



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ**

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 56 - 2017
Outubro / Dezembro

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.56, p. 1 - 551, 2017

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 56.2017

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

Des. Carlos Alberto Mendes Forte

Des. Paulo Airton Albuquerque Filho

Suplentes

Des. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos

Expediente Coordenação

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte

Conselho Editorial

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte - Presidente

Des. Durval Aires Filho

Desa. Lira Ramos de Oliveira

Dr. Emílio de Medeiros Viana

Dra. Joriza Magalhães Pinheiro

Normalização

Divisão de Biblioteca do Departamento de Gestão de Documentos do TJCE

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

Revisão

Conselho Editorial

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. FRANCISCO GLADYSON PONTES
PRESIDENTE

DES. WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAÚJO
VICE-PRESIDENTE

DES. FRANCISCO DARIVAL BESERRA PRIMO
CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA

TRIBUNAL PLENO

Des. Francisco Gladysson Pontes - 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. Francisco Pedrosa Teixeira
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Des. Francisco Gomes de Moura
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Desa. Maria Vilalba 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. Helena Lúcia Soares
Desa. Lúcia 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
Dra. Marlúcia de Araújo Bezerra - Juíza Convocada
Dr. Antônio Pádua Silva - Juiz Convocado
Dr. Henrique Jorge Holanda Silveira - Juiz Convocado
Dra. Rosilene Ferreira Tabosa Facundo - Juíza Convocada
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão - Secretário

ÓRGÃO ESPECIAL

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

Des. Francisco Gladysson Pontes - 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. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des. Raimundo Nonato Silva Santos
Des. Mário Parente Teófilo Neto
Des. José Tarcílio Souza da Silva
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
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
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
Dr. Henrique Jorge Holanda Silveira - Juiz Convocado
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 - Presidente
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
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)

Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira- 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
Dr. Henrique Jorge Holanda Silveira - Juiz Convocado
Dr. Abelardo Rodrigues Cavalcante - Secretário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

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

Des. Francisco Pedrosa Teixeira
Desa. Vera Lúcia Correia Lima - Presidente
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Des. Francisco Gomes de Moura
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Desa. Helena Lúcia Soares
Desa. Lira Ramos de Oliveira
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Dra. Marlúcia de Araújo Bezerra - Juíza Convocada
Dra. Rosilene Ferreira Tabosa Facundo - Juíza Convocada
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão - Secretário

1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

(Reuniões às quartas-feiras com início às 13h30min)

Des. Francisco Pedrosa Teixeira
Desa. Vera Lúcia Correia Lima - Presidente
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Dra. Rosilene Ferreira Tabosa Facundo - Juíza Convocada
Dra. Lia Karam Soares - Secretária

2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

(Reuniões às quartas-feiras com início às 08h30min)

Des. Carlos Alberto Mendes Forte - Presidente
Des. Teodoro Silva Santos
Des. Francisco Gomes de Moura
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Dra. Daniela da Silva Clementino - Secretária

3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

(Reuniões às quartas-feiras com início às 08h30min)

Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto do Amaral - Presidente
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Lira Ramos de Oliveira
Dra. Marlúcia de Araújo Bezerra - Juíza Convocada
Dr. Bruno Pinheiro Jucá - Secretário

4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

(Reuniões às terças-feiras com início às 08h30min)

Des. Durval Aires Filho - Presidente
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Desa. Helena Lúcia Soares
Dra. Kátia Cilene Teixeira - Secretária

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
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Des. Raimundo Nonato Silva Santos
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
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato
Dr. Antônio Pádua Silva - Juiz Convocado
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão - Secretário

1ª CÂMARA CRIMINAL

(Reuniões às terças-feiras com início às 13h30min)

Desa. Maria Edna Martins- Presidente
Des. Mário Parente Teófilo Neto
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães
Des. Francisco Carneiro Lima
Dr. Emanuel Andrade Linhares - Secretário

2ª CÂMARA CRIMINAL

(Reuniões às quartas-feiras com início às 13h30min)

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo- Presidente

Desa. Francisca Adelineide Viana

Des. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos

Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato

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. Carlos Rodrigues Feitosa

Des. Raimundo Nonato Silva Santos

Des. José Tarcílio Souza da Silva

Dr. Antônio Pádua Silva - Juiz Convocado

Dr. José Welligton de Oliveira Lobo - Secretário

SUMÁRIO

DOCTRINA

Código Velho <i>Versus</i> Código do Futuro: Viva o Código Novo?	13/24
<i>Francisco de Assis Filgueira Mendes</i>	

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Apelação Cível	29/289
Agravo de Instrumento	293/383

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Apelação Crime	389/481
Habeas Corpus	485/545
Índice Alfabético	546/551

DOCTRINA

CÓDIGO VELHO VERSUS CÓDIGO DO FUTURO: VIVA O CÓDIGO NOVO?

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes¹

Similitudes entre a Coca-Cola e o Novo Código de Processo Civil

Embora o título seja bizarro, não se tem aqui a intenção de analisar o conteúdo da bebida reconhecidamente borbulhante, efervescente e gasosa. Reconhecemos que o Novo Código de Processo Civil esteja num foco principal nos comentários, debates e livros que se enfileiram publicados por nossas editoras, abordando a Nova Sistemática Processual Civil, fato que coincidiria com a efervescência de ideias borbulhantes. Nossa intenção é outra: rememorar o ano de 1927 (ou 1928, cronologia ainda em dúvida pelos historiadores), quando Fernando Pessoa, o grande poeta luso, foi contactado por Manoel Martins da Hora, amigo do escritor, para escrever o slogan para o lançamento da Coca-Cola em Portugal, pois Pessoa era publicitário e trabalhava para a agência *J. Walter Thompson*, tendo sido aceito o encargo, e produzida a seguinte frase: “Primeiro estranha-se, depois entranha-se”.

A genialidade do poeta não conseguiu sensibilizar o governo totalitarista de Salazar, que continuou vetando a comercialização do refrigerante sob alegar que trazia, subliminarmente, uma propaganda da cocaína. O veto permaneceu até 1977, quando da Revolução do Cravo, a qual derrubou a aludida proibição do ditador, bem como o próprio governante.

Chega o Novo Código de Processo Civil com o mesmo mistério envolvente que, de antanho, fazia-se da Coca-Cola, restando aos operadores e estudiosos do Direito Processual Civil a certeza do inusitado, das mudanças, das alterações. Iniciaríamos a nossa digressão relembando a frase lapidar de Giuseppe Chiovenda, gravada no frontispício da Exposição de Motivos da Codificação Processual vigente, “Revisão ou Código Novo?”, que soou

1 Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e membro efetivo do Instituto Paranaense de Direito Processual.

como admonição do venerando mestre italiano para o surto de mudanças no sistema legiferante do mundo: “*Convien decidere a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso.*”

Tal advertência representativa da mais alta sabedoria do genial processualista italiano, vanguardeiro da autonomia da ação, conceituando a ação no sistema de direitos, em prédica famosa da *prolusione* proferida na universidade de Bolonha, em 03 de fevereiro de 1903, contém em si a significação e a importância de uma codificação como monumento cultural de um povo e de uma civilização.

Muitas das vezes, a elaboração de uma nova codificação poderá representar uma atitude iconoclástica, retrocessiva dos estágios alcançados pela sociedade, ou um avanço demasiadamente grande quando não fundante com os valores e princípios vigentes em certa e determinada época, informativos da chegada de uma nova cultura, impactante com os valores remanescentes do antigo sistema, infenso ainda a receber a carga alterativa, o que levou o jovem processualista Eduardo José da Fonseca Costa a afirmar que a multiplicidade de reformas pontuais do texto atual do Código de Processo Civil levaria à indubitável cogitação da desnecessidade de um novo Código, arrematando o seu pensamento com a irônica afirmação de “tristes trópicos”.

Na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 166/2010, o Min. Luiz Fux, presidente da comissão de notáveis, constituída por Tereza de Arruda Alvim Wambier, Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cesar Pinheiro, fez anunciar a nova sistemática proposta como instrumento de harmonização da lei ordinária em relação à Constituição Federal, com a inclusão de princípios constitucionais no texto, os quais, até então, só eram invocados pelos operadores.

Como a nação brasileira teve seu primeiro código há 76 anos atrás, ou seja, em 1939, o que demonstra a incipiência de nossa formação cultural processual, mister se faz anúncio da breve história do processo civil brasileiro, desde as Ordenações do Reino, os Alvarás Régios e o Regulamento

nº 737, momento em que o único labor científico jurídico era resumido na acomodação da doutrina portuguesa ao foro brasileiro. Os livros que melhor retratam tal situação são os seguintes: “Doutrina das Ações”, de José Homem Corrêa Telles, “Primeiras Linhas sobre Processo Civil”, de Joaquim José Caetano Pereira e Souza, e Tratado dos Testamentos e Sucessões, de Antônio Joaquim de Gouvêa Pinto.

Notações históricas, jurídicas e analíticas das codificações processuais brasileiras

Vem-me à lembrança o sábio dizer do grande processualista baiano de berço e nacionalmente consagrado J. J. Calmon de Passos quando se referia à crise do ensino jurídico brasileiro, ao imputar a deficiência de nossas academias ao tentar ensinar o direito, quando o correto seria ensinar o alunato a pensar o direito. Colhe à fiveleta tal ensinamento quando vivenciamos o momento atual: um Código Processual Civil vigente, Lei nº 5.869/1973, e outro, em *vacatio legis*, Lei nº 13.105/2015, com vigência prevista para 17 de março de 2016.

De necessário saber é a afirmação da importância de uma codificação processual civil no cenário jurídico nacional, fazendo o registro histórico, sociológico e jurídico dos diplomas legais então vigorantes e a lei do porvir, com uma visão analítica de seus pontos fundamentais. Conhecer do avanço ao retrocesso da legislação importa na percepção da história das codificações e de suas representações no estágio evolutivo do Processo Civil como ciência.

Com a Proclamação da República e a implantação de uma Constituição aos moldes americanos, com autonomia dos entes federativos, surgem os códigos provinciais, ainda copiados na tradição imanentista, momento só rompido em 1939 com a primeira codificação unitária do Brasil.

Do imanentismo então vigente, da relevância da norma jurídica do direito material como pretensa condutora exclusiva da faculdade de agir (o ser existencial de provocação jurisdicional), até os albores da autonomia do processo, em que a norma processual emerge como preceito autárquico e inviolável, projeta-se a nossa mirada, que tem também o caráter de breve história do direito processual, nos sistemas processuais que seguiram.

São, portanto, características marcantes da fase imanentista:

- 1ª) a ausência de autonomia científica do processo civil, ligado que estava, como apêndice, ao Direito Civil;
- 2ª) o apego exagerado ao aspecto externo do processo, que é o procedimento;
- 3ª) O imanentismo entre a ação e o direito material, como consequência de uma visão privatista do Processo Civil, que não permitia enxergar a diferença entre direitos e exercício de direitos, e entre direito de ação, como provocação da tutela jurisdicional, e direito subjetivo, como o resultado da conjugação dos vetores fático e normativo.

Com os trabalhos de Bernhard Windscheid, de Theodor Muther e de Oskar von Bülow surgiu a polêmica da ação, lançando as bases para o surgimento do Direito Processual Civil com objeto e método próprios. Merece relevo a obra de Oskar von Bülow, através de sua teoria do processo como relação jurídica e dos pressupostos processuais, permitindo ainda o surgimento da concepção autonomista do direito de ação em face do direito material, a partir da ideia de uma ação declaratória como figura especial de tutela jurídica, bem importante se faz a citação do estudo que sobre ela faria Adolph Wach em sua famosa e sempre citada monografia, “A Pretensão de Declaração”, publicada em 1888.

Durante a década de 1930, o contexto político-histórico era premente pela centralização legislativa, inclusive quanto ao Processo Civil, na medida em que ascendia a política centralizadora do governo de Getúlio Vargas. A promulgação da Constituição de 1934 restabeleceu a unidade do Direito Processual, conferindo à União a competência privativa nessa matéria.

Apesar da nomeação, pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, de uma comissão de juristas, constituída pelos Desembargadores Edgar Costa, Álvaro Belford e Goulart de Oliveira, e pelos advogados Álvaro Mendes Pimentel, Múcio Continentino e Pedro Batista Martins, foi o projeto pessoal deste último advogado o aceito pelo citado Ministro.

As influências europeias nesse momento da história processual brasileira foram enormes, podendo ser citadas: a doutrina processual do Código Austríaco de 1895, o Projeto Chiovenda de 1919 e o Código Português

de 1926. Não são de olvidar-se, outrossim, as influências marcantes das antigas Ordenações Portuguesas, as quais se perpetuaram no Direito brasileiro, mantendo intactos vários institutos típicos do direito comum europeu.

Com visos a compreender as influências que culminaram no primeiro Código de Processo Civil brasileiro, faz-se mister voltar nossa mirada para quatro personagens europeias, quase sejam: o português José Alberto dos Reis, o italiano Giuseppe Chiovenda e os austríacos Franz Klein e Anton Menger. A obra deste último autor teria sido a base para o pensamento de Klein e Chiovenda. Perfilhava Menger que a materialização das reivindicações proletárias tinham por meio a reforma gradual da legislação, criticando o sistema processual vigente, o qual dependia de constantes impulsos, mesmo após deflagrado o litígio, situação que favoreceria às classes mais ricas.

Na perspectiva de Klein, a qual rompia com a visão jurídico-liberal, o processo, ao lado dos interesses privados, deveria também satisfazer os valores sociais caros ao interesse comum. A consequência prática desse viés foi o aumento dos poderes dos órgãos judiciais, a exemplo da possibilidade de o juiz instruir as partes ignorantes do direito ou carentes de causídicos, aconselhando-as sobre as consequências jurídicas de seus atos ou suas omissões.

Já Chiovenda defendia uma maior proatividade do juiz, em contraposição à passividade então reinante, na medida em que o Estado, embora não interessado no objeto da lide, deveria se preocupar em como esta se desenvolveria. Uma diversificação dos poderes do juiz estaria estritamente conectada com os princípios da oralidade e da concentração, podendo ser dados como exemplos as faculdades de fixação de audiência, de rejeição de demandas tardiamente propostas, de execução de ofício das provas admitidas, de citação de ofício das testemunhas indicadas, etc.

Na mesma esteira dos juristas já mencionados, José Alberto dos Reis contrapunha as ideias de juiz inerte e de juiz ativo, cabendo a este uma resposta final ao litígio, a qual, por ser rápida, não deixasse de ser justa. Outra dicotomia preconizada pelo autor português era a diferença entre poderes de inspeção e poderes de promoção do magistrado. Os poderes de inspeção permitiriam ao juiz chamar a atenção das partes para quaisquer deficiências, irregularidades ou vícios que pudessem ser corrigidos. Já em

face dos poderes de promoção, o juiz poderia ordenar exames, vistorias e avaliações, além de, em geral, remover todos os obstáculos ao seguimento do processo.

O que se experimentou, em síntese, foi a substituição do sistema tradicional do processo, de concepção privatística, pelo sistema moderno, em que se preconiza a concepção publicística.

