese aqui descrita, despicienda a ouvida prévia do réu.

Nesse sentido, o STJ:

> "Simples corrigenda - *emendatio libelli* - feita pelo julgador dando ao fato definição jurídica diversa da constante na denúncia, não obrigam manifestação da defesa". (RSTJ 25/367-8)

No caso dos autos, a exordial acusatória, mesmo que de forma sucinta, descreveu a conduta do ora recorrente com a implícita presença da circunstância qualificadora da surpresa, reconhecida pela julgadora monocrática na decisão de pronúncia, conforme se pode constatar de trecho dela extraído e abaixo transcrito, *verbis*:

> "(...) a vítima sobrevivente, cujo depoimento foi ratificado pelas testemunhas presenciais oitivadas na fase inquisitorial, narrou que estavam na calçada de sua residência, quando o acusado, que passeava a pé, sacou de inopino seu revólver e deflagrou vários projéteis contra si e seu irmão, não tendo oportunidade de reagir(...)".

Na ocasião, a autoridade processante bem justificou a "emendatio libelli", expondo conforme a seguir, *verbis:*

> "(...)Ressalto que estando, o modus operandi devidamente descrito na denúncia, além de corroborada pela prova testemunhal contida nos autos, correta se mostra a sua inclusão na sentença de pronúncia, dispensando o aditamento, uma vez que houve correlação entre o fato imputado ao acusado e fato pelo qual ele está sendo pronunciado, não restando ferido qualquer princípio constitucional(...)".

Nesse contexto, pelas razões expostas, inexiste nulidade alguma a ser reconhecida na decisão de pronúncia, rejeitando-se, assim, a preliminar arguida pela defesa.

Respeitante ao mérito, autos revistos, verifico presentes os pressupostos autorizadores da pronúncia do recorrente, consubstanciados na comprovação da materialidade do crime e na presença de indícios de autoria, emergentes, de forma uníssona, da prova testemunhal, inclusive, depoimento da vítima sobrevivente, que informa o processo.

Ressalte-se que o próprio recorrente confessa a autoria delitiva, apresentando, entretanto, versão diferente dos fatos onde afirma ter agido em legítima defesa própria.

Não obstante, na visada das provas colhidas em instrução, conclui-se pela inexistência de prova inequívoca, a autorizar a absolvição sumária do recorrente, competindo, dessa forma, ao Tribunal do Júri, no exercício de sua função constitucional, e através de um exame mais aprofundado das provas, dirimir a questão, pela aplicação, nesta fase processual, do princípio *in dubio pro societate.*

Vejamos a jurisprudência:

> "TJSP. Absolvição sumária. Inadmissibilidade. Pronúncia. Persistência de mínima hesitação a respeito da culpabilidade do acusado – prevalência do princípio in 'dubio pro societate'(...)". (RT 778/583).
>
> TJPR. Absolvição sumária. Inadmissibilidade. Inexistência de prova segura e incontroversa, escoimada de qualquer dúvida pertinente à justificativa – hipótese em que exsurgem dos autos duas versões conflitantes dos fatos, afigurando-se controversa a tese da legítima defesa(...)". (RT 775/664).

A avaliação, nessa fase, limita-se à busca da prova inequívoca da legítima defesa, não cabendo ao julgador emitir juízo de mérito ou maiores considerações sobre as provas, sob pena de incorrer em impróprio excesso de linguagem.

A decisão objurgada está fundamentada nas provas colhidas em instrução. Impossível, nessa fase, dar outra conotação ao fato senão o que foi reconhecido na pronúncia.

Quanto ao pleito de exclusão da qualificadora, igualmente, não pode ser atendido. Segundo entendimento do Eg. Superior Tribunal de Justiça: "Ao juiz singular, ao fazer a pronúncia, é defeso excluir qualificadoras. O julgamento, por imposição constitucional, é do Tribunal do Júri"(CF, art. 5º XXXVIII). (RT 694/393). No mesmo sentido, STJ: RT 730/475, RSTJ 84/325)".

Assim, tem-se que as qualificadoras admitidas na decisão de pronúncia comportam retirada somente quando manifestamente improcedentes e de todo descabidas, conforme enunciado nº 03 da súmula da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça: "As circunstâncias

qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio *in dubio pro societate*".

Incumbe esclarecer, por fim, que o juízo exercido na pronúncia é de admissibilidade e não de condenação. Por intermédio desta decisão são remetidos os casos à apreciação do Tribunal do Júri, a quem, constitucionalmente, foi concedido o poder de julgá-los. Nesse estágio, sim, o exame das provas é mais aprofundado, os debates buscam a verdade diante das teses conflitantes apresentadas pela defesa e acusação, tendo o colegiado leigo soberania para decidir o destino do acusado.

Nesse contexto a pronúncia só há de ser modificada quando, pelas provas colacionadas restar demonstrada, de forma irrefragável, a presença de motivos suficientes, o que não é o caso.

Conclusivo, portanto, que o recurso manejado, após o que foi esclarecido, carece de procedência, dada a ausência de argumentos a amparar seu acolhimento.

Ante o exposto é o presente para tomar conhecimento do recurso interposto, porém, para lhe negar provimento, em conformidade com o parecer da douta Procuradoria de Justiça.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2019.

PROCESSO: 0096350-35.2015.8.06.0114 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
RECORRENTE: OLIVEIRA SOARES PEREIRA
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESEMBARGADORA FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ART. 121, § 2º, INCISO I, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INDICAÇÃO DA MATERIALIDADE DO FATO E DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. 1. TESE DE INCIDÊNCIA DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA. CONJUNTO PROBATÓRIO CONTROVERSO. DUPLICIDADE DE VERSÕES SOBRE OS FATOS. DÚVIDA SOBRE A DINÂMICA DO CRIME. PRESENÇA DE INDÍCIOS MÍNIMOS A DAR SUPORTE À NARRATIVA ACUSATÓRIA. MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.
2. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DA CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE QUE O CRIME FOI PRATICADO POR MOTIVAÇÃO TORPE. SÚMULA N. 03 DO TJCE. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO JÚRI. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso em sentido estrito n.º 0096350-35.2015.8.06.0114, em que é recorrente Oliveira Soares Pereira e recorrido o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 5 de dezembro de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de autos de recurso em sentido estrito, interposto por Oliveira Soares Pereira, contra sentença pela qual foi julgado procedente o pleito formulado na denúncia, pronunciando-se o recorrente como incurso nas tenazes do art. 121, § 2º, inciso I, na forma do art. 14, inciso II, ambos do Código Penal. Consta na denúncia (fls. 4/8) o seguinte relato:

> (…) Consta do incluso Inquérito Policial que no dia 15 de março de 2015, por volta das 02h30min, em via pública, local próximo onde ocorria a festa da padroeira do distrito de Amaniutuba, os denunciados, agindo com unidade de desígnios, o primeiro, OLIVEIRA SOARES PEREIRA, v. 'OLIVEIRA', portando uma faca, e o segundo, JOSÉ PEREIRA DA SILVA, v. 'PEREIRINHA', portando uma arma de fogo de uso permitido (tipo revólver), tentaram matar as vítimas, ALEXANDRE DE SOUSA SÁ, ANTÔNIO PINTO TAVARES JÚNIOR e FRANCISCO DE ASSIS NUNES DE SOUSA, mediante golpes de faca e disparos de arma de fogo, só não o conseguindo por razões alheias a sua vontade.
> Segundo o IP, o acusado, OLIVEIRA SOARES PEREIRA, ainda no interior do clube, onde ocorria a festa, teria discutido e entrado em luta corporal com a vítima, ALEXANDRE DE SOUSA SÁ, cujo motivo fora ciúmes de uma moça, Srtª Macilânia Beserra da Silva, que aparentemente estava sendo cortejada por ambos os homens. (...)

Dito isso, atendendo ao princípio da efetividade e com o desígnio de conferir maior celeridade ao feito, adoto o relatório constante na decisão de pronúncia de fls. 261/271, passando a complementá-lo a partir de então, sem prejuízo de uma análise criteriosa no que tange à adequação do procedimento às disposições do Código de Processo Penal pátrio.

Recurso em sentido estrito interposto pela Defesa à fl. 277, lastreado no art. 581, IV, do Código de Processo Penal. Razões recursais às fls. 281/285, nas quais a Defesa sustenta, em síntese, a tese de incidência da hipótese excludente de ilicitude da legítima defesa e, subsidiariamente, o decote da circunstância qualificadora da motivação torpe.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 287/292 em que pugna pelo desprovimento do recurso.

Juízo de manutenção da decisão exercido às fls. 293/296.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 312/322, com manifestação pelo conhecimento e pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Conforme exposto no relatório, trata-se de autos de recurso em sentido estrito, interposto por Oliveira Soares Pereira, contra decisão do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Lavras da Mangabeira, que o pronunciou nos termos do art. 121, § 2º, inciso I, na forma do art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, determinando seu julgamento pelo Tribunal Popular do Júri, consoante dispõe o art. 413, do Código de Processo Penal.

Conheço, pois, do recurso ora interposto diante da presença dos requisitos de sua admissibilidade.

Convém ressaltar que, nesse momento processual, consoante dispõe o art. 413, do Código de Processo Penal, cabe ao magistrado perquirir tão somente a materialidade do delito e a existência de indícios suficientes de sua autoria, não proferindo juízo meritório, mas apenas de admissibilidade da

acusação. Eventuais dúvidas resolvem-se em prol da sociedade, devendo ser dirimidas mediante análise pelo Tribunal do Júri, juízo natural para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, segundo preleciona a Constituição Federal.

Reportando-me à decisão recorrida, verifico sua pertinência e sua adequação, na medida em que averiguou o conjunto probatório constante nos autos e, dentro dos preceitos legais, considerou, como pontos pacíficos e bem delineados a materialidade do crime e os indícios suficientes de sua autoria, além de ter apreciado a possibilidade de incidência da excludente de ilicitude da legítima defesa levantada pela Defesa e das circunstâncias qualificadoras do delito. Senão, vejamos (fls. 261/271):

> (...) Dispõe o art. 413 do Código de Processo Penal que o juiz, motivadamente, pronunciará o acusado se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios de autoria ou de participação.
>
> No caso sob exame, a materialidade do fato repousa nos laudos de exame de corpo de delito (lesão corporal) realizado sobre as vítimas ANTONIO JOSÉ PINTO TAVARES JÚNIOR, ALEXANDRE DE SOUSA SÁ e FRANCISCO DE ASSIS NUNES DE SOUSA, v. 'Ninim', nas fls. 28/29 e 194, respectivamente.
> No tocante à autoria, depreende-se do que foi apurado nas fases indiciária e judicial, suficientes indícios de que o réu OLIVEIRA SOARES PEREIRA, tenha praticado a conduta descrita, sendo, inclusive, por ele confessado. Segundo o próprio acusado, este teria retornado à festa para um 'acerto de contas' com a vítima ALEXANDRE DE SOUSA SÁ, após ter sido agredido por este durante uma discussão, palavras essas que se harmonizam com os demais elementos de convicção existentes no processo.
> Conforme restou evidenciado nos autos, após ser espancado pelas vítimas, o acusado OLIVEIRA SOARES PEREIRA, foi para casa, e ao perceber que o filho estava inconformado com a violência sofrida, o pai JOSÉ PEREIRA DA SILVA, v. 'Pereirinha', pediu para que o mesmo ficasse em casa. Não foi o que fez. Segundo os depoimentos, o acusado OLIVEIRA retornou à festa, e ao perceber que o filho não o obedecera,

o acusado JOSÉ PEREIRA, v.'Pereirinha', foi atrás do filho, nas proximidades da festa, quando o avistou já em meio à confusão com as vítimas.

Em relação à suposta participação de JOSÉ PEREIRA DA SILVA, v. 'Pereirinha', os indícios não são suficientes, não convencem de que ele tenha atirado na vítima FRANCISCO DE ASSIS NUNES DE SOUSA, v. 'Ninim', se utilizando de uma arma de fogo. Ao contrário, da narrativa dos fatos, depreende-se que o denunciado JOSÉ PEREIRA DA SILVA, v. 'Pereirinha', foi atingido por um tiro, no momento em que tentava sem êxito, retirar o filho OLIVEIRA SOARES PEREIRA da confusão, a qual estava envolvido.

(…) Por outro lado, não é o que ocorre com o réu OLIVEIRA SOARES PEREIRA. De fato, restou comprovado no percurso da instrução, que o referido réu agiu no intuito de perpetrar a conduta descrita na prefacial acusatória.

Da análise acerca da viabilidade da acusação feita pelo Ministério Público se configura como um juízo de prelibação, onde a cognição sobre os fatos e sua autoria não é profunda e exauriente.

A lei requer do julgador que ele extraia dos autos um juízo de certeza sobre a existência do crime e de indícios de autoria, sem adentrar o mérito da acusação, visto que a análise meritória é própria dos juízes leigos.

(…) No caso em análise, prova coligida não demonstra, incólume de dúvidas, que houve agressão injusta praticada pela vítima, nem que a reação do réu foi moderada, restando, portanto, descabida a absolvição sumária de que trata o art. 415 do CPP.

Nesse sentido, não é possível, neste momento processual, acatar a tese de legítima defesa, tendo em vista o já mencionado princípio do '*in dubio pro societate*' e a fim de resguardar a competência do juiz natural da causa, Tribunal do Júri (...)

Quanto à qualificadora indicada na denúncia, cumpre observar que, na pronúncia, somente é possível afastá-la quando for evidente sua inexistência, para resguardar a competência do Tribunal do Júri (...)

E, no caso, a qualificação jurídica contida na denúncia em face das circunstâncias e dos fatos coaduna-se com o que foi apurado ao longo da instrução criminal. Nesse sentido,

> restou apurado que houve um mero desentendimento entre o acusado e a vítima ALEXANDRE DE SOUSA SÁ, quando discutiram em uma festa por causa de ciúmes de uma moça. Segundo demonstrado nos autos, e afirmado pelo próprio réu, este teria saído de casa, e voltado de posse de uma faca, atacou as vítimas ALEXANDRE DE SOUSA SÁ e ANTONIO PINTO TAVARES JÚNIOR, o que atrai a qualificadora do artigo 121, § 2º, I, Código Penal (...)

Com efeito, em sua insurgência, não nega a Defesa do réu que seja ele o autor do fato, contudo, pugna pelo reconhecimento de que teria agido sob o manto da excludente de ilicitude da legítima defesa, hipótese de absolvição sumária.

Compulsando os autos, observo que a conclusão a que chegou o Juiz primevo se coaduna com os elementos de prova presentes na instrução processual, restando claro se tratar de questão cuja valoração em juízo meritório só pode ser realizada pelo Tribunal do Júri.

Isso porque a absolvição sumária, por excepcionar o princípio do juiz natural e destinar-se a evitar a submissão desnecessária do réu a um julgamento por seus pares, é medida cabível tão somente quando o magistrado se encontrar diante de um conjunto probatório nítido, claro e desprovido de controvérsias. Mínima que seja a hesitação a respeito das provas, impõe-se a pronúncia, para que a causa seja submetida ao júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, por mandamento constitucional.

De fato, em que pese a versão apresentada pelo réu, verifico que, a contrário do que quer fazer crer a Defesa, não resta esclarecida, nesse momento, de modo indiscutível, a dinâmica concreta da ocorrência dos fatos, havendo, por outro lado, indícios em sentido contrário que ensejam o não acolhimento da tese defensiva.

A vítima Alexandre de Souza Sá, ouvida em juízo (mídia digital), afirma que não estava armado e que ele e o acusado tiveram uma discussão na festa, mas que a briga foi apartada. Relata que o acusado tentou lhe furar a primeira vez na festa, mas que conseguiu evitar, chamando seus amigos para ir para casa. Todavia, ao chegar em seu carro, o acusado estava lhe

esperando, tendo se iniciado uma confusão. Diz, ainda, que havia muita gente na hora da briga e que alguém lhe empurrou e ele caiu e que, quando estava no chão, recebeu as facadas desferidas pelo acusado.

Os demais depoimentos prestados, inclusive pelas outras duas vítimas – Francisco de Assis Nunes de Souza e Antônio José Pinto Tavares Júnior – e por Marcilânia Beserra da Silva, que presenciou o primeiro desentendimento havido entre as partes, apesar de disparidades, não se mostram completamente dissociados da versão dos fatos apresentada pela acusação.

Por outro lado, o recorrente, quando ouvido em juízo (mídia digital), afirma que estava na festa e que chamou Marcilânia para dançar, sendo surpreendido com socos em seu rosto enquanto estava dançando. Relata que os agressores estavam em um grupo com cerca de dez pessoas e que os presentes apartaram a briga. Diz que, depois disso, voltou para casa e contou aos seus pais, que tentaram fazê-lo dormir. No entanto, não conseguiu ficar em paz e, sob efeito do álcool, pegou uma faca de cozinha e voltou para a festa. Antes de entrar no clube, se deparou com um dos agressores, Alexandre de Souza Sá, e desferiu três golpes de faca, tendo um atingido na mão e outro no rosto. Diz que o segurança o afastou e colocou Alexandre de volta para a festa, momento em que voltou em direção a sua casa e encontrou seu pai. Afirma que, então, Alexandre e o restante de seu grupo apareceram, tendo seu pai se colocado na sua frente e pedido pra que não atacassem seu filho, momento em que houve disparos, tendo se abaixado. Narra que, quando se levantou, viu seu pai caído ao chão, gritando que estava baleado, e Alexandre em cima dele, instante em que o atacou com a faca para defendê-lo. Conta que Antônio Pinto foi para cima dele, também sendo atingido por golpes de faca, e, no meio da confusão foi atingido por uma pedrada e vários outros golpes, perdendo os sentidos e sendo quase linchado.