O Código de Processo Civil de 1939, que foi promulgado com 1.052 artigos, dividia-se em 10 (dez) livros. Essa divisão era imperfeita e assistemática, pois, dentro de um mesmo rótulo, reunia procedimentos completamente diversos entre si, não só quanto à estrutura procedimental, como quanto à natureza da causa. A metodologia eleita pelo legislador de 1939 para estabelecer a estrutura e o sistema da codificação não foi a melhor, porque agrupava, em mais de uma sede procedimental, causas de natureza e procedimento heterogêneos como se homogêneos fossem. Haja vista, v.g., o Livro V, que se ocupava dos pelo legislador chamados “Processo Acessórios”, sede na qual, além da impropriedade terminológica do título, reunia ações cautelares com procedimentos que não tinham natureza cautelar, como eram a restauração dos autos (art. 776), os embargos de terceiro (art. 707), etc. Após 34 anos de estudos e debates, e já consistente a doutrina processual brasileira, representada pela Escola Processual de São Paulo, sob os auspícios dos ensinamentos de Enrico Tullio Liebman, surge o Código de 1973 (Lei nº 5.869/1973), em plena fase de predominância do direito de ação e da autonomia do processo, dividido em cinco livros e contendo 1.220 artigos, melhor sistematizado, dando relevância ao processo cautelar, mormente ao poder cautelar geral do juiz, sem descurar-se da mais valia processual, do poder instrutório geral do juiz (*vide* art. 131 do CPC).

A segunda codificação histórica é a do atual código, em que se apresenta um avanço científico, com uma melhor sistematização das matérias, marcando uma ruptura com o imanentismo, proporcionando a cisão do direito material com as normas processuais. Veio a lume o Código de Processo Civil de 1973 devido ao projeto apresentado pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, sobrenome que serviu de epíteto ao novo diploma legal.

O Código Buzaid, apesar de não ter abandonado completamente a concepção publicística do processo, pôs o Processo Civil brasileiro na linha

do processualismo, linha de pensamento prevalecente na primeira metade do século XX na Europa, de forma mais visível na pátria italiana. A ideologia jurídica que dominou esse período tinha encontrado respaldo nas grandes obras sistemáticas, com a elaboração de princípios e categorias dotadas de intrínseca validade conceitual, como a jurisdição, a ação, a coisa julgada, etc. Tais conceituações desfrutavam de uma aparente neutralidade, pois, na verdade, correspondiam plenamente à ideologia conservadora dentro da qual a ciência jurídica tinha fundado seus princípios informadores. O entreguerras foi marcado por um substancial fechamento cultural e ideológico aos problemas sociais da justiça, caracterizando um retrocesso no progresso social e civil.

Ao contrário do Código de Processo Civil de 1939, que apostava no caráter público e social do processo, o Código de 1973 está centrado na técnica e na neutralidade científica, em suma, na indiferença social que bem se amoldava aos valores liberais que encamparam a teoria do processo como relação jurídica, perspectiva própria de um projeto histórico de neutralidade social. Apesar da manutenção do processo oral no Código Buzaid, a ênfase não era mais no acento dos poderes do juiz, o que não era de se estranhar, pois, ao lado da supressão da vitaliciedade, inamovibilidade ou estabilidade dos juízes, o papel do Poder Judiciário também passava a ser secundário, ficando todo o relevo no Executivo.

Mesmo com os avanços científicos e técnicos, os fatos sociais foram mais céleres, e o Código de Processo Civil de 1973 passou a ficar anacrônico e obsoleto, urgenciando medidas reformistas que foram alcançadas através de mudanças pontuais comandadas pela Escola Nacional da Magistratura e pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Alterou-se a citação, que por regra passou a ser feita via postal, surgiu a tutela antecipatória do art. 273, rompendo a tradição romano-germânica da cognição exauriente, estabeleceu-se novas regras do procedimento executivo, modificaram-se as modalidades do agravo, criou-se a ação monitória, renovou-se a matéria de perícia judicial, dentre outras alterações.

Por certo, cabe, neste momento, o registro da onda reformista que continua, pelo visto, a pleno vapor, merecendo tópica crítica, ao passo que,

ultrapassando certos limites, joga-se desenfreadamente à busca da efetividade, trazendo prejuízos sensíveis, e indevidos, à segurança jurídica – entendida como maior certeza do direito a ser reconhecido judicialmente. Nesse contexto, vale a citação explícita, plenamente consoante com o processualista Luiz Guilherme Marinoni, ao assentar que “é equivocado pensar que reformas processuais possam, apenas por si, tornar a tutela jurisdicional efetiva e o processo justo”².

O Novo Código

Indiscutível influência de Enrico Tullio Liebman, o fundador da Escola Processual de São Paulo, cujos ensinamentos, nas saborosas tertúlias jurídico-processuais, realizadas aos sábados em sua residência, em muito contribuíram para uma exegese do Código de 1939, gerando processualistas de última fornada, que se tornaram obreiros da grande obra do Código Processual de 1973.

Na ampulheta do tempo, a celeridade das mudanças sociais impôs, necessariamente, alteração da Codificação Processual então vigente, com o fito de adequá-la às necessidades da nova conjuntura. Daí as reformas básicas e fundamentais no Diploma de 1973, tendo como modificação mais relevante a mitigação da cognição exauriente, criando tutelas diferenciadas de cognição provisória e sumária, a exemplo das antecipatórias e das cautelares, prenunciando o pensamento de Andrea Proto Pisani, em que se evidencia o gênero das cautelares com as espécies de tutelas de evidência e de tutelas conservativas, como se vê abaixo:

Provvedimenti d’urgenza:

- a) provvedimenti cautelari conservativi della situazione di fatti e di diritto su cui devesse incidere la futura sentenza;
- b) provvedimenti cautelari anticipatori della soddisfazione del diritto.³

2 MARINONI, Luiz Guilherme. Ideias para um renovado direito processual. In Bases científicas para um renovado direito processual. 2ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2009, p. 125.

3 PROTO PISANI, Andrea. *La nuova disciplina del processo civile*, Ed. Jovene: Napoli, 1991, p. 308.

A Nova Codificação Processual Civil nasce com o caráter publicista dos Códigos de 1939 e de 1973, motivando críticas dos processualistas de vanguarda, que idealizavam um Código liberal, mais afeiçoado ao modelo desenhado e insinuado pela Constituição de 1988, e que, não se corporificando, teria transformado o Novo Código em um mero rearranjo do Código Buzaid, sem criação de novo paradigma, do que se exemplifica com opinião de Glauco Gumerato, o qual esperava uma codificação liberal e garantista, tal qual a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha. Sem querer criar polêmica com os ativistas críticos, entendemos que os grandes paradigmas da nova codificação se constituem na relevância do precedente judicial, no estabelecimento do devido processo legal com a imposição do contraditório, obrigatório até nas questões de ordem pública, e na introdução da mediação e da conciliação como instrumentos vestibulares da deflagração processual.

As alterações contidas no Novo Sistema são prevaletentes na cooperação subjetiva do processo, espraiando-se pela cooperação nacional e internacional. Estabelece-se a competência de foros, unificando as tutelas de evidência e de segurança, com a assimilação do sistema de precedentes, o que viabiliza a segurança e a certeza do direito, em harmonia com o princípio da previsibilidade das decisões judiciais, com enfoque especial na excelência do contraditório acima mencionada; eliminam-se os incidentes excepcionais, redirecionando-os para a simples petição avulsa nos autos do processo ou manifestação da matéria em sede de contestação; caracteriza-se e institucionaliza-se a conexão de prejudicialidade; alteram-se as causas de modificação de competência; reduz-se a ação anulatória, explicitando-se seu alcance somente aos atos das partes; dá-se nova forma à tábua recursal vigente, incluindo-se o antigo agravo interno regimental e excluindo-se os embargos infringentes do julgado; conserva-se o duplo efeito genérico dos recursos; exclui-se a preclusão dos incidentes resolvidos no curso do processo, devendo estes serem suscitados na azo apelatório, destinação restrita do agravo de instrumento; admitem-se os embargos de declaração com possibilidade alternativa ou modificativa. Ademais, com a intangibilidade da coisa julgada, em conformidade com o modelo constitucional, multiplicaram-

se as críticas à perda da oportunidade de ser rompido o pensamento medieval da singularidade ou da unicidade da sentença, quando, de muito, inclusive na doutrina italiana, é admitido que um só processo albergue mais de uma sentença na conformidade dos pedidos e na confissão ou na não controvérsia destes.

Não se limitando a isso, processualizou-se um incidente de desconsideração da personalidade jurídica, regrado no que já se antecipara o Código Civil em relação ao aspecto material; restou resolvida a questão da condenação em honorários advocatícios nos incidentes processuais, aspecto sancionador da divergência jurisprudencial hoje existente; regulamentou-se a intervenção da Administração Pública em juízo; estabeleceu-se a indispensabilidade de conciliadores e de mediadores com sua utilização plena nas fases pré-instrutória e instrutória; gravou-se na letra indelével da norma processual a fluência dos prazos somente nos dias úteis, interrompendo-se, por consequência, em dias não úteis e feriados; operou-se a extensão do *amicus curiae*, antes reservada somente à ação declaratória de constitucionalidade e outras causas especiais, facultando-se aos juízos do primeiro e do segundo graus a utilização do novel instituto, o que Cássio Scarpinella Bueno denominou de “terceiro enigmático”; explicitaram-se os efeitos da conciliação; criou-se uma oportunidade única para indicar testemunhas; evidenciou-se que a não oposição de embargos à execução obstaría a preparação de ação autônoma do devedor; consignou-se que a ação rescisória incidiria, além de outras causas repetidamente vigentes, na codificação em *vacatio legis*, especialmente, ao invés de violação literal da lei, para violação manifesta da norma jurídica.

De todas as alterações já expostas, espera-se que a nova disciplina das tutelas provisórias, através das tutelas de urgência e de evidência, ponha fim à esqualidez de fundamentação alegada pelo processualista Eduardo José da Fonseca Costa, em sua obra “O ‘Direito Vivo’ das Liminares”, sob color de que nunca existe a combinação do binômio *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, com hipertrofia ou crescimento de um sobre o outro, desnaturando, dessa maneira, o viés conservativo ou de segurança da medida, o que, de reforço, se registra com a extinção das medidas cautelares típicas e consequente aumento do poder cautelar geral do juiz, hoje denominado poder geral de urgência, de que é consectário a estabilização da tutela.

Eis, em retrato três por quatro, a nova Codificação Processual Civil. Se será solução para as dificuldades operacionais presentes, resta a grande e honesta dúvida de todos os operadores judiciais. O que se sabe é que não se pode esperar milagres da Ciência Processual para os conflitos decorrentes das mazelas sociais, não resolvendo certamente a pobreza e a fome e a desassistência de saúde e de educação do povo brasileiro. Uma codificação de normas e princípios do processo civil nada mais é, e acima de tudo é, uma tábua decalogal que deve ser obedecida obrigatoriamente por todos aqueles que submetem suas pretensões à atividade jurisdicional, jamais ostentando natureza de panaceia restauradora e pensadora dos males sociais.

A perspectiva doutrinária e principiológica da norma processual que lhe empresta a natureza autárquica e inviolável veda, peremptoriamente, espaço para a liberdade de agir, fora do que determinado pelo regramento processual. A ousadia rebelde é punida pela sanção das nulidades ou de consequências mais gravosas para a pretensão.

Em contraponto, a norma de Direito Material que, como preceito valorativo de conduta atributivo de uma faculdade, estende-se a toda coletividade, trazendo em si a faculdade de agir, assegurando o reclamo do prejudicado ao órgão judicial, bem emprestando a uma leitura pedagógica e bem demonstrando a postura correta adequada à ordem jurídica, desprezando-se o color eminentemente autoritário da pena, de impor o cumprimento de uma obrigação via sanção forçada pelo aparelhamento judicial. Esse caráter educativo, verdadeiro apelo à consciência dos cidadãos, foi tônica dos ensinamentos de E. J. Couture e de Gofredo Telles Júnior, quando prelecionam:

Imponer el derecho, hacerlo efectivo por la fuerza, es solo un sucedáneo del orden jurídico.

El derecho nace, en realidad no ya para ser impuesto sino para ser cumplido espontáneamente. Este es su destino.⁴

Logo entendí que o que caracteriza o Direito, antes de mais nada, é sua natureza *informativa, instrutiva, conselheira, pedagógica*.

[...]

4 COUTURE, Eduardo J. *El Arte del Derecho y Otras Meditaciones*. Ed. *Fundación de Cultura Universitaria*, Montevideo, p. 233.

Desde cedo percebi que a coação, na área do Direito, não é exercida pelas próprias normas jurídicas, mas por quem é lesado (...)⁵

Se terá vida longa ou se vingará plenamente o Novo Código, somente o tempo responderá, fazendo ainda mais pertinente a admonição do sensível processualista fluminense Eliezer Rosa:

Traz-se em questão isto de saber se quem faz História deve ser *imparcial* ou *parcial*. Podem alegar-se autores que sustentam uma e outra dessas opiniões, como pode alegar-se quem sustenta que nem uma nem outra coisa, mas que o historiador deve ser *neutro*.

[...]

O fervor dos estudos processuais entre nós é tão sensível, que importava deixar progredir, esperando que os novos construtores trouxessem suas contribuições acumuladas nesse trintênio de vigência do Código, através de estudos e de meditação. Não era tempo de reformar. Era, sim, tempo de consolidar e depois, então, reformar, codificando. A história das codificações não se conta por anos, mas por séculos. Em três décadas de anos já havíamos feito um primoroso avanço científico, por nossa conta, em matéria processual civil. Agora, começaremos tudo de novo. O futuro dirá quem está com a razão.⁶

Reflitamos, pois.

5 TELLES JUNIOR, Goffredo. A Folha Dobrada: lembranças de um estudante. Ed. Nova Fronteira, São Paulo: 2004, p.71.

6 ROSA, Eliezer. Capítulos de História do Direito Processual Civil Brasileiro. Ed. Rio: Rio de Janeiro, 1975, p. 374-375.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

PROCESSO Nº 0000884-61.2006.8.06.0071 – APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA: CRATO

REMETENTE: JUÍZO DA 1ª VARA DA COMARCA DO CRATO

APELANTE MUNICÍPIO DO CRATO

APELADO CARLOS ALBERTO GALDINO FLORENTINO

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: Des. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO DOS APROVADOS. FORMA. DIVULGAÇÃO DE EDITAL NA SEDE DA PREFEITURA. PREVISÃO EDITALÍCIA DA OBRIGATORIEDADE DE COMUNICAÇÃO DE EVENTUAL ALTERAÇÃO DE ENDEREÇO DO CANDIDATO. FINALIDADE DA PROVIDÊNCIA. FACILITAR A CONVOCAÇÃO. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE NOVO PRAZO. INDEFERIMENTO. ILEGALIDADE CONFIGURADA. DIREITO SUBJETIVO À CONVOCAÇÃO ATRAVÉS DE COMUNICAÇÃO PESSOAL. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário e Apelação Cível, em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer da apelação, para negar-lhe provimento, e do reexame necessário, para confirmar a sentença proferida em primeira instância, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 19 de outubro de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e de Apelação Cível interposta pelo Município do Crato contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca do Crato, nos autos da Ação Ordinária nº 884-61.2006.8.06.0071, que julgou procedente o pedido formulado por Carlos Alberto Galdino Florentino, para determinar a imediata convocação do autor para o cargo de guarda municipal através de comunicação remetida ao respectivo endereço.

Na inicial da ação proposta no juízo de origem, o autor e ora apelado afirma que foi aprovado no concurso público regido pelo Edital nº 01/2002 para o cargo de guarda municipal do Município do Crato, na 85ª classificação. Assinala que, ao ter ciência de que os aprovados no mencionado concurso estavam sendo convocados, compareceu à Prefeitura Municipal e foi informado de que sua convocação ocorrera através de edital específico, cujo prazo para comparecimento e apresentação de documentos havia expirado. Acrescenta que, *“além de não ter sido enviada nenhuma espécie de comunicação para o endereço residencial do promovente, também não fez o município qualquer publicação do ato em órgão de publicação oficial ou em jornal de circulação local para que a dita convocação alcançasse a sua finalidade que era a publicidade”*. Postula a concessão de tutela antecipada e, ao final, a procedência do pedido inicial, para o fim de que seja determinada sua convocação e posterior nomeação para o referido cargo.