Dessa maneira, encontram-se duas versões estabelecidas nos autos: a primeira, a partir das palavras das vítimas, é a de que, após a confusão inicial, o acusado teria ficado esperando na saída do clube para lhes atacar, tendo havido uma grande confusão, oportunidade em que o acusado desferiu facadas contra duas vítimas; e a segunda, sustentada pelo réu, é de que, após

ter lesionado uma das vítimas, esta veio junto de seus amigos atacá-lo, tendo seu pai sido atingido por um disparo de arma de fogo, momento em que passou a atacar as duas vítimas com golpes de faca para defendê-lo.

Portanto, trata-se de uma hipótese clara de competência do conselho de sentença, vez que cabe a ele, ao debruçar-se sobre o contexto fático, decidir qual das versões apresenta força probatória suficiente para ensejar um veredito, favorável ou desfavorável, em relação ao réu.

Assim, embora apresente versão coerente com a configuração, em tese, da hipótese de legítima defesa, a narrativa apresentada pelo acusado não encontra elementos probatórios suficientes nos autos capazes de dotá-la da credibilidade absoluta necessária para modificar o *decisum* nesse particular momento processual em que o magistrado realiza tão somente um juízo de admissibilidade da acusação.

Além disso, o conjunto probatório controvertido indica não ser possível, nesse momento, descrever com a segurança e certeza necessária a dinâmica com que ocorreram os fatos, não podendo o magistrado, de pronto, avocar a competência do Tribunal do Júri com o fito de decidir que, com base no conjunto de prova até então colhida, denotam-se presentes todos os requisitos necessários à configuração da excludente de ilicitude em tela, quais sejam: que tenha sido injusta a agressão; que fosse atual ou iminente; que os meios tenham sido os necessários; e que a reação tenha sido moderada.

Decerto, pronunciando-se o acusado, não se afasta peremptoriamente a possibilidade de que venha a se reconhecer que teria ele agido em legítima defesa, contudo, tal valoração só pode ser privada do Conselho de Sentença se a tese defendida é evidente e indene de dúvidas, saltando aos olhos do apanhado probatório, o que não ocorre na hipótese, sendo mais arrazoado que essa análise seja resguardada para aquele que constitucionalmente foi eleito o juiz natural para tanto.

Nesse passo, consoante posição dominante na jurisprudência, em sendo admissível a acusação, "mesmo que haja dúvida ou ambiguidade, o réu deve ser pronunciado" (STF - HC 75.433-3-CE, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJU 13.03.1997, p. 272-277).

Em verdade, a sentença de pronúncia baseia-se em juízo de suspeita, e não de certeza, e esse foi devidamente realizado pelo magistrado de piso. Havendo dúvida, deve o juiz proferir a sentença de pronúncia contra o acusado, em razão do princípio *in dubio pro societate*, o qual prevalece essencialmente no processo penal do júri em fase de pronúncia.

Com efeito, a decisão de pronúncia apenas encerra um conteúdo declaratório em que o magistrado proclama a viabilidade do julgamento, que deve conter provas suficientes tanto para condenar como para absolver – como ocorre na hipótese – e cujo resultado final dependerá do juízo de valor realizado desse conjunto probatório quando da submissão do réu a julgamento pelo Tribunal do Júri. Com efeito, esclarece Nucci, que o *in dubio pro societate*:

> [...] tem o sentido eficiente de indicar ao juiz que a decisão de pronúncia não é juízo de mérito, porém de admissibilidade. Por isso, se houver dúvida razoável, em lugar de absolver, como faria em um feito comum, deve remeter o caso à apreciação do juiz, natural, constitucionalmente recomendado, ou seja, o Tribunal do Júri. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 10. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 798).

Nessa perspectiva, de acordo com o ponderado entendimento doutrinário de Heráclito Antônio Mossin:

> […] jamais se pode perder de vista que a subtração do acusado de seu juízo natural, que é o júri popular, é mecanismo processual de singular exceção, somente tendo cabimento quando a prova encartada nos autos demonstrar de forma clara, evidente e insofismável, a ocorrência de circunstância ou causas autorizadoras desta modalidade de absolvição. Nesta ordem de consideração, havendo dúvida ou incerteza sobre qualquer causa encartada no art. 415 do Código de Processo Penal, que conduza à dúvida, à incerteza, cumpre ao magistrado pronunciar o acusado, uma vez que no sumário de culpa prepondera a incidência do in dubio pro societate e não o in dubio pro reo. (MOSSIN, Heráclito Antônio. Júri: crimes e processo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 294).

Não é distinto do aqui exposto, aliás, o entendimento sedimentado da jurisprudência, inclusive desta Corte, conforme colaciono a seguir (grifei):

> EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. IMPRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS COLHIDOS NO INQUÉRITO QUE FORAM CONFIRMADOS EM JUÍZO. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. MATÉRIA AFETA AO TRIBUNAL DO JÚRI. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. EVENTUAIS DÚVIDAS A RESPEITO DA AUTORIA DEVERÃO SER DIRIMIDAS PELO CONSELHO DE SENTENÇA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.
> - **Para a pronúncia não se exige prova incontroversa da autoria, bastando que os indícios existentes no processo demonstrem que haja uma possibilidade de o acusado ter cometido o delito. - As dúvidas e eventuais incertezas pela prova se resolvem em favor da sociedade, ou seja, *in dubio pro societate*.** - Recurso não provido. (TJMG- Rec em Sentido Estrito 1.0231.10.024117-4/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/10/2018, publicação da súmula em 31/10/2018).

> PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PLEITO DE DESPRONÚNCIA. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE COMPROVADA E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA PRESENTES. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. REMESSA DA ANÁLISE DO CASO AO CONSELHO DE SENTENÇA.
> 01. **Para o decreto da pronúncia, nos termos do artigo 413, *caput* e §1º, do Código de Processo Penal, basta que o juiz se convença da existência do crime e de indícios de autoria, prevalecendo sempre, nesta fase, o princípio do *in dubio pro societate*.** 02. A materialidade resta plenamente evidenciada pelo laudo cadavérico e, ainda que a defesa do recorrente afirme que inexistem indícios de autoria para levá-lo a julgamento pelo Conselho de Sentença, tem-se, na verdade, indícios suficientes, a exemplo do que se extrai

dos depoimentos colhidos em juízo. 03. De certo, há versão contrária nos autos, como o do próprio réu, que afirma que não teve nenhum envolvimento com a morte em questão e que não possui a alcunha de Geovane. Contudo, **havendo depoimentos contrários, não cabe ao magistrado singular ou a este órgão *ad quem* valorar as provas colhidas, tendo em vista que, existindo dúvida, medida que se impõe é a apreciação do caso pelo Tribunal do Júri, juízo competente para processar e julgar o feito.** 04. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJCE, RESE 0043072-41.2013.8.06.0001, Relator (a): MARIO PARENTE TEÓFILO NETO; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 30/10/2018; Data de registro: 30/10/2018)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRONÚNCIA. INDICAÇÃO DA MATERIALIDADE DO FATO E DOS INDÍCIOS DE AUTORIA. IMPRONÚNCIA. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO IMPROVIDO.

1. Réu, pronunciado por violar o art. 121, §2º, I e IV do Código Penal Brasileiro, pleiteia sua impronúncia, sob a alegação da ausência de indícios suficientes de autoria. 2. **Provada a materialidade do fato e havendo indícios suficientes de autoria, bem como existindo dúvida quanto à ocorrência da tese defensiva, escorreita a decisão de pronúncia, cabendo exclusivamente ao Tribunal do Júri decidir a matéria.** 3. Recurso improvido. (TJCE, RESE 0052954-56.2015.8.06.0001, Relator (a): FRANCISCO MARTONIO PONTES DE VASCONCELOS; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 07/11/2018; Data de registro: 07/11/2018)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO SIMPLES (ART. 121, *CAPUT*, C/C 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). DECISÃO DE PRONÚNCIA. RECURSO DA DEFESA. PRETENSA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA OU IMPRONÚNCIA DO RÉU POR AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE

INCONTESTE. PROVAS DOS AUTOS QUE TRAZEM INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA IMPUTADA AO RÉU. **ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA E IMPRONÚNCIA NESTA FASE QUE DEVE OCORRER DE FORMA CRISTALINA E EXTREME DE DÚVIDA DO CONJUNTO PROBATÓRIO EXISTENTE NOS AUTOS. ALIÁS, HAVENDO DÚVIDA DA AUTORIA A MATÉRIA DEVE SER SUBMETIDA AO EXAME DO CONSELHO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. PRONÚNCIA MANTIDA**. 'Segundo o disposto no *caput* do artigo 413 do Código de Processo Penal basta para a pronúncia do acusado o convencimento acerca da materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, não se exigindo prova cabal como a necessária para alicerçar sentença condenatória proferida pelo Juiz singular. Isso se dá, em razão da pronúncia não ser mais que o juízo de admissibilidade da acusação, a ser apreciada com maior profundidade pelo Conselho de Sentença, juiz natural para o julgamento do mérito nos crimes dolosos contra a vida. (TJSC, Recurso em Sentido Estrito n. 0016075-03.2012.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Quinta Câmara Criminal, j. 23-11-2017)'. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Recurso em Sentido Estrito n. 0004438-93.2001.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 06-09-2018).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PEDIDO DE IMPRONÚNCIA. INACOLHIMENTO. MATERIALIDADE DEMONSTRADA NOS AUTOS. PRESENÇA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. DÚVIDA SOBRE O FATO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. PRONÚNCIA MANTIDA. - À UNANIMIDADE, NEGOU-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