Ao contestar o pedido autoral, o Município do Crato diz que o item 12.2 do Edital nº 01/2002 dispõe *“ser de total responsabilidade do candidato o acompanhamento, pelos meios de divulgação, dos editais e comunicados referentes ao concurso”*. Afirma ainda que a *“publicação que produz efeitos jurídicos é a realizada pelo órgão oficial da Administração”* entendida como tal *“inclusive, a afixação dos atos e leis na sede da Prefeitura”* que, por essa via, são habitualmente *“tornados públicos”* no pela administração pública municipal.

A sentença julgou procedente o pedido autoral, sob o fundamento de que *“a cláusula 11.3 do edital do concurso deixa claro que os aprovados seriam contatados pessoalmente quando convocados para nomeação”*, vez que não pode ser outro o *“sentido de manter atualizados os dados referentes a endereço e telefone”* que não seja o de *“facilitar o processo de convocação”*.

O réu apelou.

Nas razões de apelação, o Município do Crato menciona que *“o item 11.3 do Edital 01/2002 que determina que os candidatos manterão seus dados atualizados para facilitar o chamamento não obriga que a convocação seja realizada através de correspondência”* e que seu item 12.2 estabelece ser *“de responsabilidade do candidato o acompanhamento, pelos meios de divulgação, dos editais e comunicados referentes ao concurso”*. Postula, ao final, o provimento do recurso e a reforma da sentença, para o fim de que seja julgado improcedente o pedido inicial.

O apelo foi recebido no efeito devolutivo.

Houve resposta ao recurso.

É, no essencial, o que havia a relatar.

À revisão.

Fortaleza, 16 de setembro de 2015.

VOTO

Consoante noticiado no relatório, tem-se Apelação Cível e Reexame Necessário da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca do Crato que, nos autos da Ação Ordinária nº 884-61.2006.8.06.0071, julgou procedente o pedido de convocação do autor para o cargo de guarda municipal por comunicação remetida ao respectivo endereço.

A controvérsia posta a exame nos autos versa sobre suposta ilegalidade do ato de convocação do autor para o cargo de guarda municipal do Município do Crato, em razão da aprovação em concurso público, por haver ocorrido através de mera afixação de edital na sede da Prefeitura Municipal, portanto, sem a devida publicidade e sem a observância de norma que regula a matéria.

O acervo probatório constante dos autos revela que o autor e outros candidatos aprovados no público descrito na petição inicial foram convocados através do Edital nº 001/2003 para comparecer *“na sede da Prefeitura Municipal, a partir de 18 de fevereiro de 2003, situada na Rua Largo Julio Saraiva, S/N, Centro, para apresentarem os documentos e habilitações exigidos no Edital, item 10, acrescidos de documento do Cadastro de Pessoa Física – CPF, registro de casamento e registro de nascimento do(s) filho(s) e tomarem posse em seus respectivos cargos”* (fls 57/68).

No mais, há nos autos prova de que, em 10 de dezembro de 2003, o Prefeito Municipal de Crato indeferiu o pedido nova convocação do autor para o cargo de guarda municipal de que trata o Edital de Convocação nº 001/2003, sob o fundamento de *“que o candidato teria 05 (cinco) dias após sua convocação para esta Prefeitura para se apresentar munido dos documentos solicitados”* e de *“que o prazo aludido é preclusivo”* (fl 41).

Tenho por demonstrado que a convocação do autor ocorreu exclusivamente através de afixação de edital na sede da Prefeitura Municipal e que, por não haver comparecido e apresentado os documentos pessoais no prazo ali previsto, foi considerado desistente e teve indeferido o posterior pedido administrativo de nova convocação.

O item 3.11 do Edital nº 01/2002 dispõe que no *“ato da inscrição, mediante entrega do comprovante de pagamento da taxa de inscrição, o candidato receberá seu boletim informativo, com todas as normas, exigências e instruções especiais relativas à participação do candidato no concurso público”*.

Conclui-se que, ao receber, no ato da inscrição, todas as normas e instruções referentes ao concurso público, o autor ficou pessoalmente ciente das datas da entrega do cartão de identificação, da data da realização da prova objetiva, de que o resultado do concurso seria divulgado *“em jornal de circulação na região do Cariri e pela Prefeitura Municipal do Crato”* e de que os candidatos aprovados deveriam manter *“atualizados os dados referentes ao endereço residencial e telefone, com o objetivo de facilitar o processo de convocação”*, *verbis*:

4.1. A entrega do Cartão de Identificação será realizada no mesmo local das inscrições, improrrogavelmente, nos dias 28, 29 e 31 de maio, no seguinte horário: 09 às 19 horas, e no dia 1º de junho, no horário de 08 às 13 horas.

5.3.1.1. A prova objetiva será aplicada no dia 02 de junho de 2002, das 08 às 12 horas, tendo a duração improrrogável de 04 (quatro) horas, em locais divulgados no Cartão de Identificação do candidato.

8.1. O resultado da prova realizada na primeira etapa e o resultado da Prova de Títulos e demais etapas de avaliação dos candidatos do concurso serão amplamente divulgados pela Comissão Executiva do Vestibular – CEV da Universidade Regional do Cariri, em jornal de circulação na região do Cariri e pela Prefeitura Municipal do Crato – CE seguindo a ordem de classificação dos candidatos.

11.3. Os candidatos aprovados no concurso manterão atualizados os dados referentes ao endereço residencial e telefone, com o objetivo de facilitar o processo de convocação.

Há norma editalícia específica dispondo que o candidato será convocado para manifestar interesse por escrito na nomeação, no prazo de dez dias, mas nada menciona sobre a forma propriamente dita de convocação dos aprovados, *verbis*:

11.4. O candidato classificado, observado o limite de vagas estabelecido neste Edital, será convocado para nomeação e posse obrigando-se a declarar por escrito, se aceita ou não o cargo, no prazo de até dez dias. A falta de pronunciamento do candidato implicará na perda do Concurso Público, sendo convocado o candidato seguinte, obedecendo a ordem de classificação.

Ora, o Edital nº 01/2002 não contém norma sobre a publicidade de um ou outro ato do concurso exclusivamente pelo mecanismo de sua afixação na sede da Prefeitura Municipal, mas dispõe que a divulgação do resultado do concurso ocorrerá através de divulgação “*em jornal de circulação na região do Cariri e pela Prefeitura Municipal do Crato*”, como

estabelece que os “*candidatos aprovados no concurso manterão atualizados os dados referentes ao endereço residencial e telefone, com o objetivo de facilitar o processo de convocação*”.

Diante de tal contexto, considerar preclusa a convocação do autor, por não haver manifestado interesse formal na nomeação e apresentado os documentos pessoais no prazo constante de edital de convocação afixado na sede da Prefeitura Municipal viola os princípios da proteção da confiança, enquanto expressão subjetiva do princípio maior da segurança jurídica, e a legítima expectativa do promovente de que o Município de Crato efetuará sua convocação através de comunicação remetida ao respectivo endereço.

Afinal, outra conduta não pode ser esperada de quem é aprovado em determinado concurso público, cujo edital prevê que os candidatos deverão manter “*atualizados os dados referentes ao endereço residencial e telefone, com o objetivo de facilitar o processo de convocação*”, que não seja a confiança legítima de que será convocado através de comunicação formal remetida ao endereço informado no ato da inscrição, cuja eventual alteração deveria inclusive ser comunicada à Prefeitura.

A rigor, a convocação do autor através de mera afixação de edital na sede da Prefeitura Municipal, quando se tem presente a previsão contida no item 11.3 do Edital nº 01/2002, segundo a qual o candidato aprovado deve manter o endereço atualizado para “*facilitar o processo de convocação*”, traduz conduta violadora do princípio da vinculação ao edital.

Tal princípio tem invariavelmente orientado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em matéria de concurso público, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE ESPECIALISTA EM EDUCAÇÃO - TECNÓLOGO EM INFORMÁTICA EDUCATIVA. CANDIDATOS COM FORMAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NO EDITAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o edital é a lei do concurso, pois suas regras vinculam tanto a Administração quanto os candidatos. Assim, o

procedimento do concurso público fica resguardado pelo princípio da vinculação ao edital.

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal *a quo* consignou que os candidatos Cristiano Rodrigues Ilário, Felipe Rodrigues Barbosa, Heloneida Camila Costa Coelho e Rosineide Silva Campos, possuem formação em área diversa, e não superior, ao previsto no edital do certame.

3. Como bem destacado pelo *Parquet* federal no seu parecer, adotado como razão de decidir, “é certo que o edital de regência do concurso exigiu, expressamente, como requisito de investidura no cargo pretendido pela impetrante a apresentação de certificado de conclusão do curso em tecnologia em informática educativa. No entanto, é incontestado que os impetrantes, ao serem convocados para apresentar os documentos necessários à nomeação, juntaram diploma de curso de tecnologia em rede de computadores, diverso do exigido ao exercício do cargo” (fl. 304).

4. Desse modo, ausente violação ao direito líquido e certo.

5. Agravo Regimental não provido.

Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 45.373, Rel Min Herman Benjamin, Segunda Turma, Unânime, DJ 28.11.2014

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. BOMBEIRO MILITAR. CANDIDATOS REPROVADOS EM DISCIPLINA DO CURSO DE FORMAÇÃO. PRETENSÃO DE REFAZIMENTO. DESCABIMENTO.

1. Resta uniforme na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o edital é a lei do concurso, vinculando a Administração Pública e os candidatos às regras ali estabelecidas, aforismo consagrado no princípio da vinculação ao edital.

2. Reprovados no Curso de Formação de Praças, forçoso o desligamento dos alunos, nos termos do item 16 do Edital de regência do certame, não podendo ser invocada norma dispondo em sentido diverso, a Resolução nº 49/2004 do Conselho Acadêmico da Universidade de Goiás, porque dirigida aos graduandos daquela instituição de Ensino Superior.

3. Recurso ordinário improvido.

Recurso em Mandado de Segurança nº 27.729, Rel Min Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Unânime, DJ 11.04.2012

Forte em tais considerações, conheço da apelação, para negar-lhe provimento, e do reexame necessário, para confirmar a sentença proferida em primeira instância.

É como voto.

Fortaleza, 19 de outubro de 2015.

PROCESSO Nº 0093889-85.2008.8.06.0001 – APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: FORTALEZA

APELANTE: FUNDAÇÃO SISTEL DE SEGURIDADE SOCIAL

APELADA: JOÃO FERREIRA DA SILVA

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: Des. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. SUPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO DA PREVIDÊNCIA OFICIAL. ADESÃO E INÍCIO DE FRUIÇÃO NO PERÍODO DE VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 6.435/77. SUCESSÃO DE REGULAMENTOS. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL E REAJUSTES PERIÓDICOS DO BENEFÍCIO SUPLEMENTAR. INCIDÊNCIA DAS NORMAS REGULAMENTARES VIGENTES AO TEMPO EM QUE IMPLEMENTADAS AS CONDIÇÕES PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. PROVIMENTO. PEDIDO INICIAL JULGADO IMPROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer da apelação, dando-lhe provimento, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 19 de outubro de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta pela FUNDAÇÃO SISTEL DE SEGURIDADE SOCIAL, impugnando a sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que, nos autos da Ação Ordinária nº 0093889-85.2008.8.06.0001, julgou procedente o pedido formulado na petição inicial por JOÃO FERREIRA DA SILVA.

Afirma o autor que, na condição de participante do plano de benefícios de previdência complementar mantido pela SISTEL, passou a receber, a partir de março de 1996, benefício de suplementação de aposentadoria, com renda mensal inicial e reajustes periódicos fixados nos termos dos arts. 29 e 36, Parágrafo único, do Regulamento de Benefício vigente a partir de 01 de março de 1991. Menciona que, por haver aderido ao mencionado plano de benefícios, antes da vigência do Regulamento de 1991, a fixação do valor de sua renda mensal inicial e os reajustes periódicos do benefício deveriam observar a disciplina normativa constante do Regulamento anteriormente vigente. Postula, ao final, a procedência do pedido inicial, para o fim de *“reconhecer a declarar o direito da parte autora à aplicação, na concessão e na manutenção do seu benefício, do Regulamento do Plano de Benefícios de 09.02.1990”* e de condenar a ré *“a recalcular a renda mensal inicial de suplementação da parte autora, mediante a elaboração de um novo cálculo do salário-real-de-benefício que inclua a correção monetária mês a mês dos salários-de-participação pelo INPC (artigo 23, § 1º), nos termos do Regulamento de 09.02.1990, com a consequente implantação da nova renda mensal”* e a *“reajustar o valor da nova renda mensal da suplementação da parte autora pelos mesmos índices de reajuste do INSS, desde a concessão do benefício, nos termos do artigo 63 do Regulamento de 09.02.1990, com a consequente implantação das diferenças apuradas nas prestações vincendas”*, além de efetuar o *“pagamento das diferenças verificadas no quinquênio anterior ao ajuizamento da presente ação”*.

Na peça contestatória, a ré/apelante aduz que “deve ser declarada a prescrição do direito de ação, extinguindo o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, tendo em vista que a presente

demanda foi proposta em 23.1.2008” e “que o autor recebe suplementação de aposentadoria por tempo de serviço antecipada desde 16.3.1996”. Assinala que a relação jurídica existente entre as partes é regida pelas “disposições constantes no Estatuto e Regulamento de Benefícios da SISTEL” e que o “valor encontrado para a renda de aposentadoria com todas as carências cumpridas, conforme estabelece a norma regulamentar contida no artigo 40 foi de R\$ 204,81 (duzentos e quatro reais e oitenta e um centavos)”, vez que a aplicação da “correção monetária dos salários-de-participação pelo Índice Sistel possui amparo legal”. Menciona, na sequência, que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao caso, por não estar presente relação de consumo, pois a SISTEL é “(i) *uma Entidade de Previdência Privada*; (ii) *não possui fins lucrativos* e (iii) *destina-se, exclusivamente, a administrar planos de benefícios de natureza previdenciária a um restrito número de pessoas vinculadas aos respectivos patrocinadores dos Planos*” e “*não comercializa planos de previdência, uma vez que não obtém qualquer lucro ou vantagem com o Plano que é por ela administrado, não podendo, por isso, ser comparada às de instituições financeiras ou seguradoras comumente existentes no mercado*”. Assevera, ainda, que “*eventuais juros de mora são devidos tão somente a partir da citação válida, na forma do art. 405 do Código Civil*” e que “*os juros remuneratórios e/ou compensatórios não são devidos, por não ser possível sua aplicação ao caso, uma vez que as instituições de previdência privada não desempenham atividades de exploração econômica*”. Requer, ao final, que “*seja julgado improcedente o pedido de aplicação do regulamento do Plano de Benefícios vigente em 9.2.1990, devendo, sim, ser reconhecida a legalidade da aplicação do Plano de Benefícios vigente à época em que houve a aposentadoria do autor*”.

O juízo de primeiro grau reconheceu a prescrição apenas das parcelas vencidas no período anterior ao quinquênio imediatamente antecedente à dada da propositura da ação, nos termos da Súmula 291 do Superior Tribunal de Justiça, e julgou procedente o pedido inicial, sob o fundamento de que “*deve-se aplicar as regras do estatuto de 09/02/1990, vigente à época em que o autor passou a integrar o regime de contribuição, e não as de 01/03/1991, por veicular disposições que lhe são flagrantemente lesivas e insertas posteriormente à sua filiação*”.

A sentença foi oportunamente impugnada pela ré, através do recurso previsto no art. 513 do CPC.