1. A sentença de pronúncia impugnada deve ser mantida. A materialidade do crime está demonstrada nos autos e existem indícios suficientes da autoria. 2. **A tese suscitada pela defesa (negativa de autoria) só levaria à impronúncia do réu caso ausentes indícios de sua participação no crime**

descrito na denúncia, o que não se verifica. 3. Na fase de pronúncia, vigora o princípio do *in dubio pro societate,* devendo eventual dúvida quanto ao fato delituoso ser dirimida pelo conselho de sentença, que o juiz natural da causa. (TJPE, Recurso em Sentido Estrito 507062-80002603-71.2018.8.17.0000, Rel. Carlos Frederico Gonçalves de Moraes, 4ª Câmara Criminal, julgado em 25/09/2018, DJe 02/10/2018)

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ROUBO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. PLEITOS DE IMPRONÚNCIA. NÃO ACOLHIMENTO. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. MATÉRIA AFETA AO TRIBUNAL DO JÚRI. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. PRONÚNCIA MANTIDA. DECOTE DE QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. DÚVIDA. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO JÚRI. RECURSO NÃO PROVIDO.

- **Estando o Juiz convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, a lei prevê que deve ser proferida a decisão de pronúncia, por se tratar de mero juízo de admissibilidade, cujo único objetivo é submeter a acusada ao julgamento popular, tendo natureza meramente processual, não produzindo *res judicata***. - Na fase de pronúncia, a qualificadora só pode ser excluída quando se mostrar manifestamente improcedente e descabida, sem respaldo na prova dos autos. Nesta fase processual vige o princípio *in dubio pro societate*, segundo o qual eventuais incertezas decorrentes da prova se resolvem em favor da sociedade.- Recurso não provido. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0024.18.075221-4/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 31/10/2018, publicação da súmula em 08/11/2018)

Ante todo o exposto, o fato é que, existindo, como *in casu*, indícios suficientes em desfavor do acusado, mostrando-se o conjunto probatório controvertido, deve ser ele levado a julgamento.

Subsidiariamente, a recorrente defende a improcedência da pronúncia em relação à circunstância qualificadora do inciso I do § 2º do art. 121 do Código Penal.

Contudo, na hipótese dos autos, há lastro indiciário suficiente para indicar a possibilidade do delito ter sido motivado por um desejo de vingança, uma vez que, após o desentendimento inicial entre acusado e vítima, alegadamente por motivo de ciúmes de uma moça, o acusado se dirigiu à sua casa e voltou de posse de uma faca.

Tal cenário, pelo menos em tese, aponta para uma intenção do acusado de vingar-se da vítima pela situação anterior vivenciada, ainda que não tenha levado a cabo seu intento, caso se confirme a versão apresentada pelo recorrente em juízo.

Nessa perspectiva é que se fundamentou a sentença de pronúncia, *in verbis* (destaquei):

> Quanto à qualificadora indicada na denúncia, cumpre observar que, na pronúncia, somente é possível afastá-la quando for evidente sua inexistência, para resguardar a competência do Tribunal do Júri (...)
> E, no caso, a qualificação jurídica contida na denúncia em face das circunstâncias e dos fatos coaduna-se com o que foi apurado ao longo da instrução criminal. **Nesse sentido, restou apurado que houve um mero desentendimento entre o acusado e a vítima ALEXANDRE DE SOUSA SÁ, quando discutiram em uma festa por causa de ciúmes de uma moça. Segundo demonstrado nos autos, e afirmado pelo próprio réu, este teria saído de casa, e voltado de posse de uma faca, atacou as vítimas ALEXANDRE DE SOUSA SÁ e ANTONIO PINTO TAVARES JÚNIOR, o que atrai a qualificadora do artigo 121, § 2º, I, Código Penal** (...)

Frise-se, o ciúme não foi apontado como móvel do crime, mas como motivo para o primeiro desentendimento. A desavença ocorrida entre as partes durante a festa, portanto, é que é apontada como motivação para o crime, tendo em vista o retorno do acusado armado ao local dos fatos com o intento de "acertar as contas" com a vítima, conforme a versão da acusação.

Decerto, não se faz necessária prova patente das circunstâncias qualificadoras nesse particular momento processual, mas são suficientes os indícios presentes nos autos para a pronúncia do réu, posto que, como é sabido, a pronúncia se dá em situações em que seja possível a condenação futura e, estando tal viabilidade presente, deve a circunstância ser submetida ao crivo do Conselho de Sentença, a quem compete emitir juízo de valor acerca do conjunto das provas judiciais e decidir se há lastro probatório suficiente ou não para a caracterização da referida qualificadora.

É importante salientar o posicionamento jurisprudencial desta Corte, segundo o qual as circunstâncias qualificadoras só poderão ser afastadas na decisão de pronúncia quando forem manifestamente improcedentes, o que, como antes visto, não é a hipótese dos autos:

> **Súmula 03 – TJ/CE**: As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio *in dubio pro societate*.

Não sendo a hipótese dos autos, permanece desautorizada a subtração dessas questões da análise do Tribunal do Júri, devendo ser mantida a capitulação atribuída na decisão de pronúncia.

Ante todo o exposto e em consonância com o parecer ministerial, CONHEÇO do presente recurso em sentido estrito, porém, para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo a decisão de pronúncia em todos os seus termos para submeter o recorrente a julgamento pelo Tribunal do Júri.

É como voto.

Fortaleza, 5 de dezembro de 2018.

PROCESSO: 0175807-33.2016.8.06.0001 RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
RECORRENTE: JOHNATAN TIAGO SILVA DE ANDRADE
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. FRANCISCO MAURO FERREIRA LIBERATO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO DE PRONÚNCIA. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ART. 121, § 2.º, INCISOS II E IV, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CPB. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PERÍCIA INCONCLUSIVA. ACOLHIMENTO. MÉRITO: DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE HOMICÍDIO PARA LESÃO CORPORAL CULPOSA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. PREJUDICADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA ANULADA.

1. O recorrente defende a ausência do *animus necandi, o*u seja, a intenção deliberada de ceifar a vida das vítimas, alegando que os disparos foram acidentais, razão pela qual solicitou realização de uma perícia complementar com o envio da arma tipo pistola, marca TAURUS PT – 24/7, Cal. 40, apreendida nos autos, ao CAEx. - Centro de Avaliação do Exército.

2. O magistrado de primeiro, acolhendo o parecer do Ministério Público, no sentido que "os quesitos apresentados pela defesa já foram satisfatoriamente respondidos pelos auditores da PEFOCE no laudo pericial repousante às fls. 753/767", indeferiu o pedido de uma nova perícia.

3. O NUBAF – Núcleo de Balística Forense do Estado do Ceará afirmou, no referido laudo de fls. 753/767, que não dispõe de equipamento necessário para o exame de funcionamento mais acurado da aludida arma, deixando, portanto, de responder se a mesma é defeituosa e passível de realizar disparos acidentais.

4. De acordo com o art. 5.º inciso LV, da Constituição Federal, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

5. Considerando, pois, que o laudo pericial (fls. 753/767) é inconclusivo, não prestando os pertinentes esclarecimentos, resta configurado o cerceamento de defesa, na medida em que não oportunizado ao denunciado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes. Preliminar acolhida.

6. Recurso conhecido e provido. Sentença anulada.

ACÓRDÃO

ACORDAM os desembargadores integrantes da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do presente recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Relator.

Fortaleza, 21 de fevereiro de 2018

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por JOHNATAN TIAGO SILVA DE ANDRADE em face da sentença de

pronúncia (fls. 989/1013), prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza-CE, nos autos da ação penal n.º 0175807-33.2016.8.06.0001, cujo dispositivo abaixo se transcreve.

> "ISTO POSTO.
> Julgo admissível a acusação, pronunciando, decorrentemente o denunciado: Johnatan Tiago Silva de Andrade, como incurso nas penas do art. 121, § 2.º, incisos II e IV, c/c o art. 14, inciso II (relativamente à Vítima Bruno de Castro Francilino), e do art. 121, § 2.º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II (relativamente à Vítima Jaime Gomes da Silva Neto), todos do Código Penal Brasileiro, submetendo-o a julgamento pelo Colendo Tribunal Popular do Júri, o que faço com arrimo no art. 413 do citado diploma legal.
> Registre-se que permanecem incólumes os motivos ensejadores da decretação da custódia prévia do acriminado, notadamente a garantia da ordem pública.
> Ressalte-se, ainda, que o conceito de ordem pública, como bem escreveu Julio Fabbrini MIRABETE:
> "Não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão". (Processo Penal, Atlas, SP, 1993, 2ª ed., pág. 373).
> "É, porém, ilação lógica que, estando o réu preso preventivamente e persistindo os motivos que determinaram por necessidade ou conveniência o seu recolhimento provisório, não tem ele o direito à liberdade provisória justamente quando se decide que existem os elementos indispensáveis a seu julgamento pelo Tribunal de Júri." (Processo Penal, Atlas, SP, 1994, 3ª ed. pág. 469).
> Assim sendo, mantenho a prisão processual do pronunciado, decorrente de prisão preventiva, porque entendo subsistentes os motivos para a segregação cautelar do mesmo.
> Recomende-se na prisão onde se encontra.
> P.R.I."

Nas razões recursais (fls. 1139/1148), o recorrente suscita preliminar de cerceamento do direito de defesa, sob o argumento de que o MM. Juiz de Direito *a quo* indeferiu o pedido de nova perícia com o envio da arma

apreendida ao CAEX, apenas informando que a questão estava superada, a despeito de o acusado haver anexado aos autos vasta documentação provando que a pistola em questão era da mesma série defeituosa da fabricante TAURUS, que disparava acidentalmente.

Diz, ainda, que a ausência do laudo pericial definitivo, rende ensejo à decretação de nulidade dos atos processuais praticados, a teor dos arts. 158 c/c 564, III, b, do CPP, prova esta, indispensável para o deslinde do caso.

No mérito, pugna pela desclassificação do crime de homicídio tentado para lesão corporal culposa, alegando que:

1 – apesar de o recorrente ter confessado a autoria do fato, não há provas que autorizem a pronúncia do recorrente, pela ausência do *animus necandi*, ou seja, a intenção deliberada em ceifar as vidas das vítimas, isso porque o que ocorreu, *in casu*, foram disparos acidentais;

2 – de acordo com os depoimentos prestados durante a instrução processual, denotou-se que o recorrente foi espancado pelos seguranças do evento ao tentar defender o seu irmão, que já estava sendo agredido e que, após dito espancamento, o recorrente foi posto para fora do Terminal Marítimo, e novamente fora agredido na área externa, ocasião em que sacou de sua pistola, no único afã de dar voz de prisão aos seus agressores. No entanto, naquele instante, a pistola disparou acidentalmente contra a vítima Bruno de Castro, sem que, inclusive, houvesse o acionamento do gatilho;

3 – em relação ao segundo disparo, apurou-se que houve novamente um disparo durante uma luta corporal, também acidentalmente, tendo o gatilho sido acionado por engano por terceiro durante a contenda travada;

4 – a arma pertencente ao recorrente era uma pistola semiautomática TAURUS, de calibre 40, modelo PT 24/7 PRO, numeração de série SCP57539. Tal número de série está elencado dentre aqueles que apresentaram falhas com disparos acidentais;

5 – Consta nos autos (fl. 784) declaração do Subtenente da Polícia Militar Herbert Bastos Mesquita, que afirmou já ter disparado tal arma acidentalmente, ocasião em que se feriu gravemente;

6 – o segurança que estava na portaria no momento do primeiro disparo, e que teria conseguido tomar a pistola do recorrente, afirmou em seu depoimento que não sabe informar quem realmente efetuou este disparo, que pode ter sido realmente acidental, pois travou-se uma luta e eram vários seguranças em cima do acusado.

Assim, provada a manifesta inexistência de *animus necandi*, pede seja desclassificado o delito da imputação de homicídio tentado para lesão corporal culposa, tipificada no art. 129, §6º, do CP, como autorizam as normas insculpidas nos arts. 74, § 2º, 383, 418 e 419, todos do CPP.

Subsidiariamente, pede a exclusão das qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa das vítimas (art. 121, §2º, II e IV, c/c art. 14, II, do CP).

No que se refere à qualificadora do motivo fútil, alega que "há de se destacar que o recorrente encontra-se em luta corporal com as vítimas, de tal sorte, que ainda que se admita que ele teve *animus necandi,* ele tão somente agiu para proteger-se de real e iminentes agressões a sua integridade física e a de seu irmão" (fl. 1146).

Quanto ao recurso que dificulta ou torna impossível a defesa da vítima, diz que é de se afirmar que não existem elementos probatórios que atestem que as vítimas não se defenderam, pelo contrário, em suas próprias declarações, informam que reagiram ao ocorrido e sobreviveram, tratando-se de qualificadora manifestadamente improcedente.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 1177/1192, aduzindo sobre a preliminar que "a arma do crime foi periciada pelos auditores da PEFOCE no laudo pericial incerto às fls. 753/767, tendo os peritos concluído, especialmente no tocante à eficiência e ao teste de segurança da pistola, que os mecanismos da referida da arma funcionam normalmente (fls. 763/764). Assim, restam satisfatoriamente respondidos os quesitos relativos à possibilidade de disparo acidental da arma periciada no que concerne ao disparo sem o acionamento do gatilho. Portanto, restando a perícia solicitada pela Defesa junto ao CAEx absolutamente descabida, a sua ausência não configurando qualquer cerceamento da defesa".

No mérito, rebate a tese defensiva, pugnando pelo improvimento do recurso para confirmar a sentença em todos os seus termos.

Observando o rito previsto no art. 589 do CPP, segundo o qual "com a resposta do recorrido ou sem ela, será o recurso concluso ao juiz, que, dentro de dois dias, reformará ou sustentará o seu despacho", o MM. Juiz singular manteve a decisão de pronúncia. (fls. 1193/1203)

A douta Procuradoria Geral de Justiça igualmente se manifesta pelo improvimento do recurso, mantendo-se a decisão em todos os seus termos. (fls. 1228/1235)

É o relatório.

Feito que prescinde de revisão. Peço data para julgamento.

VOTO

Conheço do presente recurso, posto que preenchidas as condições de admissibilidade previstas em lei.

Como relatado, o recorrente suscita a preliminar de cerceamento do direito de defesa, por negativa de realização de nova perícia na arma usada nos disparos que culminaram com a suposta tentativa de homicídio.

E no mérito, requer a desclassificação do delito de homicídio tentado para o delito de lesão corporal culposa ou, subsidiariamente, o afastamento das qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima.

Narra a denúncia (fls. 01/07), recebida em 08.11.2016 (fl. 374):

> "[...] que "próximo das 04h40min do dia 12/10/2016, em meio ao evento de entretenimento "Garota White", no Terminal Marítimo de Passageiros (Praia Mansa), Distrito de Mucuripe, neste Município, Johnatan Tiago Silva de Andrade, manuseando arma de fogo (pistola - fls. 7), deflagrou os projéteis que não suprimiram as vidas de Bruno de Castro Francilino e Jaime Gomes da Silva Neto em face de circunstâncias alheias à sua vontade.
> Sequencia o feito noticiando que o denunciado, quando disposto em fila para a aquisição de bebidas, ao perceber

que circunstante tomara-lhe posição à frente ou, então, por divergências em face de disputa por uma cadeira ou, ainda, porque tentara identificar suposto policial que estaria prestando serviços de modo irregular ao referido evento, iniciou discussão que, mesmo a despeito da iniciativa de profissional de segurança que o afastou do local, permaneceu em postura exaltada que se prolongou, também não contida por seu irmão Alysson e um amigo. Daí, ao tentar, o denunciado, agredir Fagner (coordenador de segurança), outros acorreram e, dentre estes, a vítima Bruno de Castro o imobilizou e o conduziu em direção ao ambiente externo correspondente à entrada do local em que transcorriam as festividades.

Alcançado o espaço externo ao local do evento, defronte à portaria de entrada, foi liberado o Denunciado que, ato contínuo, manuseou a arma que portava para, com firme determinação, efetuar a deflagração do projétil que atingiu as costas da Vítima Bruno de Castro, não lhe suprimindo a vida ante as imediatas ações de Jaime Gomes da Silva Neto, bem como da testemunha Manoel Alexandre Barbosa, os quais lhe impediram que prosseguisse para consumar o propósito homicida segurando-lhe o braço. Da peleja visando contê-lo, mais uma Vítima: Jaime Gomes da Silva Neto que, atingido por projétil no abdômen, não prosseguiu também o Denunciado em seu desiderato visto que restou, de vez, fisicamente dominado e desarmado por outras pessoas que naquele recinto externo se encontravam.

Após perpetrar as descritas tentativas de homicídios, preso em flagrante delito e levado, inicialmente, para cuidados médicos na Unidade de Pronto Atendimento (UPA) do Bairro Praia do Futuro, não se fez de rogado o Denunciado: colheu a oportunidade para verbalizar ameaça contra o também policial militar Thiago Maia Soares (fls. 22/23).