Nas razões do apelo, o recorrente argui a existência da prescrição do fundo de direito, vez que postulada a revisão do ato de concessão da suplementação de aposentadoria, enquanto ato único. Alega, ainda, a ocorrência de cerceamento do direito de defesa, em razão do indeferimento do pedido de prova pericial, a existência de ato jurídico perfeito na concessão da aposentadoria suplementar do autor e que deve ser aplicado ao caso o regulamento vigente ao tempo em que implementados os requisitos para a fruição do benefício. Postula o provimento da apelação, para que seja declarada a prescrição ou julgado improcedente o pedido inicial.

A apelação foi recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Não houve resposta ao recurso (fl 465).

É, no essencial, o que havia a relatar.

À douta revisão.

Fortaleza, 29 de setembro de 2015.

VOTO

Tem-se em análise controvérsia recursal versando sobre os critérios a serem observados no cálculo da renda mensal inicial da suplementação de aposentadoria do apelado, enquanto participante do plano de benefícios mantido pela FUNDAÇÃO SISTEL DE SEGURIDADE SOCIAL, e das normas que devem disciplinar os reajustes a serem periodicamente aplicados ao referido benefício.

Examino, inicialmente, o fundamento recursal que afirma a ocorrência da prescrição do fundo de direito.

A interpretação restritiva do pedido formulado na inicial, na forma do art. 293, do Código de Processo Civil, autoriza concluir com segurança que o autor não postula a inclusão de determinada parcela autônoma e específica no valor de seu benefício, sobre a qual o ato de concessão tenha sido omissivo, a demonstrar que ocorrera negativa formal do próprio direito à

percebê-la. O pedido formulado na petição inicial evidencia a pretensão de revisão do valor dos benefícios mensais devidos a partir da propositura da ação e de pagamento das diferenças do quinquênio imediatamente anterior, como resulta inequívoco de sua própria literalidade.

Não há, pois, prescrição a ser declarada, ante a presença de relação jurídica de trato sucessivo ou de prestação continuada, que não seja das parcelas vencidas no período que antecede o quinquênio imediatamente anterior à data em que proposta a ação, consoante enunciado sumular sobre o tema editado pelo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos.

(Súmula nº 291, DJ 13/05/2004, p. 201)

Examino, na sequência, o fundamento que afirma a existência de erro *in judicando* na sentença, ao julgar procedente o pedido inicial sob o fundamento de que se aplica ao caso o regulamento do plano de benefícios da SISTEL vigente anteriormente à data em que concedido o benefício de suplementação de aposentadoria ao autor.

Observo que o recorrido aderiu ao plano de benefícios mantido pela SISTEL, em 16 de janeiro de 1978, e começou a fruir o benefício suplementar em 16 de março de 1996 (fls 193 e 22).

Vale notar que o cálculo da renda mensal inicial, ao tempo da adesão do apelado ao plano de benefícios da SISTEL, estava previsto no art. 23 do Regulamento então vigente e, quando da concessão da suplementação de sua aposentaria, estava disciplinado no art. 29 do Regulamento de 1991, *verbis*:

Art. 23. O cálculo das suplementações referidas no artigo 22, com exceção da suplementação do abono anual, **dar-se-á com base no salário real de benefício do contribuinte**, observado o disposto na legislação em vigor.

§ 1º. Entende-se por salário real de benefício o valor que teria o salário-de-benefício do interessado, se fosse calculado

segundo os critérios de médias estabelecidos pelo INPS, porém com a substituição prévia do salário-de-contribuição definido pelas normas regulamentares desse Instituto, pelo salário-de-participação referido no parágrafo 2º, **atualizado mês a mês, pela variação do IPC no período considerado, ou pela de outro índice que, por decisão do poder público, venha a substituí-lo.**

Art. 29. Entende-se por **salário-real-de-benefício** o valor da **média dos 36 (trinta e seis) salários de participação anteriores ao mês de afastamento, corrigidos mês a mês, pelo índice geral médio de variação dos salários dos empregados do Sistema TELEBRÁS, até o mês do início do benefício.**

É oportuno observar, ainda, que os reajustes periódicos do valor do benefício suplementar, na data em que o apelante aderiu ao plano de benefícios da SISTEL, eram disciplinados pelo art. 63 do Regulamento anterior, e, ao tempo do requerimento e concessão da suplementação, pelo art. 36 do Regulamento de 1991, *verbis*:

Art. 63. **As prestações asseguradas por força deste Regulamento serão reajustadas nas épocas e proporções em que forem reajustados os valores dos benefícios concedidos pelo INPS, não podendo referido reajuste ser inferior à variação do IPC, ou a de outro índice que por decisão do poder público venha a substituí-lo,** apurada no período básico de reajuste anual daquele instituto, descontadas as eventuais antecipações da política previdencial vigente.

Art. 36. **As suplementações asseguradas por força deste Regulamento serão reajustadas nas mesmas épocas e proporções em que foram reajustados os salários dos empregados do Sistema TELEBRÁS, pelo índice geral médio de variação dos referidos salários.**

Parágrafo único – Na primeira data base dos empregados do Sistema TELEBRÁS, após a data do início do benefício, o reajuste se dará por recálculo do benefício, para ajustar o valor das suplementações concedidas em datas diferentes da data-base.

Consoante noticiado, a sentença recorrida, ao julgar procedente o pedido inicial, entendeu ser aplicável ao caso, tanto no cálculo da renda inicial, quanto nos reajustes dos benefícios mensais “*as regras do estatuto de 09/02/1990, vigente à época em que o autor passou a integrar o regime de contribuição, e não as de 01/03/1991*”, em cuja vigência foi não apenas formalizado o pedido do benefício suplementar, como implementados os requisitos para a respectiva fruição.

Frise-se que a adesão (16.01.1978), o período de contribuição e o início de fruição do benefício de suplementação de aposentadoria do apelado (13.03.1996) ocorreram durante a vigência da Lei Federal nº 6.435/77, que remetia textualmente aos próprios regulamentos das entidades abertas e fechadas de previdência complementar, a disciplina normativa dos respectivos planos de benefícios (arts. 21 e 42), e explicitava que tais normas internas deveriam obrigatoriamente dispor, dentre outras matérias, sobre a forma dos “*cálculos de benefícios*” (inciso III) e o “*sistema de revisão dos valores das contribuições e dos benefícios*” (inciso IV).

A aposentadoria suplementar do recorrido, ao tempo em que foi concedida, estava expressamente prevista no art. 40, do Regulamento do Plano de Benefícios da SISTEL de 1991, fl 66, *verbis*:

Art. 40 – A suplementação da aposentadoria por tempo de serviço será concedida ao contribuinte com pelo menos 57 (cinquenta e sete) anos de idade, 10 (dez) anos de vinculação ininterrupta à Fundação, e 35 (trinta e cinco) anos de vinculação ao regime da Previdência Social.

Ressalte-se que o art. 21 do Estatuto SISTEL de 1977 também previa a aposentadoria especial, fl 32, *verbis*:

Art. 21 – A suplementação da aposentadoria por tempo de serviço será concedida ao contribuinte que a requerer com pelo menos 58 anos de idade, 10 (dez) anos de serviço prestados ao patrocinador ou 10 (dez) anos de contribuição à Fundação e 35 (trinta e cinco) anos de vinculação ao regime do INPS,

desde que lhe tenha sido concedida a aposentadoria por tempo de serviço pelo mesmo Instituto.

Durante a vigência do Estatuto de 1990, que se encerrou em 28 de fevereiro de 1991, o apelado não tinha o período mínimo de 35 (trinta e cinco) anos de vinculação do regime geral da previdência social, que só foi completado em 13 de janeiro de 1996, vez que sua aposentadoria foi concedida pelo INSS a partir de 15 de janeiro de 1996, quando estava com trinta e cinco anos e dois dias de tempo de serviço (fl 26). Em tal contexto, é correto inferir que, ao tempo em que o recorrente atingiu o último dos requisitos temporais cumulativos para fazer jus à suplementação de aposentadoria por tempo de serviço, qual seja, completar 35 (trinta e cinco) anos de tempo de serviço, estava em plena vigência o Regulamento do Plano de Benefícios de 1991.

Antes disso, como é óbvio, não havia direito adquirido ao benefício previdenciário suplementar. Havia não mais que expectativa de direito, mero direito em processo de formação, tal como definido pelo eminente Ministro Celso de Mello, *verbis*:

EMENTA: REPOSIÇÃO SALARIAL (84,32%) - RESÍDUO DE 5% REFERENTE AO MÊS DE FEV/90 - DIREITO ADQUIRIDO - INEXISTÊNCIA - MEDIDA PROVISÓRIA Nº 154/90 - PROCESSO DE CONVERSÃO EM LEI - TRANSFORMAÇÃO PARCIAL - OBSERVÂNCIA DO PRAZO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 62, PARÁGRAFO ÚNICO) - LEI Nº 8.030/90 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - Reajuste de salários (84,32%) - Resíduo de 5% (fev/90) - Ciclo de formação e de integração do direito - Possibilidade constitucional de interrupção desse “iter” formativo, enquanto ainda não concluído, mediante intercorrente edição de ato legislativo - Consequente inexistência de direito adquirido - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

DIREITO ADQUIRIDO E CICLO DE FORMAÇÃO.

A questão pertinente ao reconhecimento, ou não, da consolidação de situações jurídicas definitivas há de ser examinada em face dos ciclos de formação a que esteja eventualmente sujeito o processo de aquisição de determinado

direito. Isso significa que a superveniência de ato legislativo, em tempo oportuno - vale dizer, enquanto ainda não concluído o ciclo de formação e constituição do direito vindicado - constitui fator capaz de impedir que se complete, validamente, o próprio processo de aquisição do direito (RTJ 134/1112 - RTJ 153/82 - RTJ 155/621, v.g.), inviabilizando, desse modo, ante a existência de mera “*spes juris*”, a possibilidade de útil invocação da cláusula pertinente ao direito adquirido. Recurso Especial nº 196.140, Rel Min Celso de Mello, Primeira Turma, Unânime, DJ 25.08.2006, p. 54

Se o apelante não atingiu, na vigência do Estatuto SISTEL de 1990, os requisitos para a suplementação de aposentadoria por tempo de serviço previstos em seu art. 21, implementando-os integralmente somente quando já em vigor o Regulamento do Plano de Benefícios de 1991, não há que falar em cálculo da renda mensal inicial e reajustes das parcelas mensais regulados pelas normas de regência positivadas no Estatuto de 1990.

O Regulamento do Plano de Benefícios de 1991 estava obrigado, por força do disposto art. 42, incisos III e IV, da Lei nº 6.435/77, a disciplinar a forma de cálculo da renda mensal inicial e os critérios de reajuste dos benefícios pagos pela recorrida, e assim o fez, nos precisos termos de seus arts. 29 e 36, ao início transcritos.

Por força do princípio *tempus regit actum*, no cálculo da renda mensal inicial do apelante aplica-se o regulamento vigente ao tempo em que implementado o último dos requisitos cumulativos para a fruição do benefício, regulamento esse que se aplica também aos reajustes da referida suplementação de aposentadoria, pelo menos até que norma posterior altere, para o futuro, os critérios de revisão do benefício suplementar.

É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto a essa compreensão, *verbis*:

PREVIDENCIA PRIVADA. REAJUSTAMENTO DE BENEFÍCIOS. DIREITO ADQUIRIDO.

Não tem o beneficiário direito adquirido ao reajustamento de prestação de entidade de previdência privada, segundo os parâmetros da época de adesão ao plano, incidindo

sobre as prestações futuras as leis modificadoras desse reajustamento.

Recurso Especial nº 5.529, Rel Min Dias Trindade, Terceira Turma, Unânime, DJ 11.03.1991, p. 2392

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. TETO. AFASTAMENTO. OBEDIÊNCIA AO REGULAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS VERIFICADA NA ORIGEM. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS 5 E 7 DA SÚMULA DESTA CORTE. DIREITO ADQUIRIDO. REUNIÃO DE TODOS OS REQUISITOS PARA APOSENTAÇÃO. IMPROVIMENTO.

1. As instâncias ordinárias não reconheceram a existência de direito adquirido dos beneficiários às regras de aposentadoria junto à entidade de previdência complementar da forma como pleiteadas, ao argumento de que se tratava de direito em formação, que somente poderia ser considerado como patrimônio quando reunidos todos os requisitos para aposentação; e tal posicionamento não destoa da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

2. Restou consignado no acórdão *a quo* que a instituição de previdência privada, quando do cálculo dos valores das aposentadorias, observou as regras contidas no regulamento do plano de benefícios, bem como que a alteração ocorrida posteriormente atingiu a todos os beneficiários, porquanto nunca contribuíram com parcelas superiores ao limite imposto em lei; dessarte, rever tal posicionamento implica a incursão no caderno fático-probatório, circunstância vedada pelos enunciados 5 e 7 da Súmula deste Tribunal Superior de Justiça.

3. Agravo improvido.

Agravo Regimental no Recurso Especial nº 331.299, Rel Min Helio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, Unânime, DJ 28.05.2007, p. 343

Diante de tudo quanto exposto, conheço da apelação, para dar-lhe provimento, julgando improcedente o pedido inicial.

Condeno o autor a pagar honorários advocatícios sucumbenciais, que ora arbitro em R\$ 1.000,00 (mil reais), mediante “*apreciação equitativa*”, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, observado o disposto no art. 12 da Lei Federal nº 1.060/50, por ser o autor beneficiário da gratuidade judiciária (fls 19, 21 e 78).

É como voto.

Fortaleza, 19 de outubro de 2015.

APELAÇÃO N. 0191020-16.2015.8.06.0001

APELANTE: TECNO INDÚSTRIA E COM. DE COMPUTADORES LTDA
_ IBYTE

APELADO: ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: DIREITO PÚBLICO. ADMINISTRATIVO. MULTA DO DECON. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. VÍCIO NA FORMAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE JUDICIAL. CABIMENTO. DECRETAÇÃO DE NULIDADE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SUCUMBÊNCIA RECURSAL DE 15% SOBRE O VALOR DA CAUSA.

1. Ação em que a empresa autora sofreu processo administrativo sancionatório por infração de regra consumerista referente a reclamação de troca de produto ou reembolso de valores, culminando com aplicação de multa de 3000 (três mil) UFIRCE;
2. Ao Poder Judiciário não compete substituir o mérito do resultado de ato decorrente de processo instaurado na instância administrativa, limitado o controle de sua legalidade à obediência dos postulados formais e materiais presentes na Carta Magna, competência esta decorrente da inafastabilidade da jurisdição;
3. No presente caso a empresa apresentou defesa administrativa e justificou sua exclusão da lide consumerista por não lhe tocar responsabilidade sobre a garantia técnica da fabricante, fatos e argumentos relegados pelo órgão administrativo reitor do procedimento sancionador;

4. No tocante à multa, a autoridade administrativa passou ao largo de qualquer motivação a aplicação da reprimenda, fixada em valor aleatório e desproporcional ao bem envolvido, maculando a um só tempo a regra de fundamentação do ato administrativo, assim como a norma específica do art. 57 do CDC;

5. Eivado de vício nos aspectos formais e materiais, por não apreciar a matéria de defesa suscitada, bem como a não motivação da sanção imposta, o ato sancionador deve ser anulado, bem como a reprimenda dele decorrente, afastando seus efeitos para os todos os fins de direito.

6. Recurso conhecido e provido, com a reforma da sentença de piso e provimento dos pedidos autorais.

7. Em decorrência do êxito recursal, aplica-se a regra do art. 85, §2º, do CPC, fixando-se os honorários em 15% sobre o valor da causa em favor dos patronos da autora/recorrente.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 8 de agosto de 2017.