[…]

Informa-se mais, por oportuno, que, no evoluir dos movimentos físicos visando conter o Ofensor, sobraram também lesionados o Denunciado (fls. 53), seu irmão Antony Alysson Silva de Andrade (fls. 41) e o porteiro Manoel Alexandre Barbosa (fls. 43).

Da preliminar.

Alega o recorrente cerceamento do direito de defesa, sob o argumento de que o MM. Juiz de Direito *a quo* indeferiu o pedido de nova perícia na arma tipo pistola marca TAURUS PT – 24/7, Cal. 40, apreendida nos autos.

Ad initio, cumpre ressaltar que a sentença de pronúncia tem caráter declaratório, devendo o julgador se limitar à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, sem adentrar no exame do mérito, consoante disposição do art. 413, § 1.º do CPP.

> "Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.
> § 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena."

Apreciar o mérito da ação penal ou proceder ao exame aprofundado das provas, decidindo pela procedência ou não da denúncia, cabe ao Conselho de Sentença, o qual tem competência exclusiva para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5.º, XXXVII, "d", da CF/88).

Registre-se, ainda, que nesta fase vigora o princípio do *in dubio pro societate*, pois a dúvida havida quanto aos fatos não beneficia o acusado, mas sim a sociedade, devendo ser dirimida pelo Tribunal do Júri.

Nesse sentido, eis precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO (TRIPLO). CONDUÇÃO DE VEÍCULO

AUTOMOTOR EM ALTA VELOCIDADE (RACHA) E SOB O EFEITO DE ÁLCOOL. DOLO EVENTUAL. DESCARACTERIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. RESTABELECIMENTO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA CONDUTA DOLOSA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DO ART. 308, § 2º, DO CTB COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 12.971/2014. QUESTÃO QUE DEVE SER SUSCITADA PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI, PORQUANTO IMBRICADA COM A TESE DE INEXISTÊNCIA DE DOLO EVENTUAL. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. APRECIAÇÃO DE TODAS AS TESES DEFENSIVAS. DESNECESSIDADE. QUALIFICADORA DO PERIGO COMUM QUE NÃO É MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **A decisão de pronúncia não revela juízo de mérito mas apenas de admissibilidade da acusação, direcionando o julgamento da causa para o Tribunal do Júri, órgão competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Para tanto, basta a demonstração da materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, conforme disciplina o art. 413 do Código de Processo Penal. Ao Juiz de origem cabe analisar apenas as dúvidas pertinentes à própria admissibilidade da acusação. As incertezas existentes sobre o mérito propriamente dito devem ser encaminhadas ao Júri, por ser este o Juiz natural da causa. É esse o contexto em que se revela o brocardo *in dubio pro societate*.**

[...]

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1320344/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO TENTADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. EXAME MERITÓRIO.

ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. **A sentença de pronúncia é de cunho declaratório, e encerra mero juízo de admissibilidade, não comportando exame aprofundado de provas ou juízo meritório.** 2. Havendo controvérsia acerca das circunstâncias em que o crime foi cometido, a fim de se esclarecer a existência da excludente de ilicitude da legítima defesa, compete ao Tribunal do Júri, juízo natural dos crimes dolosos contra a vida, o encargo de julgar o réu pronunciado, acatando ou não a tese da acusação. 3. A absolvição sumária, nos termos do art. 415 do Código de Processo Penal, somente pode ser reconhecida, por ocasião da admissibilidade da pronúncia, caso esteja cabalmente comprovada, à desdúvida, a ocorrência da excludente de ilicitude alegada, o que não ocorreu na espécie. 4. Recurso conhecido e improvido. (TJCE - Recurso em Sentido Estrito 0000632-62.2015.8.06.0000, Rel. Des. FRANCISCO MARTONIO PONTES DE VASCONCELOS, 2ª Câmara Criminal, registro em 19.07.2017)

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RÉ PRONUNCIADA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRETENSÃO DE IMPRONÚNCIA POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO FUNDADO NA EXISTÊNCIA DO CRIME E EM RAZOÁVEIS INDÍCIOS DE AUTORIA. DÚVIDAS A SEREM DIRIMIDAS PELO CONSELHO DE *SENTENÇA*. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. *RECURSO* CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO DE *PRONÚNCIA* MANTIDA.

1. O recorrente foi pronunciado pela prática do delito previsto no no Art. 121, §2º, incisos I e IV do Código Penal (homicídio qualificado pelo motivo torpe e dissimulação) e do Art. 1º, I, 'a' e §4º, II, da Lei nº 9455/97. No entanto, a defesa da acusada interpôs *Recurso* em *Sentido Estrito*, em cujas razões pugna pela despronúncia da mesma, sob o argumento da total ausência de elementos indiciários em seu desfavor. 2. **Na fase de *pronúncia*, julga-se apenas a admissibilidade da acusação, sem qualquer avaliação de mérito, sendo desnecessário o**

> **juízo de certeza imprescindível à condenação. Com efeito, basta que o juiz se convença da existência do crime e de indícios de autoria, prevalecendo sempre, nesta fase, o princípio do *in dubio pro societate***. 3. Afigura-se correta a sujeição da recorrente ao Tribunal do Júri, o que não expressa condenação por antecipação, mas admissibilidade da imputação lançada à acriminada, com base nos elementos de convicção coligidos no *sumário* da culpa, cabendo ao Conselho de *Sentença* do Júri, soberanamente, após ampla valoração probatória, decidir o destino da acriminada. 4. *Recurso* conhecido e não provido. Decisão de *pronúncia* mantida. (TJCE – Recurso em Sentido Estrito 0001782-38.2010.8.06.0167, Rel. Des. RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS, 3ª Câmara Criminal, registro em 22.08.2017)

No caso tem-se comprovada a materialidade pela juntada nos autos dos Exames de Corpo de Delito (lesão corporal) de Bruno de Castro Francelino - fls. 46; 172/174; 643 e de Jaime Gomes da Silva Neto - fls. 871/872; 911/940.

O recorrente, ao ser reinquirido, declarou que (fls. 77/80):

> "[…] que tudo transcorria normalmente; que o interrogando estava devidamente armado com pistola .40, que foi devidamente apreendida nos autos; que a pistola foi adquirida do Sgt Hebert; que o protocolo de transferência da referida arma é REQUERIMENTO N.º 07, LOTE 06, de 02/06/2014 – Coordenadoria de Apoio Logístico e Patrimônio; que o interrogando não ingeriu bebida alcoólica naquela noite; que as demais pessoas que o acompanhavam beberam; que o interrogando era o motorista, por isso não ingeriu bebida; que já se preparavam para ir embora, mas seu irmão disse que ia ao banheiro/ que como seu irmão estava demorando, o interrogando resolveu ir procurá-lo; que quando avistou seu irmão, ele estava cercado por três seguranças; que os seguranças diziam que seu irmão estava fazendo confusão; que o interrogando chegou perto e pegou um rapaz que parecia ser um segurança; que todos, inclusive esse rapaz estava de preto; que quando o interrogando pegou no braço desse rapaz, ele disse que era policial; que o interrogando disse que também era

policial; que o interrogando exibiu sua funcional e pediu para que esse rapaz que se dizia policial exibisse também a carteira; que esse rapaz foi saindo e disse aos demais seguranças que colocassem o interrogando e seu irmão Alysson para fora; que um dos seguranças que colocou o interrogando e seu irmão para fora, foi um dos que foi baleado; que o interrogando tentou ir atrás desse rapaz que se dizia policial, pois ele estava armado; que embora esse rapaz tivesse dito que era policial, o interrogando achou que era mentira, pois do contrário ele teria exibido a carteira funcional; que nesse momento, os seguranças seguraram o interrogando e seu irmão e os conduziram até um local recuado, ainda no interior da festa; que nesse local o interrogando e seu irmão foram agredidos por cerca de quatro seguranças; que as agressões duraram cerca de cinco minutos; que as agressões nesse primeiro momento foram na cabeça e no tórax e costas; que após as agressões o interrogando e seu irmão foram conduzidos para fora pelo segurança Bruno, este ao soltá-lo desferiu um murro em seu rosto que atingiu seu olho direito e ainda deu um chute em "sua bunda"; que após receber essas agressões, o interrogando saca sua pistola e vira para o segurança e diz: "ESTÁ PRESO!"; que Bruno corre e o interrogando corre atrás dele; que no meio do caminho uma pessoa tenta agarrar o interrogando nesse momento a arma dispara; que o interrogando não tinha a intenção de disparar a pistola; que indagado se estava com o dedo no gatilho, respondeu que pelo seu treinamento, quando saca a arma não é para estar com o dedo no gatilho; que indagado o que poderia ter acontecido para disparar, respondeu que não sabe; que essa pessoa que tentou agarrá-lo conseguiu lhe derrubar no chão e várias outras pularam em cima do interrogando; que durante a luta no chão, a arma disparou novamente; que o interrogando achou até que havia sido atingido; que em razão das agressões o interrogando desmaiou; que após essas agressões, lembra apenas de sua chegada no IJF; que pelo que lembra tinha 11 ou 12 munições, embora o carregador fosse para 15 munições; que pelo que lembra a arma disparou duas vezes acidentalmente; que nega que tenha ameaçado o SD Soares; que nega que tenha ameaçado algum dos seguranças; que tem uma outra arma em seu nome, uma pistola 380, mas foi extraviada em 2012,

registrou BO; que o interrogando acha que seu irmão também foi escoltado para fora por seguranças, mas não viu; que presenciou seu irmão ser agredido do lado de dentro da festa; que soube por seu irmão, já no IJF, que ele também havia sido espancado pelos seguranças do lado de fora; que seu irmão foi espancado, no momento que tentava defender o interrogando no momento de sua contenção/agressão (interrogando); que o interrogando acha que se seu amigo Rômulo não estivesse chegado e se identificado como policial e mandado cessar as agressões, o interrogando teria sido morto pelas pessoas que o agrediam; que indagado se reconheceu algum dos seguranças como sendo policiais, respondeu que se sente desconfortável para responder essa pergunta agora; que já respondeu Procedimento Administrativo Disciplinar – PAD e um Processo Criminal por desacato; […]; que quando deu voz de prisão ao segurança Bruno estava cerca de 1 metro de distância dele; […]; que se tivesse intenção de matar Bruno, o melhor momento seria quando deu voz de prisão, pois estava apenas 1 metro de distância; […]; que correu atrás de Bruno, pois queria prendê-lo, em razão das agressões sofridas anteriormente; [...]; que acha que a cápsula deflagrada que ficou presa no extrator da pistola, em razão de alguém no momento do disparo ter segurado a pistola com o intuito de tomá-la; […]; que o interrogando ficou sabendo, cerca de seis meses depois da compra que essa pistola apreendida, pertencia a um lote da Taurus que apresentava um defeito de fábrica que ocasionava disparos acidentais; […]; que sempre usa sua arma devidamente travada; que como tudo foi tão rápido não lembra de tê-la destravado; que após tomar ciência dessa reportagem, o interrogando procurou um "armeiro" do quartel para verificar a arma, este disse que não tinha defeito; que nunca antes desse fato, o interrogando teve qualquer problema com essa arma; que ouviu por terceiros que o antigo dono sofreu um acidente com essa arma."

Na audiência de custódia (termo à fl. 85), ratificou as declarações supra.

Insiste o acusado na ausência do *animus necandi, o*u seja, a intenção deliberada de ceifar a vida das vítimas, posto que os disparos foram acidentais, em razão de, segundo ele, a arma ser defeituosa.

O magistrado de primeiro, apenas acolhendo o parecer do Ministério Público, no sentido que "os quesitos apresentados pela defesa já foram satisfatoriamente respondidos pelos auditores da PEFOCE no laudo pericial repousante às fls. 753/767", indeferiu o pedido de uma nova perícia.

Data vênia, tenho que razão assiste ao acusado.

Isso porque, sobre o quesito: "É possível aferir se referido material (arma), encaminhada para exame, apresenta algum defeito crônico de disparo acidental (sem acionamento do gatilho)?", a perícia respondeu:

> " TESTE DE SEGURANÇA: Em face da solicitação contida nos ofícios n.º 1345/2016 e 1320/2016, os peritos limitaram-se a realizar o exame de eficiência na arma questionada, bem como verificar o seu mecanismo de segurança. Deste modo, realizou-se o supramencionado exame com a presente pistola, utilizando os 10 cartuchos encaminhados a este núcleo, tendo-se verificado que a mesma se encontra em condições de realizar tiros (funcionamento normal), sem qualquer deficiência assinalável, visto que foi observado ainda: percussão centralizada, extração adequada e abertura de ferrolho após o último tiro. Oportuno ressaltar que para realizar um exame de funcionamento mais acurado, o NUBAF (Núcleo de Balística Forense) não dispõe de equipamento necessário". (fls. 763/764)

Sobre o quesito: "Referido material pertence a algum lote que o fabricante TAURUS BRASIL, tenha solicitado ou realizado RECALL, por defeito de fabricação?", respondeu:

> "O Exército Brasileiro, por meio do sistema de fiscalização de produtos controlados (SisFPC) tem a função de autorizar e controlar a utilização dos produtos controlados (armas de fogo, inclusive). As armas de fogo são apresentadas como protótipos, os quais são avaliados pelo Centro de Avaliação do Exército (CAEx). Quando aprovados os protótipos, os produtos controlados deles originados não podem ser modificados sem a prévia autorização do CAEx. De acordo com o ofício n.º 4029, datado de 13/12/2016, da Diretoria de Fiscalização

> de Produtos Controlados do Comando Logístico de Exército Brasileiro, em uma inspeção na Empresa Forja Taurus foi apurada a existência de indícios de modificação do projeto da pistola modelo PT 24/7, com modificação na trava do gatilho e no tirante do gatilho, sem autorização do Comando Logístico do Exército. Diante do exposto, informamos que não dispomos de informações sobre Recall advindo da investigação acima citada, assim como a impossibilidade de realizar todos os exames elencados na NEB/T, E-267, os quais são realizados pelo CAEx a fim de aprovação dos protótipos de pistolas semiautomáticas, entre outros motivos pela falta de equipamento necessário para a realização de tais exames periciais". (fls. 765 e 758)

Como se observa, o próprio NUBAF – Núcleo de Balística Forense do Estado do Ceará afirmou que não dispõe de equipamento necessário para o exame de funcionamento mais acurado da pistola, marca TAURUS PT – 24/7, Cal. 40, oxidada, REG. N.º SCP57539 apreendida nos autos, deixando, portanto, de responder se a mesma é defeituosa e passível de realizar disparos acidentais.

Frise-se: a perícia apenas concluiu haver verificado que a arma "se encontra em condições de realizar tiros (funcionamento normal)", não que a mesma poderia apresentar defeito apto a realizar disparos acidentais.

De acordo com o art. 5.º inciso LV, da Constituição Federal, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Sobre o princípio do devido processo legal, NUCCI ensina:

> "O devido processo legal, portanto, possui dois importantes aspectos: o lado substantivo (material), de direito penal, e o lado procedimental (processual), de processo penal. No primeiro, como já demonstrado, encaixa-se o princípio da legalidade, basicamente, além dos demais princípios penais. **Quanto ao prisma processual, cria-se um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação**

> **de sanção. Eis o motivo pelo qual o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório,**o juiz natural e imparcial, a publicidade, entre outros, como forma de assegurar aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes". (Curso de direito penal: parte geral: arts. 1.º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 69) (grifei)

Ainda sobre a matéria, o mestre Renato Brasileiro de Lima diz que;

> "[…] o processo deve ser considerado um meio efetivo de realização da justiça, quer seja o direito disponível, quer seja indisponível. **A busca de um processo justo passa, inevitavelmente, pela presença de meios efetivos para que se atinja a maior aproximação da verdade"**. […]. Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade".(Manual de Processo Penal: volume único – 5. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 67/68)

Neste sentido, *mutatis mutantis*:

> PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA MÉDICA. OFENSA AO ART. 158 DO CPP. OCORRÊNCIA. EXAME PERICIAL. DELITO NÃO TRANSEUNTE. IMPRESCINDIBILIDADE. PLEITO FORMULADO OPORTUNAMENTE. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. ERRO MÉDICO. COMPLEXIDADE QUE RECOMENDA EXAME PERICIAL. NEXO DE CAUSALIDADE. QUESTÕES TÉCNICAS DE MEDICINA LEGAL. NECESSIDADE DE PERÍCIA. NULIDADE ABSOLUTA. ART. 564, III, "B", DO CPP. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. "À luz do sistema de direito positivo vigente, nas infrações penais intranseuntes, a constatação pericial de sua existência é condição de validade do processo da ação penal, admitindo a lei processual o exame de corpo de delito direto e indireto e mesmo, em havendo desaparecido os vestígios do crime, o suprimento da perícia pela prova testemunhal (Código de Processo Penal, artigo 564, inciso III, alínea 'b')". (HC 22.899/SC, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, DJ 23/06/2003) 2. **Como a necessidade do exame técnico decorre de expressa previsão em lei, o indeferimento do pleito defensivo pelo juiz de primeira instância configura manifesto cerceamento de defesa.**
3. As peculiaridades do caso concreto - imputação de homicídio culposo perpetrado por suposto erro médico - recomendam, em razão de sua complexidade, a realização de exame técnico pericial, a fim de se verificar a presença de algum dos elementos da culpa, imprudência, negligência ou imperícia, na conduta do profissional de medicina sobre o qual recai a acusação.
4. Em termos de imputação sobre suposto erro médico, a realização de exame pericial mostra-se especialmente necessária à aferição do nexo de causalidade entre a conduta perpetrada e o resultado lesivo ocorrido, já que a conclusão a ser alcançada perpassa necessariamente por questões técnicas, afetas exclusivamente ao ramo da medicina legal, que reclamam por respostas a serem dadas por *experts* no assunto.
5. Recurso especial provido. (REsp 1621950/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017)