RELATÓRIO

Da ação

Na origem tratava-se de ação declaratória de nulidade de multa aplicada pelo Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor

– DECON no processo administrativo n. 0113-019.793-2 movido por consumidora em detrimento da ora apelante TECNO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COMPUTADORES LTDA – IBYTE pela qual defendia a ausência de fundamentação quando à dosimetria da penalidade pecuniária.

Da sentença

Sentença às fls. 288/297 julgando improcedente os pedidos exordiais, condenando a autora nos ônus sucumbenciais.

Das razões do pedido de reforma

Suscita a empresa apelante em seu recurso de fls. 300/316, como *causa de pedir* recursal que a imputação de multa não atentou à necessária fundamentação relativa à sua gradação, conforme dispõe o art. 57 do Código de Defesa do Consumidor e Decreto n. 2.181/97.

Defende que em nenhum momento restou revelada a gravidade ou a vantagem auferida, conforme determinam os regramentos normativos incidentes à espécie, tornando evasiva a penalidade imposta, que se mostrou desproporcional.

Aponta que a multa imposta reflete ser 83 (oitenta e três) vezes o valor do produto comercializado, o que denota sua desproporcionalidade.

Por derradeiro, argui a violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tornando nulo o ato administrativo maculado pela eiva da ilegalidade.

Do pedido de nova decisão

Requer a reforma da decisão *a quo*, com a anulação da penalidade imposta no processo administrativo inquinado ou sua redução.

Dos efeitos da apelação

Apelação recebida no duplo efeito legal (fl. 319).

Das contrarrazões

Manifestando-se às fls. 321/344, pelo ESTADO DO CEARÁ foi suscitada, de início, a impossibilidade jurídica do pedido formulado pela autora, uma vez que não é dado ao Judiciário imiscuir-se no mérito do ato administrativo, tal qual como forceja no mérito da demanda.

No mais, defende a escorreita atuação do DECON sobre o caso apurado no feito administrativo inquinado, tendo atendido às formalidades legais e princípios regentes do ato administrativo que culminou com a multa imposta ao fornecedor de produto, cuidando-se a lide de efetivo abuso do direito de defesa.

Atenta, por fim, ao mérito do processo administrativo, ao que o defende como correto e justo.

Pugna, finalmente, pelo desprovimento do recurso.

Da intervenção ministerial

Ação mirada em âmbito particular sem interesse público que releve a atuação do *Parquet* de segundo grau.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

Fortaleza, 8 de agosto de 2017.

VOTO

Pressupostos de admissibilidade

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

Meritum causae

A questão guarda contorno sobre o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Segundo sustentado no apelo, a d.

magistrada de piso apreciou mal a causa posta em juízo ao não acolher o pedido anulatório de penalidade administrativa.

Com efeito, tratava-se de suscitação de nulidade de multa aplicada pelo DECON decorrente de reclamação feita por consumidora referente a “troca imediata do produto por um outro novo em perfeito estado ou a imediata restituição dos valores pagos devidamente atualizados monetariamente” (fl. 43).

Narrou a consumidora a aquisição de uma impressora, pelo valor de R\$155,00 (cento e cinquenta e cinco reais), tendo esta apresentado defeito e encaminhada à assistência técnica, sem solução. Partiu, então, para o enquadramento da cadeia comercial sobre a lesão decorrente de vício do produto. Iniciado o procedimento administrativo, restou infrutífera a composição amigável dos interessados, culminando com a imposição de multa no importe de 3.000 (três mil) UFIRCE, mantida a reprimenda em grau de recurso administrativo.

A ação foi movida pela empresa que vendeu o produto. Sustentou desde a inicial que o processo administrativo que culminou com a sanção pecuniária carece de fundamentação sobre o valor imposto como pena. Cumpre, portanto, pelo efeito devolutivo do recurso, a análise dos fatos e provas dos autos.

Deita-se às fls. 40/200 a íntegra do processo administrativo que culminou com a penalidade e sua inscrição na dívida ativa estadual. Especialmente às fls. 122/130 repousa a decisão cominatória. E aqui reside a controvérsia: a análise do ato administrativo que impôs à ora apelante a penalidade de multa no valor de 3000 UFIRCE, se encontra ou não dentro das balizas legais de formação.

Importante notar, de início, que o Poder Judiciário não deve avançar sobre a *conclusão* do ato administrativo. Tal proceder decorre da independência dos poderes estatais, sendo a conclusão do ato (administrativo, legislativo ou judicial) decorrente do exercício do Poder e manifestação do império e supremacia do interesse público. Dê-se grifo ao termo *conclusão* porque de ordinário os atos do Estado decorrem de motivação e fundamentação, sejam eles discricionário ou vinculados. É dizer, não se

faz pelo agente público sua vontade enquanto pessoa natural, mas sim com externalização do *munus* público o qual restou investido em qualquer seara do poder estatal.

Conforme registro de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “quanto à manifestação de vontade, deve assinalar-se que, para a prática do ato administrativo, o agente deve estar no exercício da função pública ou, ao menos, a pretexto de exercê-la. Essa exteriorização volitiva difere da que o agente manifesta nos atos de sua vida privada em geral. Por outro lado, **quando pratica ato administrativo, a vontade individual se subsume na vontade administrativa**, ou seja, a exteriorização da vontade é considerada como proveniente do órgão administrativo, e não do agente visto como individualidade própria” (Manual de Direito Administrativo. 16ª ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 88).

Tal apontamento é essencial para a análise da nulidade arguida pela empresa apelante, uma vez que o ato externado pela administração e corporificado no processo administrativo FA n. 0113.019.793-2 deve atender aos pressupostos legais de validade, não se cogitando nulidade aferível pelas condições dos atos da vida civil.

Dando seguimento à aferição, nota-se que a *motivação* do ato administrativo padece de inconsistência. De início de percebe que os argumentos aduzidos pela empresa autuada não foram levados em consideração em qualquer oportunidade do procedimento perante a instância autuadora.

Cuida-se de mera formalidade aberta pelo órgão administrativo para legitimar a autuação imposta, distante em muito da finalidade apuratória que se espera de um órgão de defesa dos interesses do consumidor.

Assim é que, logo no início, imediatamente do que indica como “relato” (fl. 125), diz o agente administrativo que “houve falha de informação na presente relação consumerista. O fornecedor não deu a devida atenção no sentido de bem informar seu cliente/consumidor; é tanto, que este ficou ‘voando sem saber, a quem, como e onde procurar assistência técnica para o produto adquirido’”.

Contudo, não há referência a tal reclamação por parte da consumidora, que indicou como pretensão perante o DECON a “troca

imediatamente do produto por um outro novo em perfeito estado ou a imediata restituição dos valores pagos devidamente atualizados monetariamente” (fl. 43) reiterado em audiência (fl. 93).

Parece-nos mais do que ululante que se a pretensão fosse de mera prestação de *informação*, na própria audiência de “conciliação” perante a repartição pública consumerista as empresas envolvidas indicariam o local para assistência técnica, de forma simples, clara, evidente. Porém, do termo de fl. 93 se vê que a fabricante do produto, Hewlett-Packard Brasil Ltda. comprometeu-se a “entrar em contato com a consumidora e fornecer o código postal para envio do produto, sem ônus”.

Posteriormente, a própria fabricante informa nos autos que não procederá ao conserto porque a garantia do equipamento encerrou-se quando este foi “aberto, modificado ou reparado por terceiro diferentes de um centro de serviço autorizado HP” (fl. 103).

Tem-se então que **a ora recorrente suscitou perante o órgão administrativo sua exclusão da relação processual**, tal qual procedido em relação à empresa TECNOCOMM SOLUÇÕES EM TI E COMUNICAÇÃO LTDA., inicialmente constante da reclamação como prestadora de serviço que não solucionou o defeito apresentado no equipamento (fl. 123).

A defesa da empresa ora apelante, encartada às fls. 105/110, foi “letra morta” no feito que culminou com sua penalização, violado, à evidência, o devido processo legal. É dizer, ao se abrir a mera *expectativa de defesa* da parte acusada em processo administrativo ou judicial, relegando por completo o teor da defesa técnica ou fática apresentada, não se concretiza o *due process of law*, pois os argumentos aduzidos não tiveram qualquer influência sobre o resultado final do procedimento, administrativo ou judicial.

Ainda no escólio de JOSÉ CARVALHO DOS SANTOS FILHO, no que toca os atos sancionatórios da administração, como é o caso, “o administrador terá o encargo de considerar vários fatores para bem observar o regime de adequação da sanção à infração cometida, a menos que a lei previamente defina essa correlação” (p. 128). Dentre esses fatores, por óbvio, se encontra a *defesa efetiva* da parte sindicada, o que restou totalmente relegado perante o agente público de origem.

Por seu turno, o decisório sancionador limitou-se a dizer que “pelo que ficou provado nos autos a responsabilidade de resolver o problema deve ser creditado solidariamente HP HEWLETT-PACKARD BRASIL LTDA – TCNO INDUSTRIA E COMÉRCIO DE COMPUTADORES LTDA – IBYTE” (fl. 126). Nada mais lacônico.

Sobre a conclusão da penalidade, decretou:

“Restou caracterizada a prática infrativa cometida pelas reclamadas no caso em epígrafe, ao deixar de devolver os valores recebidos indevidamente, pois o contrato não se efetivou e/ou mesmo que tivesse se efetivado não poderiam se apoderar de toda quantia. Do contrário seria colocar o consumidor em exagerada desvantagem, conduta tida como abusiva pelo CDC..” (sic).

A passagem revela a falta de apego e cuidado na condução do procedimento sancionatório, que nesse momento já se distanciou abissalmente da pretensão inicialmente posta pela consumidora quando procurou os préstimos do órgão de defesa. Basta dizer que não há contrato entabulado entre as partes e que tenha sido objeto de questionamento, “e/ou mesmo que tivesse”, o valor não foi “apoderado” “pelas empresas”. Tratou-se de simples pleito de substituição de produto defeituoso, de limitada e estreita amplitude, e que culminou com sancionamento *ex officio* e imotivado.

Sobre a penalização aplicada, maior razão o pedido de anulação. Após proceder com a enumeração legal do art. 26 do CDC, reconhecendo inexistirem quaisquer agravantes contra as reclamadas, e dizem-se mirado “na gravidade da prática infrativa, a extensão do dano causado aos consumidores, a vantagem auferida com o ato infrativo”, julgou “procedente a presente reclamação para sancionar as reclamadas ao pagamento de 3.000 (três mil) UFIRCES” (fl. 129).

Em verdade, nenhuma letra foi dedicada à análise da “gravidade da prática infrativa, a extensão do dano causado aos consumidores, a vantagem auferida com o ato infrativo”. Repita-se, a reclamação inicial

era de substituição ou devolução do dinheiro pago pelo produto. O vício, no caso, era do produto e não da prestação de serviço. Não houve prática abusiva relatada contra as empresas. A vendedora do equipamento sequer seria responsável pela assistência técnica da fabricante. Nada foi observado pelo julgador administrativo, que **lançou aleatoriamente um valor vultoso frente ao objeto reclamado**, como dito pela recorrente, equivalente a quase 100 (vezes) o valor do produto.

Não se trata, portanto, de controle do *desfecho ou mérito* administrativo apresentado, mas efetivo controle de *legalidade* do procedimento, que violou por várias vezes diversas garantias do devido processo legal ínsito ao processo administrativo sancionador respondido pela empresa ora apelante.

Como se sabe, “o controle jurisdicional do processo administrativo limita-se ao exame da **regularidade do procedimento e à legalidade do ato**, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade determinados pela autoridade competente, conforme premissa do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor” (TJCE - APL: 01424558920138060001, Relator: MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, Data de Publicação: 25/07/2017). Contudo, “observadas a gravidade da infração, a vantagem auferida pela empresa e a condição econômica do fornecedor, verifica-se a legalidade da exação administrativa, sendo inviável a reanálise do *quantum* da multa aplicada fora dos parâmetros legais, sob pena de invadir-se indevidamente o teor da decisão administrativa” (*idem*).

Assim é que, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que “o **controle de legalidade** exercido pelo Poder Judiciário sobre os **atos administrativos** diz respeito ao seu amplo aspecto de **obediência aos postulados formais e materiais presentes na Carta Magna**, sem, contudo, adentrar o mérito administrativo. Para tanto, a parte dita prejudicada deve demonstrar, de forma concreta, a mencionada ofensa aos referidos princípios” (STJ, RMS 47.595/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/10/2015).

No presente *sub judice*, o controle jurisdicional do procedimento administrativo inquinado restringe-se ao exame da sua regularidade e a legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, inexistindo e sendo mesmo dispensada qualquer incursão no seu mérito, irrelevante a análise e valoração das provas constantes no processo administrativo. Especificamente sobre o presente feito, restou demonstrado que a condução do procedimento foi eivada de nulidade, culminando com penalidade igualmente nula por ausência de *motivação*. Assim, é de se decretar a nulidade do ato sancionador, por violação direta ao art. 57 do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PROCON POR INFRAÇÕES AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COBRANÇA INDEVIDA DE TAXA DE LOCAÇÃO DE APARELHO TELEFÔNICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DO EMBARGANTE. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO TRIENAL INTERCORRENTE. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO ANTERIOR DE QUE O RESP. Nº 1.115.078/RS NÃO SE APLICAVA PARA AS RELAÇÕES CONSUMERISTAS. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DESTA CÂMARA APÓS SESSÃO DE 01.11.16. JULGAMENTO DO STJ NO AGRG NO RESP. Nº 1.566.304/PR EM QUE SE RECONHECEU EXPRESSAMENTE A INAPLICABILIDADE DA LEI 9.873/99 NOS CASOS DE MULTA DO PROCON. ADEMAIS, NECESSIDADE DE PARALISAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR MAIS DE 5 ANOS PARA QUE SEJA RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO BASEADA NA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE, EFICIÊNCIA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO, O QUE NÃO ACONTECEU NOS AUTOS. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA SUBSISTÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. COMPROVAÇÃO DA COBRANÇA DE VALORES INDEVIDOS. FORNECEDORA QUE DEIXOU

DE COMPROVAR SUAS ALEGAÇÕES. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM CONFORMIDADE COM O INCISO VIII DO ARTIGO 6º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E PROPORCIONALIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA NA FIXAÇÃO DA MULTA. ACOLHIMENTO. VALOR DA MULTA FIXADA DE FORMA GENÉRICA E ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS PARA A FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. NULIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA RECONHECIDA. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A motivação do ato administrativo é obrigatória por força dos artigos 5º, XXXV, (princípio do acesso à justiça) e 37, *caput*, (princípio da moralidade), ambos da Constituição Federal, sob pena de nulidade do ato. **A decisão administrativa, quando da fixação do *quantum* da multa, trouxe fundamentação genérica, se limitando a apenas apontar o artigo 57 do CDC e os artigos 25 e 26 do Decreto federal 2.181/97, sem explicitar, entretanto, no que consistiu a gravidade da infração, a extensão do dano, a vantagem auferida pelo recorrente, ou ainda os processos que geraram a reincidência do ora apelante.** É nula a decisão administrativa que aplicou a multa à apelante por afronta aos princípios da legalidade, da motivação das decisões administrativas, da proporcionalidade e da razoabilidade. (TJPR - APCIV: 16977921, Relator: LUIZ MATEUS DE LIMA, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/07/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CONSUMIDOR. MULTA APLICADA PELO PROCON. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE CARECE DE MOTIVAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 93, INCISO X, DA CRFB/88 E AO ART. 50, INCISO II, DA LEI 9.784/99. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO.