PERÍCIA INCONCLUSIVA. QUESITOS NÃO RESPONDIDOS DE FORMA COMPLETA. CERCEAMENTO DE DEFESA - Recaindo sobre o Autor o ônus da prova e **considerando que o perito apresentou laudo inconclusivo, não prestando os necessários esclarecimentos, configurado o cerceamento de defesa, na medida em que obstaculizada a produção de prova essencial à apreciação da pretensão, ocasionando possível prejuízo**. Observe-se que o perito tem a obrigação de realizar os cálculos de forma completa, ainda que estes sejam complexos ou demandem o exame de muitos

> documentos. O que não pode é apresentar laudo inconclusivo, porque o laudo inconclusivo não faz prova contra o Autor ou contra a Ré, trata-se, na verdade, de uma não-prova. (TRT1 – Recurso Ordinário 01349004720075010057, Rela. Desa. Giselle Bondim Lopes Ribeiro, Sétima Turma DJ.2014-05-23).

Importa registrar que o acusado acostou aos autos cópias de laudos periciais de pistolas da fabricante Taurus, dentre eles sobre o modelo PT – 24/7, que disparam acidentalmente. (ver fls. 793/854)

E mais, ele próprio é quem requer a realização da perícia, arcando, portanto, com os ônus da demora, inclusive, com o tempo de prisão, acaso ainda permaneça neste estado.

Considerando, pois, que o laudo pericial (fls. 753/767) é inconclusivo, não prestando os pertinentes esclarecimentos, resta configurado o cerceamento de defesa, na medida em que não oportunizado ao denunciado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.

Isto posto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para declarar nula a sentença, determinando o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento, possibilitando-se, assim, a realização de nova perícia nos termos postulados pelo recorrente.

Com isso, dou por prejudicada a análise meritória.

É como voto

Fortaleza, 21 de fevereiro de 2018.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÂO CÍVEL

Concurso público – médico – IJF – prova de títulos – caráter classificatório – pontuação – modificação via judicial – impossibilidade – subjetivismo administrativo – ausência de ilegalidade – isonomia preservada... 183/184.

Concurso público – nomeação de candidatos fora da ordem de aprovação – improbidade administrativa presente – conhecimento efetivo do agente ímprobo – violação à licitude do certame – existência do dolo genérico..... 112/115.

Concurso público – prova de títulos – cômputo de experiência profissional – exigência de documentação emitida por órgão público – comprovação por declaração expedida por cooperativa de trabalho – descumprimento de norma editalícia..... 144/145.

Contrato de compra e venda – ação de consignação – quitação do preço – prescrição inexistente – ausência da condição jurídica de terceiro – empresa apelante na condição de sucessora a título singular – violação da boa fé objetiva..... 169/170.

Desapropriação – arguição de direito de extensão pelos expropriados – acolhimento das delimitações do laudo pericial inicial – perda do momento processual – preclusão consumativa..... 15/22.

Improbidade administrativa – não repasse dos valores consignados a título de ISS ao Fundo Geral do Município – não demonstração – ausência de enriquecimento ilícito, dano ao erário e dolo – sentença cassada..... 58/60.

Previdenciário – auxílio-doença decorrente de acidente de trabalho – competência da justiça comum estadual - laudo comprobatório da incapacidade definitiva parcial – possibilidade de reabilitação – benefício devido – autarquia federal – isenta do pagamento das despesas processuais ..... 96/98.

Servidora pública aposentada – percepção de pensão por morte – teto constitucional – art. 37, XI, da C.F./88 – incidência sobre cada um dos benefícios em separado – interpretação lógico-sistemática do comando constitucional..... 198/199.

Suicídio de detento – dever do Estado zelar pela integridade física e moral dos presos – art. 5º, XLIX, C.F. - responsabilidade objetiva do Estado – dano moral caracterizado – pensão mensal aos filhos da vítima..... 75/77.

Vestibular – aprovação antes da conclusão do ensino médio – pedido de realização de exame supletivo para viabilizar matrícula – Lei de Diretrizes e Bases da Educação – impossibilidade..... 154/156.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Saúde pública – infertilidade – tratamento custeado pelo poder público municipal – fertilização *in vitro* - planejamento familiar não incluso no âmbito da proteção ao direito fundamental à saúde – Súmula 45 do TJCe – inaplicabilidade..... 211/213.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Cooperativa que opera plano de saúde – exigência de seleção pública – estatuto social – inexistência de abusividade, arbitrariedade e tratamento discriminatório – impossibilidade do Poder Judiciário de intervir no funcionamento das cooperativas, sob pena de ferimento dos princípios constitucionais da autonomia deliberativa, da não intervenção estatal e da livre iniciativa..... 229.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Estupro de vulnerável – pretensão absolutória – improvimento – declarações da vítima em acordo com demais elementos de provas dos autos – comprovação da materialidade e da autoria do crime ..... 426/427.

Extorsão qualificada na forma tentada – materialidade e autoria comprovadas – depoimentos firmes e coesos da vítima corroborados pelo testemunho policial – validade..... 475/476.

Homicídio consumado e tentado – absolvição – princípio da soberania dos veredictos – conselho de sentença – existência de versões plausíveis nos autos – opção por uma das versões – pleito ministerial pela anulação do julgamento – impossibilidade – aplicação do enunciado da Súmula 6 do TJCe..... 488.

Homicídio qualificado – julgamento manifestamente contrário à prova dos autos – ocorrência – ausência de comprovação da autoria delitiva – negativa de autoria no interrogatório judicial e pelas testemunhas ouvidas ... 375/376.

Homicídio qualificado – motivo fútil e recurso que dificulte ou impossibilite a defesa do ofendido – alegação de nulidade por ausência de intimação da denúncia – descabimento – ausência de manifesta contrariedade entre a decisão do conselho de sentença e as provas dos autos..... 399/401.

Incêndio majorado – pleito de desclassificação para a modalidade culposa – impossibilidade – apelante agiu com dolo eventual – manutenção da agravante do abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher..... 380/384.

Roubo majorado – materialidade e autoria – comprovação – prova testemunhal e confissão do corréu – prescrição retroativa – inocorrência – maioridade comprovada.....483.

Tráfico de drogas – pleito de desclassificação da conduta – impossibilidade – evidências do flagrante e da confissão do acriminado – intenção de repasse do entorpecente a terceiro.....437.

Tráfico ilícito de entorpecente – pleito de redução da pena-base – procedência – exclusão de vetorial relacionada aos antecedentes indevidamente valorada – aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2003 – impossibilidade.....441/444.

HABEAS CORPUS

Homicídio qualificado, tráfico de drogas e associação para o tráfico – tese de ausência de vagas em estabelecimento penal adequado – regime semiaberto – Súmula 56, do STF – desprovimento – existência de instituição compatível – situação pessoal que não justifica concessão da pretensão – recidiva delituosa, condenações por delitos hediondos e equiparados.....512/514.

Roubo majorado – concurso de pessoas – prisão preventiva – substituição por medidas cautelares – paciente que ostenta condições pessoais favoráveis – réu primário, bons antecedentes, endereço fixo e ocupação lícita - inexistência de risco à ordem pública – concessão.....497.

Tráfico de drogas – prisão preventiva – decreto carente de fundamentação idônea – pequena quantidade de droga apreendida – paciente detentor de condições subjetivas favoráveis – medidas cautelares alternativas – suficiência e adequação.....503/504.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Dupla tentativa de homicídio qualificado – pronúncia – desclassificação para lesão corporal culposa – ausência do *animus necandi* – laudo pericial inconclusivo – acolhimento – sentença anulada.....553/554.

Homicídio qualificado e tentativa qualificada – pronúncia – nulidade – inocorrência – peça acusatória que de forma sucinta descreveu a conduta do agente – implícita presença da circunstância qualificadora da surpresa – *emendatio libelli* – corrigenda da acusação – alegação de malferimento à norma processual e constitucional – improcedência .....531/532.

Homicídio qualificado tentado – motivo torpe – pronúncia – indicação da materialidade e de indícios de autoria – tese da excludente de ilicitude da legítima defesa – improcedência – conjunto probatório controverso – *in dubio pro societate* - mero juízo de admissibilidade – competência do Tribunal do Júri .....538.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Formato	17 x 24 cm
Tipologia	Minion Pro 9/11
Papel	Sulfite Alta Alvura 75 g/m² (miolo)
	Supremo 250 g/m² (capa)
Número de Páginas	575
Impressão	Coordenadoria de Apoio Operacional
	Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Data	Junho 2019

ISSN 2175-0874