A motivação, por constituir garantia de legalidade, é, em regra, necessária, seja para os atos administrativos

vinculados, seja para os atos discricionários, pois é “por meio dela que se torna possível discernir sobre a existência e veracidade dos motivos e a adequação do objeto aos fins de interesse público impostos pela lei”. (TJSC, Reexame Necessário em Mandado de Segurança nº 2011.038756-6, de Ituporanga, Rel. Des. Vanderlei Romer, j. 30-08-2011). **Ao “não permitir o seu devido entendimento, a motivação não atenderá aos seus fins, podendo acarretar a nulidade ato”** (Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 37ª ED. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. P. 103/104). Ausente a motivação. Que, saliente-se não deve ser ater somente à obrigatoriedade de esclarecer fundamentos, mas também à coerência da prolação dos atos administrativos. Atinge-se diretamente o princípio da ampla defesa e do contraditório, que figura como verdadeiro desdobramento do devido processo legal, uma das bases do Estado Democrático de Direito (AC nº 2014.075578-2, de Xanxerê, Rel. Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, j. 18-6-2015). (Apelação Cível nº 2014.069590-5, da Capital, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 3/11/2015). (TJSC - AC: 03053918620168240023, Relator: SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, Data de Publicação: 17/07/2017)

Em reforço, não se está aqui a apreciar a justeza, a aquilatação, o quantitativo ou a qualificação da prova produzida na seara administrativa. O objeto da ação, a causa de pedir que vincula o provimento jurisdicional, se atém à legalidade do procedimento administrativo, inquinado por vício de formação ao violar o devido processo legal na omissão de análise da defesa apresentada, bem como pela ausência de motivação da sanção administrativa imposta, conforme remansoso entendimento doutrinário e pretoriano.

É o caso, pois, de efetiva declaração de nulidade do procedimento administrativo e seus consectários, que devem ser debelados do mundo jurídico dada a maculação de sua origem, mormente da multa imposta, que deve ser reconhecida como ilegítima e ilegal.

Do dispositivo

ISSO POSTO, conheço do recurso para dar-lhe provimento, reformando a r. sentença de piso para prover o pedido declaratório, reconhecendo a nulidade do processo administrativo n. 0113-019.793-2 e da multa dele decorrente.

Em decorrência da sucumbência recursal, sob o enfoque do art. 85, §2º, do CPC, fixo os honorários aos advogados da apelante em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

É como voto.

Fortaleza, 8 de agosto de 2017.

PROCESSO Nº 0386033-75.2000.8.06.0001

APELAÇÃO CÍVEL

APELANTE: SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO GRUPO DE TRIBUTAÇÃO, ARRECADAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ - SINTAF

APELADO: ESTADO DO CEARÁ

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. SISTEMA REMUNERATÓRIO. ADICIONAL DE TRABALHO NOTURNO.

I – O adicional de trabalho noturno de que tratam o art. 7º, inciso IX, da Constituição Federal e o art. 167, inciso II, da Constituição do Estado do Ceará deve ser disciplinado em lei formal e material específica, nos termos de seu art. 37, inciso X, na redação da Emenda Constitucional nº 19/98.

II – O Decreto Estadual nº 22.458/1993 está revogado pela Emenda Constitucional nº 19/98.

III – É defeso ao Poder Judiciário conceder vantagem remuneratória a servidor público com fundamento no princípio da isonomia.

III – Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer da apelação, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 14 de setembro de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO GRUPO DE TRIBUTAÇÃO, ARRECADAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ - SINTAF, impugnando sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que, nos autos da Ação Ordinária nº 0386033-75.2000.8.06.0001, julgou improcedente o pedido de reconhecimento do direito dos servidores públicos substituídos *“que trabalharam ou trabalham em escala de plantão, portanto durante o período da noite, à percepção do adicional de trabalho noturno no percentual de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor da hora normal”* e de condenação do ESTADO DO CEARÁ a pagar as *“parcelas vencidas e vincendas, com reflexos inclusive sobre os períodos de férias e licença especial, cuja base de cálculo será constituída por todas as verbas integrantes dos vencimentos, referentes às horas de trabalho prestadas no horário de 22:00h às 05:00h”*.

Na inicial da ação proposta no juízo de origem, o sindicato autor afirma que os substituídos são servidores públicos civis do GRUPO TAF – Tributação, Arrecadação e Fiscalização do Estado do Ceará que foram designados em portarias para exercerem *“jornada de trabalho em regime de plantões diurnos”* nos *“Postos de Fiscalização de fronteiras e intermediários”* ou no percurso de *“toda a malha rodoviária do Estado”* e *“corredores de fluxo de produção e comercialização de mercadorias”*. Assinala que aos servidores que trabalham em regime de plantões *“nunca foi pago adicional noturno referente às horas habitualmente prestadas no intervalo compreendido entre 22h:00min e 5h:00min”*, considerando-se para tanto que *“os servidores que trabalharam até 29 de outubro de 1995 sob a vigência do regime de plantão (7x7 ou 1x1) cumpriram 120 horas/mês no horários noturno, enquanto que aqueles que exerceram suas atividades laborais após esta data, ou seja, nos regimes 5x10 e 1x2 trabalham 80 horas noturnas a cada mês”*. Requer, ao final, a procedência do pedido autoral.

Ao contestar a ação, o Estado do Ceará alegou a ilegitimidade ativa *ad causam* do autor e, no mérito, que os servidores que *“trabalham em período noturno, em turnos de revezamento, com uma série de direitos e*

privilégios, dentre os quais trabalhar um dia e folgar dois”, “já percebem, por conta das peculiaridades das atividades desempenhadas, várias vantagens pecuniárias”.

O pedido inicial foi julgado improcedente em primeira instância, sob o fundamento de que os substituídos são regidos pelo regime especial de *“fiscalização no trânsito de mercadorias, mediante plantões diuturnos”* de que trata o art. 51 da Lei 12.582/96, com carga horária mensal, ao contrário dos demais servidores do Grupo TAF, que exercem jornada semanal e 40 (quarenta) horas e fazem jus a *“direitos não verificados em outros setores da Administração”,* assim considerados a *“gratificação de localização de até 70% (setenta por cento); gratificação de produtividade e de risco de vida e saúde, exclusiva para essa categoria, no percentual de 41% (quarenta e um por cento)”.*

A sentença foi impugnada pelo autor através do recurso previsto no art. 496, inciso I, do CPC.

Nas razões recursais, o promovente aduz que *“o adicional noturno pleiteado pelo Apelante em prol de seus substituídos é norma de caráter constitucional devidamente estabelecida no art. 39, § 2º da CF/88 destinada a compensar os desgastes físicos e sociais advindos da prestação, em condições excepcionais, independentemente das demais gratificações auferidas pelo servidor”,* que *“há de modo incontestado no ordenamento jurídico estadual (Constituição Estadual de 1989) expressa previsão legal do pagamento do adicional noturno”* e que, de acordo com o Decreto nº 22.458/93, o *“adicional é devido nos casos cujo trabalho seja executado entre 22 (vinte e duas) horas de um dia às 5 (cinco) horas do dia seguinte, à base de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a hora normal de labor; não sendo condicionado o ser percebimento a ausência de outras vantagens e/ou gratificações”.*

A apelação foi recebida no duplo efeito.

Houve resposta ao apelo.

Em parecer, o Ministério Público opinou pelo provimento do recurso.

É o breve relatório.

À revisão.

Fortaleza, 25 de agosto de 2015.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Como noticiado, tem-se apelação contra sentença que julgou improcedente pedido de condenação do Estado do Ceará a pagar adicional noturno aos servidores da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará que exercem as respectivas funções em regime de plantão, de quem o Sindicato autor é substituto na presente relação processual.

De saída, cumpre consignar que inexistente lei estadual disciplinando o pagamento do adicional noturno dos servidores efetivos em geral, pois o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Ceará é omissivo quanto a essa matéria e a Lei nº 11.965/92, que “*Cria e implanta os grupos ocupacionais – Serviços Especializados de Saúde – SES e Atividades Auxiliares de Saúde – ATS do Quadro I – Poder Executivo e nos quadros de Pessoal das Autarquias Estaduais*” regula exclusivamente o pagamento de verba remuneratória por plantão noturno devida aos servidores dos referidos grupos ocupacionais, fixando-a no valor correspondente a 5% (cinco por cento) do vencimento básico, *verbis*:

Art. 23 - É devida aos servidores integrantes dos Grupos Ocupacionais Serviços Especializados de Saúde – SES e Atividades Auxiliares de Saúde – ATS a gratificação de Plantão Noturno correspondente ao percentual de 5 % (cinco por cento), sobre o vencimento básico.

Parágrafo único – Entende-se por Plantão Noturno, para efeito da concessão do benefício previsto neste artigo, o trabalho executado durante 12 (doze) horas ininterruptas e iniciado no mínimo a partir de 18 horas.

No âmbito do Estado do Ceará, a parcela remuneratória devida aos servidores efetivos em geral que exercem trabalho noturno, nos termos do art. 7º, inciso IX, da Constituição Federal e do art. 167, inciso II, da Constituição Estadual, está disciplinado exclusivamente pelo Decreto nº 22.458, publicado no Diário Oficial do Estado de 31 de março de 1993, *verbis*:

DECRETO Nº 22.458, de 29.3.1993

Dispõe sobre a concessão de adicional do trabalho noturno superior ao diurno.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ, no uso de suas atribuições legais, e com fundamento no art. 88, inciso IV e VI, da Constituição Estadual, e CONSIDERANDO que a Constituição Federal refere-se ao direito deste adicional noturno superior a do diurno, a teor do seu art. 7º, inciso IX; CONSIDERANDO, ainda, que tal garantia se estende aos servidores públicos civis, a teor do parágrafo 2º, do art. 39, da Lei Maior;

CONSIDERANDO, finalmente, a necessidade de definir o parâmetro para a sua concessão, apesar da auto-aplicabilidade do preceito constitucional enfocado, destinado aos servidores vinculados ao regime jurídico único, DECRETA:

Art. 1º - O adicional por trabalho noturno é o valor pecuniário devido ao servidor vinculado ao regime jurídico único cujo trabalho seja executado entre (22) vinte e duas horas de um dia às (5) cinco horas do dia seguinte.

Art. 2º - O trabalho noturno será remunerado com acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o salário-hora diurno.

Art. 3º - A hora de trabalho noturno será computada como de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos.

Art. 4º - Este Decreto entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PALÁCIO DO GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ, aos 29 de março de 1993.

Ciro Ferreira Gomes

Antônio Enock de Vasconcelos

Ocorre que o art. 37, inciso X, da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 19/98, dispõe que a fixação ou alteração

da remuneração dos servidores públicos e, por óbvio, de todas e cada uma das parcelas que o integram, só pode ser fixada por lei específica, *verbis*:

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 **somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica**, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

A partir de então, o Supremo Tribunal tem sido absolutamente intransigente quanto à exigência de lei formal e material na fixação ou alteração da remuneração dos servidores públicos e quanto à revogação de eventual disciplina normativa anterior que esteja em conflito com essa orientação.

Confira-se:

EMENTA : AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - REMUNERAÇÃO, SUBSÍDIOS, PENSÕES E PROVENTOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS, ATIVOS E INATIVOS, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - FIXAÇÃO DE TETO REMUNERATÓRIO MEDIANTE ATO DO PODER EXECUTIVO LOCAL (DECRETO ESTADUAL Nº 25.168/99) - INADMISSIBILIDADE - POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL - ESTIPULAÇÃO DE TETO REMUNERATÓRIO QUE TAMBÉM IMPORTOU EM DECESSO PECUNIÁRIO - OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DO ESTIPÊNDIO FUNCIONAL (CF, ART. 37, XV) - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS E POSTULADO DA RESERVA LEGAL.

- O tema concernente à disciplina jurídica da remuneração funcional submete-se ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei, vedando-se, em consequência, a intervenção de outros atos estatais revestidos de menor positividade jurídica, emanados de fontes normativas que se revelem estranhas, quanto à sua origem institucional, ao âmbito de atuação do Poder Legislativo, notadamente quando se tratar de

imposições restritivas ou de fixação de limitações quantitativas ao estipêndio devido aos agentes públicos em geral.

- O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei - analisada sob tal perspectiva - constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador.

Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento.

É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DO ESTIPÊNDIO FUNCIONAL QUALIFICA-SE COMO PRERROGATIVA DE CARÁTER JURÍDICO-SOCIAL INSTITUÍDA EM FAVOR DOS AGENTES PÚBLICOS.

- A garantia constitucional da irredutibilidade do estipêndio funcional traduz conquista jurídico-social outorgada, pela Constituição da República, a todos os servidores públicos (CF, art. 37, XV), em ordem a dispensar-lhes especial proteção de caráter financeiro contra eventuais ações arbitrárias do Estado. Essa qualificada tutela de ordem jurídica impede que o Poder Público adote medidas que importem, especialmente quando implementadas no plano infraconstitucional, em diminuição do valor nominal concernente ao estipêndio

devido aos agentes públicos. A cláusula constitucional da irredutibilidade de vencimentos e proventos - que proíbe a diminuição daquilo que já se tem em função do que prevê o ordenamento positivo (RTJ 104/808) - incide sobre o que o servidor público, a título de estipêndio funcional, já vinha legitimamente percebendo (RTJ 112/768) no momento em que sobrevém, por determinação emanada de órgão estatal competente, nova disciplina legislativa pertinente aos valores pecuniários correspondentes à retribuição legalmente devida. O NOVO TETO REMUNERATÓRIO, FUNDADO NA EC 19/98, SOMENTE LIMITARÁ A REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS DEPOIS DE EDITADA A LEI QUE INSTITUIR O SUBSÍDIO DEVIDO AOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- Enquanto não sobrevier a lei formal, de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 48, XV), destinada a fixar o subsídio devido aos Ministros da Suprema Corte, continuarão a prevalecer os tetos remuneratórios estabelecidos, individualmente, para cada um dos Poderes da República (CF, art. 37, XI, na redação anterior à promulgação da EC 19/98), excluídas, em consequência, de tais limitações, as vantagens de caráter pessoal (RTJ 173/662), prevalecendo, desse modo, a doutrina consagrada no julgamento da ADI 14/DF (RTJ 130/475), até que seja instituído o valor do subsídio dos Juizes do Supremo Tribunal Federal.

- Não se revela aplicável, desde logo, em virtude da ausência da lei formal a que se refere o art. 48, XV, da Constituição da República, a norma inscrita no art. 29 da EC 19/98, pois a imediata adequação ao novo teto depende, essencialmente, da fixação do subsídio devido aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

A QUESTÃO DO SUBTETO NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO DOS ESTADOS-MEMBROS E DOS MUNICÍPIOS - HIPÓTESE EM QUE SE REVELA CONSTITUCIONALMENTE POSSÍVEL A FIXAÇÃO DESSE LIMITE EM VALOR INFERIOR AO PREVISTO NO ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO - RESSALVA QUANTO ÀS HIPÓTESES EM QUE A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO

ESTIPULA TETOS ESPECÍFICOS (CF, ART. 27, § 2º E ART. 93, V) - PRECEDENTES.

Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.075, Rel Min Celso de Mello, Pleno, Unânime, DJ 27.06.2003

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: RESERVA DE LEI. CF, ART. 37, X; ART. 51, IV, ART. 52, XIII. ATO CONJUNTO Nº 01, DE 05.11.2004, DAS MESAS DO SENADO FEDERAL E DA CÂMARA DOS DEPUTADOS.

I. - Em tema de remuneração dos servidores públicos, estabelece a Constituição o princípio da reserva de lei. É dizer, em tema de remuneração dos servidores públicos, nada será feito senão mediante lei, lei específica. CF, art. 37, X, art. 51, IV, art. 52, XIII.

II. - Inconstitucionalidade formal do Ato Conjunto nº 01, de 05.11.2004, das Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

III. - Cautelar deferida.

Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3369, Rel Min Carlos Velloso, Pleno, Unânime, DJ 18.02.2005, p. 5

EMENTAS:

1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações.

2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas.

Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, “a”, e 84, inc. VI, “a”, da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe deem execução.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3232, Rel Min Cesar Peluso, Pleno, Unânime, DJ 02.10.2008

E M E N T A : A Ç Ã O D I R E T A D E I N C O N S T I T U C I O N A L I D A D E. R E S O L U Ç Õ E S D A C Â M A R A L E G I S L A T I V A D O D I S T R I T O F E D E R A L Q U E D I S P Õ E M S O B R E O R E A J U S T E D A R E M U N E R A Ç Ã O D E S E U S S E R V I D O R E S. R E S E R V A D E L E I.

I. PRELIMINAR. REVOGAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO DIRETA. FRAUDE PROCESSUAL. CONTINUIDADE DO JULGAMENTO.

Superveniência de Lei Distrital que convalidaria as resoluções atacadas. Sucessivas leis distritais que tentaram revogar os atos normativos impugnados. Posterior edição da Lei Distrital nº 4.342, de 22 de junho de 2009, a qual instituiu novo Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos servidores e revogou tacitamente as Resoluções 197/03, 201/03, 202/03 e 204/03, por ter regulado inteiramente a matéria por elas tratadas, e expressamente as Resoluções nºs 202/03 e 204/03. Fatos que não caracterizaram o prejuízo da ação. Quadro fático que sugere a intenção de burlar a jurisdição constitucional da Corte. Configurada a fraude processual com a revogação dos atos normativos impugnados na ação direta, o curso procedimental e o julgamento final da ação não ficam prejudicados. Precedente: ADI nº 3.232/TO, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 3.10.2008.

II . R E M U N E R A Ç Ã O D O S S E R V I D O R E S P Ú B L I C O S. P R I N C Í P I O D A R E S E R V A D E L E I.

A Emenda Constitucional 19/98, com a alteração feita no art. 37, X, da Constituição, instituiu a reserva legal para a fixação da remuneração dos servidores públicos. Exige-se, portanto, lei formal e específica. A Casa Legislativa fica apenas com a

iniciativa de lei. Precedentes: ADI-MC 3.369/DF, Relator Min. Carlos Velloso, DJ 02.02.05; ADI-MC 2.075, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27.06.2003. As resoluções da Câmara Distrital não constituem lei em sentido formal, de modo que vão de encontro ao disposto no texto constitucional, padecendo, pois, de patente inconstitucionalidade, por violação aos artigos 37, X; 51, IV; e 52, XIII, da Constituição Federal.

III . AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3306, Rel Min Gilmar Mendes, Pleno, Maioria, DJ 06.06.2011

EMENTA: AÇÃO ORIGINÁRIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MAGISTRATURA. IMPOSSIBILIDADE DE PERCEPÇÃO E INCORPORAÇÃO PELOS MAGISTRADOS TRABALHISTAS DO PERCENTUAL DE CORREÇÃO DA PARCELA AUTÔNOMA DE EQUIVALÊNCIA DEFERIDO AOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FEVEREIRO DE 1995. ADI 1899/DF. **NECESSIDADE DE LEI EM SENTIDO FORMAL PARA A MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS E AGENTES POLÍTICOS.** ARTS. 37, INC. X E XII, E 93, INC. V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. AÇÃO ORIGINÁRIA JULGADA IMPROCEDENTE.

Ação Originária nº 1.420, Rel Min Cármen Lúcia, Pleno, Unânime, DJ 19.08.2011

Importa lembrar que o óbice da garantia constitucional da irredutibilidade não se aplica ao caso ora em análise, vez que o pedido formulado na inicial em favor dos servidores substituídos consiste na condenação do Estado do Ceará na obrigação de pagar o adicional noturno que ainda não integra as respectivas remunerações.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando o art. 157, III, da Constituição Federal de 1946 e o art. 73, da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação do Decreto-Lei nº 9.666/46, editou a Súmula nº 213, *verbis*: “É devido o adicional noturno, ainda que sujeito o empregado ao

regime de revezamento”. De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que é devido o pagamento do adicional noturno previsto no art. 75, da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União) ao servidor público federal que trabalha em regime de plantão (Recurso Especial nº 1.292.335). Como se constata, o adicional noturno estava previsto em lei específica em ambas as situações.

Ocorre que, no caso dos servidores públicos estaduais, o adicional noturno não está disciplinado por lei específica e, após o Emenda Constitucional nº 19/98, que revogou implicitamente o Decreto nº 22.458/1993, nem mesmo por ato infralegal.

Aplica-se, relativamente a emenda constitucional superveniente, como ocorre no caso em análise, a orientação do Supremo Tribunal Federal sobre o efeito revogador dos atos normativos anteriormente vigentes de hierarquia inferior que decorre da promulgação de nova Constituição, *verbis*:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
- IMPUGNAÇÃO DE ATO ESTATAL EDITADO
ANTERIOREMENTE A VIGENCIA DA CF/88 -
INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE -
INOCORRENCIA - HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DO ATO
HIERARQUICAMENTE INFERIOR POR AUSÊNCIA DE
RECEPÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO
DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - ACÇÃO
DIRETA NÃO CONHECIDA.

- A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pre-constitucionais não se predis põem, vigente uma nova Constituição, à tutela jurisdiccional de constitucionalidade *in abstracto*.

- Orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 - 95/993 - 99/544) – foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988.

- A incompatibilidade vertical superveniente de atos do poder público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7, Rel Min Celso de Mello, Pleno, Unânime, DJ 04.09.92

É certo, ainda, que o Poder Judiciário não pode conceder aumento de remuneração ou extensão de vantagem a servidor público, com fundamento no princípio da isonomia, para o fim de reconhecer o direito dos substituídos à percepção do adicional noturno eventualmente pagos a outros servidores públicos estaduais, por faltar-lhe a competência legislativa de que trata o art. 37, X, da Constituição Federal, *verbis*:

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.

(STF – Súmula 339)

Por fim, registre-se que a presente via processual não é adequada ao exame da matéria na perspectiva própria do mandado de injunção previsto no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal.

Forte em tais razões, conheço da apelação e nego-lhe provimento.
É como voto.

Fortaleza, 14 de setembro de 2015.

PROCESSO Nº 0695422-11.2000.8.06.0001

RECURSO APELATÓRIO DA COMARCA DE FORTALEZA

APELANTE: TS TECNOLOGIA E SERVIÇOS EM AUTOMAÇÃO
INDUSTRIAL LTDA.

APELADA: ENATEC – ENGENHARIA LTDA.

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. VIOLAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. RESTITUIÇÃO DE VALOR. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. INTELIGÊNCIA DO ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RATEIO PROPORCIONAL DE DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS. RECURSO APELATÓRIO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Restou devidamente comprovado, através de laudo pericial, o defeito e, conseqüente, inexecução parcial da prestação do serviço contratado pela apelada.
2. Dessa forma, devida a restituição de valores pagos, descontada a quantia relativa à parte efetivamente executada, objetivando evitar o enriquecimento sem causa, nos termos do art. 884 do Código Civil.
3. Os pedidos de dano moral e dano material foram julgados improcedentes no primeiro grau, razão pela qual resta configurada a sucumbência recíproca, afastada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil.

4. Destarte, os honorários advocatícios e periciais, bem como as custas processuais, devem ser rateadas na proporção de 68% para a autora/apelada e 32% para a ré/apelante.

5. Recurso Apelarório CONHECIDO e PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do Recurso Apelarório para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 14 de setembro de 2015.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Apelarório em Ação de Restituição de Valores c/c Reparação de Danos ajuizada por ENATEC – ENGENHARIA LTDA., contra a empresa TS TECNOLOGIA E SERVIÇOS EM AUTOMAÇÃO INDUSTRIAL LTDA., ora apelante, na qual o juízo monocrático da 18ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, fls. 302/305, julgou parcialmente procedente o pleito autoral, condenando a ré na restituição do valor pleiteado à empresa autora, qual seja, R\$ 78.860,00 (setenta e oito mil, oitocentos e sessenta reais), bem como no pagamento das custas processuais, honorários advocatícios à base de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação e honorários periciais, antecipados pela autora, ora apelada.

Na peça exordial, fls. 02/26, a empresa requerente alegou ter firmado contrato com o Estado da Paraíba para executar o serviço de implantação do sistema de automação da adutora do Cariri, necessitando subcontratar a empresa demandada para esta prestar alguns trabalhos necessários ao cumprimento daquele primeiro negócio jurídico.

Alegou falha por parte da requerida/apelante, tanto no que concerne ao serviço prestado, quanto no prazo estabelecido para seu cumprimento. Dessa forma, solicitou a restituição do valor pago à demandada/apelante, descontado aquilo que fora efetivamente cumprido, totalizando a quantia de R\$ 78.860,00 (setenta e oito mil, oitocentos e sessenta reais). Também pugnou pela condenação em danos morais, apontando para estes, a quantia de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) e danos materiais no patamar de R\$ 32.063,98 (trinta e dois mil, sessenta e três reais e noventa e oito centavos).

Em sede de contestação, fls. 85/102, a promovida/apelante afirmou que o prazo assinalado no contrato só poderia ser cumprido desde que fossem atendidas algumas medidas por parte da autora/apelada; não podendo, assim, ser responsabilizada pelo inadimplemento do contrato, por decorrer de culpa exclusiva da empresa autora.

Réplica às fls. 147/155.

Houve tentativa de conciliação infrutífera, fls. 163/164. Ato contínuo, em audiência de instrução, fls. 167/168, ficou determinada a realização de prova pericial.

O laudo do *expert* foi apresentado às fls. 219/232, havendo consecutivas manifestações da parte promovida, fls. 247/250, e promovente, fls. 251/264, respectivamente.

Novos esclarecimentos do perito, fls. 271/275, seguidas de novas manifestações das partes, autora às fls. 277/285, e ré, fls. 294/297.

Sentença nos termos já mencionados às fls. 302/305.

A parte autora apresentou Embargos Declaratórios, os quais foram acolhidos pelo juiz singular, fl. 314, esclarecendo que a parte ré também deveria arcar com os honorários do perito, além das custas processuais e dos honorários advocatícios antes fixados.

Inconformada, a empresa promovida interpôs o presente Recurso de Apelação, cujas razões repisam os fatos articulados na contestação, fls. 318/323. Aduz que a sentença foi equivocada, vez que o serviço foi feito, tendo recebido o pagamento apenas após sua execução. Outrossim, a recorrente alega que a parte não cumprida do contrato (especificamente as alíneas “e”

e “f” da Cláusula Quarta), teve como causa a culpa exclusiva da autora/apelada. Os demais serviços, tais como fornecimentos dos rádios de dados e da instalação de sensores e de outros componentes necessários aos sinais de condução, eram de responsabilidade da promovente, ora apelada, que os adquiriu da empresa AIB.

A apelante insurge-se também contra a condenação em honorários advocatícios e periciais, os quais deveriam ser rateados entre as partes, tendo em vista a sucumbência recíproca, com base no art. 21 do Código de Processo Civil. Ao final, pugnou pela reforma do *decisum* monocrático.

Em sede de contrarrazões, fls. 329/334, a empresa autora, ora apelada, busca a manutenção da sentença ora combatida.

Distribuído o presente recurso a este relator, encaminhei o feito à Central de Conciliação, contudo, sem êxito, tendo em vista o não comparecimento das partes a audiência, conforme certificado pela Central à fl. 448.

É o que importa relatar.

À douta revisão.

Fortaleza, 25 de agosto de 2015.

VOTO

O recurso é cabível, tempestivo e com o devido preparo, passando ao seu enfrentamento.

Analisando detidamente os autos, especificamente os pontos exclusivamente combatidos quanto ao mérito, entendo que acertadamente decidi o ilustre magistrado de primeiro grau ao condenar a parte apelante na restituição à empresa apelada da quantia de R\$ 78.860,00 (setenta e oito mil, oitocentos e sessenta reais). Senão vejamos.

Pelo que se extrai do conjunto probatório, o perito detectou que houve falha na prestação do serviço por parte da demandada, ora apelante, embora também tenha reconhecido problemas por parte da demandante, ora apelada, a exemplo do descumprimento da Cláusula 6.1, item c, conforme constou nos quesitos 8 e 16, formulados pela apelante, fls. 226 e 228.

Ponto crucial e conclusivo da perícia, foi a constatação de que se a apelante tivesse executado os serviços contratados de forma satisfatória e sem falhas, não haveria a necessidade do ajuste de terceira pessoa, quem seja, Sr. Emmanuel Ferreira de Carvalho (ver quesito 6 dos formulados pela parte apelada - fl. 229). Ainda, afirmou o perito que “*os serviços contratados ao Sr. EMMANUEL FERREIRA DE CARVALHO, constavam dentre os que deveriam ser realizados pela TS AUTOMAÇÃO (...)*”, fl. 231. Ou seja, por essas conclusões do *expert*, indubitável entremostra-se o defeito no serviço prestado pela apelante e, portanto, sua responsabilidade perante a apelada.

Regra jurídica basilar é não permitir o enriquecimento ilícito por uma das partes, hoje consagrado no art. 884 do Código Civil, *verbis*:

“Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

Portanto, deve ser restituído somente o valor pago, limitando-se ao serviço não executado. Aquilo que foi feito pela ora apelante, deve ser remunerado. Destarte, da quantia paga pela apelada à apelante, devem ser descontados os 30% (trinta por cento) correspondentes à entrega dos painéis de UTRs, item contratual devidamente cumprido (Cláusula Quarta, item c), conforme constou no laudo pericial (quesito 1 formulado pela apelante - fl. 224).

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PACTUAÇÃO EXPRESSA. SÚMULAS 5 E 7/STJ. TAXA ANUAL SUPERA O DUODÉCUPLO DA TAXA MENSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. PROIBIÇÃO DA INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. MORA DESCARACTERIZADA. REPETIÇÃO/COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Tendo o v. aresto recorrido afirmado a inexistência de expressa pactuação a respeito da cobrança de juros capitalizados em periodicidade mensal, é inviável a pretensão recursal, porquanto demandaria rever questões fáticas e interpretação de cláusula contratual, o que se sabe vedado nesta instância especial. Incidência das Súmulas 5 e 7 desta Corte Superior de Justiça.

2. A questão relativa à existência de pactuação expressa quando a taxa anual superar o duodécuplo da taxa mensal não foi objeto de decisão no acórdão recorrido, e o recorrente não opôs embargos declaratórios na origem com o intuito de provocar o pronunciamento da instância ordinária sobre o aludido tema, de modo que ausente o necessário prequestionamento, inviabilizando o conhecimento do apelo especial. Súmulas 282 e 356 do STF.

3. No tocante à comissão de permanência, a eg. Segunda Seção desta Corte pacificou a orientação no sentido de ser ela admitida, no período de inadimplemento contratual, à taxa média do mercado apurada pelo Banco Central do Brasil e limitada à taxa do contrato, desde que não esteja cumulada com correção monetária (Súmula 30/STJ), com juros remuneratórios (Súmula 296/STJ), com juros moratórios nem com multa contratual.

4. Quanto à inclusão do devedor nos cadastros de inadimplentes, também não assiste razão à instituição financeira. Isso, porque, no caso, não ficou caracterizada a mora do devedor.

5. **No que concerne à compensação de valores e à repetição do indébito, esta eg. Corte tem jurisprudência pacífica no sentido de seu cabimento “sempre que verificado o pagamento indevido, em repúdio ao enriquecimento ilícito de quem o receber, independentemente da comprovação do erro.”** (REsp 615.012/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 8.6.2010) 6. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no Ag 1396477/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 18/06/2015).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXAME DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. AÇÃO DE COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO VERBAL.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMPROVADA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DO NÃO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ.

1. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça examinar na via especial suposta violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, no sentido de que restou comprovada a prestação de serviços ao Município, consideradas as peculiaridades do caso concreto, exigiria novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, demonstrada a efetiva realização do objeto contratado, não pode a Administração se locupletar indevidamente, devendo indenizar o particular pelos serviços prestados.

4. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no AREsp 656.215/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 26/03/2015).

“ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO – ENERGIA ELÉTRICA – TARIFICAÇÃO – COBRANÇA POR FATOR DE DEMANDA DE POTÊNCIA – LEGITIMIDADE.

1. Os serviços públicos impróprios ou UTI SINGULI prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação a concessionários, como previsto na CF (art. 175), são remunerados por tarifa, sendo aplicáveis aos respectivos contratos o Código de Defesa do Consumidor.

2. A prestação de serviço de energia elétrica é tarifado a partir de um binômio entre a demanda de potência disponibilizada e a energia efetivamente medida e consumida, conforme o Decreto 62.724/68 e Portaria DNAEE 466, de 12/11/1997.

3. A continuidade do serviço fornecido ou colocado à disposição do consumidor mediante altos custos e investimentos e, ainda, a responsabilidade objetiva por parte do concessionário, sem a efetiva contraposição do consumidor, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito.

4. Recurso especial improvido.”

(REsp 609.332/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2005, DJ 05/09/2005, p. 354).

O doutrinador Limongi França, defendendo essa ideia e conceituando o enriquecimento sem causa, assim se expressa:

“Enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico.”
(*In* Enriquecimento sem Causa. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987).

Carlos Valder do Nascimento diz que o pagamento indevido insere-se no contexto do enriquecimento sem causa, o que não se coaduna com a consciência jurídica, que consagra a moralidade como valor supremo da sociedade (Execução contra a Fazenda Pública: Fundada em Título Executivo Ilegítimo, São Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1998 – (Coleção Saber Jurídico).

Para Acquaviva enriquecimento ilícito é o “aumento de patrimônio de alguém, pelo empobrecimento injusto de outrem. Consiste no locupletamento à custa alheia, justificando a ação de in rem verso.” (Marcus Cláudio Acquaviva, Dicionário Jurídico Brasileiro, 9ª edição, ver., atual. e ampl., São Paulo, Editora Jurídica Brasileira, 1998).

Dessa forma, a restituição devida e pleiteada pela parte autora foi no valor de R\$ 78.860,00 (setenta e oito mil, oitocentos e sessenta reais), valor este que deve ser mantido.

No tocante às despesas processuais e aos honorários advocatícios e periciais, a sentença recorrida merece reparo nesses pontos.

O pleito autoral consistiu em: a) pedido de restituição da quantia de R\$ 78.860,00, julgado procedente; b) pedido de reparação por dano moral no valor de R\$ 130.000,00, julgado improcedente; e c) pedido de reparação por dano material no valor de R\$ 32.063,98, da mesma forma julgado improcedente. Com efeito, o proveito econômico para todos os

pedidos leva ao montante de R\$ 240.923,98. Portanto, obtendo êxito apenas com relação ao pedido de restituição dos valores pagos, ou seja, R\$ 78.860,00, temos que a autora/apelada foi vitoriosa em 32,73% ($= 78860 \div 240923,98$) de sua pretensão inicial.

Em consequência, considerando a sucumbência recíproca, porém maior para a empresa apelada, esta deve arcar com o pagamento de 68% (sessenta e oito por cento) das custas processuais, ficando os outros 32% (trinta e dois por cento), sob a responsabilidade da parte apelante, cabendo-lhe efetuar o ressarcimento daquilo que foi antecipado pela autora.

Os honorários advocatícios foram fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação em favor do patrono da parte autora, tendo por base o êxito de sua ação. Da mesma forma, considerando a sucumbência recíproca, arbitro honorários advocatícios em favor do patrono da parte demandada em 15% (quinze por cento) sobre a pretensão autoral desacolhida, isto é, sobre o pedido de reparação por dano moral (R\$ 130.000,00) e reparação por dano material (R\$ 32.063,98), admitida a compensação na forma da Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto aos honorários periciais, antecipados pela parte autora, deverá ser rateado na mesma proporção, devendo a apelada ser ressarcida em 32% (trinta e dois por cento) devidos pela apelante.

Ante o exposto, **CONHEÇO** do Recurso Apalatório para **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, modificando a sentença recorrida, nos termos acima fixados.

É como voto.

Fortaleza, 14 de setembro de 2015.

PROCESSO Nº 0724147-10.2000.8.06.0001

RECURSOS APELATÓRIO DA COMARCA DE FORTALEZA

APELANTE: G. C. BOMBONIERE LTDA.

APELADA: SERVAC EMPREENDIMENTOS LTDA.

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: RECURSOS APELATÓRIO. DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRIVADA DE SEGURANÇA E MONITORAMENTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO NÃO COMPROVADA. RECURSO APELATÓRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1 – O dever de reparar impõe-se configuração de ato ilícito, nexos causal e dano, nos termos dos arts. 927, 186 e 187 do Código Civil, de modo que ausente demonstração de um destes requisitos, não há que se falar em condenação, ressalvada a hipótese de responsabilidade objetiva, na qual prescindível a demonstração da culpa.

2 – O serviço de monitoramento e segurança particular constitui obrigação de meio, não sendo, portanto, possível atribuir responsabilidade à empresa prestadora do serviço quanto à ocorrência de furto, se realizada vistoria externa no local nos moldes em que contratado e, por liberalidade do contratante, houve a dispensa de verificação interna.

3 – Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do Recurso Apelarório, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 14 de setembro de 2015.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Apelarório apresentado em face de sentença do juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, fls. 195/199, que, nos autos da Ação de Reparação de Danos proposta por G. C. BOMBONIERE LTDA. em desfavor da SERVNAC EMPREENDIMENTOS LTDA., julgou improcedente a pretensão autoral, condenando a requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Narra a parte autora, na inicial, fls. 02/09, que aos 10 (dez) dias do mês de março de 2003, celebrou Contrato de Prestação de Serviços de Segurança, com locação e monitoramento, junto à empresa requerida. Acrescenta que, em 16 de agosto do mesmo ano, por volta das 22h11min, ocorreu um disparo sonoro no seu estabelecimento comercial, dirigindo-se a viatura da promovida até o local, e lá permanecendo por alguns minutos. Informa que, no primeiro dia útil seguinte ao fato, ao adentrar na sua loja, foi surpreendido com um buraco na parede, correspondente ao estabelecimento vizinho, que estava desocupado, observando daí, que todos os sensores haviam sido danificados e boa parte da sua mercadoria roubada. Buscou o ressarcimento do prejuízo, contudo, não logou êxito no seu intento, mesmo depois de várias reuniões no escritório do advogado da empresa postulada. Requer por fim, depois de transcrever doutrina e jurisprudência ao seu favor, a procedência do pedido, com a condenação em danos materiais e morais, atribuindo à causa, R\$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais).

Contestação apresentada às fls. 62/66, aduzindo, em suma, que na ocasião do furto, deslocou uma viatura ao local, onde não constatou nenhuma irregularidade na área externa. Esclarece que o laudo pericial realizado, fls. 18/26, destaca que a invasão do prédio, iniciou-se pela área não acobertada pelos sensores, não podendo, por isso, ser responsabilizado pelo ressarcimento do prejuízo sofrido. Pugna pela improcedência da ação, com a condenação da requerente no ônus sucumbencial.

Sentenciando o feito, fls. 195/199, foi julgado improcedente, porquanto reconheceu que não houve falha no sistema de segurança, vez que o próprio representante da autora, informou que o “alarme soou por diversas vezes, notificando a empresa requerida, fazendo com que esta deslocasse uma viatura sua até o local.”

Apelou a demandante, fls. 203/208, formulando em suas razões as mesmas alegações contidas na inicial, acrescentando que não foi prestado o serviço de forma eficiente para evitar o ocorrido, posto que o equipamento não funcionou de forma correta. Requer, assim, o provimento do recurso, com o fim de ser reformada no todo a sentença.

Transcorreu *in albis* o prazo para a promovida apresentar contrarrazões, conforme certidão de fl. 213.

É o relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 25 de agosto de 2015.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos ao conhecimento do Recurso Apalatório, eis que próprio e tempestivo.

Através da presente ação, a autora pretende ser ressarcida pelos danos materiais e morais sofridos em decorrência do furto ocorrido no seu estabelecimento comercial que, segundo alega, poderia ter sido evitado, não fosse a falha na prestação de serviço da empresa contratada.

Informou a autora que, com o intuito de preservar seu patrimônio, celebrou com a SEVNAC, em 10/03/2003, Contrato de Prestação de Serviços, com prazo mínimo de duração de 24 (vinte e quatro) meses,

que englobava a instalação de equipamentos de segurança eletrônica em sua loja, o monitoramento e unidades volantes de atendimento, que consistiam na instalação dos equipamentos, dentre eles a Central de Alarme, sensores e sirenes.

Afirmou que, apesar da contratação feita, ocorreu violação de suas dependências no dia 16/08/2003, que resultou no furto de diversas mercadorias, sem que tenha a ré tomado as providências quanto ao fato.

Em sua defesa, a promovida sustentou que os equipamentos de segurança foram corretamente instalados no estabelecimento da autora, e que prestou o serviço de monitoramento dirigindo-se ao local, depois de acionado o alarme.

O magistrado singular, entendendo não ter sido possível detectar a culpa pelo ocorrido, julgou improcedente os pedidos iniciais, condenando a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrando estes últimos em 10% do valor da causa.

Eis os limites da lide.

Como cediço, o dever de indenizar impõe-se ocorrência de ato ilícito, nexa causal e dano, nos termos em que estatuídos nos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, *verbis*:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

“Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (art.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Extrai-se, portanto, que o direito à reparação civil exige-se ocorrência de ato ilícito, nexa causal e dano.

Noutro norte, o dever de reparar por danos causados na prestação defeituosa de serviços dispensa a prova da culpa do prestador,

bastando a comprovação do dano e do nexo de causalidade, conforme art. 14 do CDC, *verbis*:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

Haverá, portanto, responsabilização do prestador de serviços quando provado o dano e o nexo de causalidade, afastando-se o dever de reparação apenas se demonstrada a culpa exclusiva do consumidor, de terceiro ou a ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

Na espécie, o cerne do litígio consiste em aferir se houve falha na prestação do serviço por parte da empresa de segurança, a fim de se verificar o nexo causal e os danos suportados pela demandante.

Primeiramente, resta incontroverso que a invasão deu-se por um buraco na parede lateral do estabelecimento, aberto através do imóvel vizinho que, há época, encontrava-se desocupado, sem qualquer segurança, o qual a requerida não tinha controle ou responsabilidade.

Indiscutível, ainda, que o sistema contratado estava funcionando e ativado, tanto é que disparou, enviando a empresa promovida uma viatura até o local.

Extrai-se, também, que a ré entrou em contato com o proprietário da empresa autora na ocasião do sinistro, em razão do acionamento do alarme instalado, e que o mesmo, após relato de aparente tranquilidade feito por funcionário da viatura, informou da impossibilidade de comparecer ao local, dispensando a realização de vistoria interna, vez que essa só seria possível com sua presença.

A sentença é enfática no ponto, não sendo este, especificamente, impugnado pela outra parte:

“Ademais, podemos extrair das provas carreadas aos autos que houve negligência por parte do representante do requerente quando do acontecido.

Conforme o contrato celebrado, em caso de roubos os agentes da empresa requerida só poderão adentrar ao imóvel acompanhado pelo proprietário ou responsável por ele indicado, presente no local, o que não aconteceu, conforme afirmado nos depoimentos testemunhais.

Talvez, se o proprietário ou responsável, no momento do ocorrido, tivesse comparecido ao local, teria, juntamente com a equipe de segurança da requerida que lá se encontrava, evitado esse furto que lhe trouxe tamanhos prejuízos.”

Nesse cenário, tenho que a ré cumpriu com suas obrigações avençadas contratualmente, sendo liberalidade da autora não prosseguir com a vistoria interna do imóvel.

Ademais, das disposições contratuais regentes da relação jurídica existente entre as partes, pode-se inferir, facilmente, que o serviço prestado pela empresa contratada constitui obrigação de meio, não garantindo o resultado, de modo que não é de sua responsabilidade a adoção de práticas contra ação nociva de meliantes, sendo esta imputada ao competente Órgão Público de Segurança.

Destarte, considerando os elementos probantes aqui reunidos, tenho que não se faz possível imputar responsabilidade à empresa promovida pelo furto ocorrido no estabelecimento comercial da autora, pois ausente o nexo causal.

Com essas considerações, conheço do recurso para negar-lhe provimento, mantendo a sentença em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 14 de setembro de 2015.

PROCESSO: 00162-60.2012.8.06.0186 - APELAÇÃO

APELANTE: SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE APUIARÉS - SINDSEP

APELADO: MUNICÍPIO DE APUIARÉS

RELATOR: DES. JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA

EMENTA: PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. ART. 8º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INTERESSES DA CATEGORIA. PARTE DOS FILIADOS. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE. SÚMULAS 629 E 630.

1. Trata-se de Apelação cível contra sentença que extinguiu o pedido de implantação do piso salarial dos professores municipais de Apuiarés - Ceará, por falta de representação judicial da categoria.

2. O sindicato é o representante legítimo para representar a categoria, ou parte dela, judicial e administrativamente - Art. 8º, II, da Carta Magna.

3. A legitimação sindical para representar a categoria, ou parte dela, é extraordinária, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, caracterizando substituição processual a prescindir da autorização da classe quando a defesa de seus interesses se dá pelo sindicato. Precedentes do STF.

4. “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”. Súmula 630 do STF. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso de Apelação Cível nº 00162-60.2012.8.06.0186, em que figuram as partes indicadas, ACORDA a 8ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em DAR PROVIMENTO ao recurso de apelação de acordo com o voto do relator.

Fortaleza, 14 de julho de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Sindicato dos Servidores Público Municipais de Apuiarés contra sentença exarada pela MMª. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Apuiarés – Ceará, em procedimento ordinário de Ação de Cobrança que o apelante promoveu contra o município apelado – fls. 191/194.

Quanto aos fatos, o Sindicato apelante pretende a implementação do piso salarial dos professores do município de Apuiarés com base na Lei Federal nº 11.738/2008, o que não teria sido observado pela Administração Municipal, além de que o Município se abstenha de utilizar o percentual de 60% (sessenta por cento) do recurso do FUNDEB como fonte de pagamento de encargos sociais patronais, que não integram a remuneração dos professores.

A sentença decidiu pela improcedência do pedido, considerando vício insanável de representação do Sindicato a não autorização dos filiados para a substituição processual – fls. 177/180.

Nas razões do recurso, o apelante alega, em suma, a desnecessidade de autorização dos filiados para fins de representação, porquanto o sindicato possui a garantia constitucional de substituir processualmente os servidores independentemente de autorização.

Devidamente intimado para apresentar as contrarrazões, o apelado deixou fluir o prazo sem nada apresentar – certidão à fl. 204.

Manifestação da douda Procuradoria de Justiça, pugnando pelo provimento do apelo para reformar a sentença – fls. 219/224.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

Como relatado, trata-se de recurso de apelação por parte do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Apuiarés, em face da decisão judicial de primeiro grau que extinguiu a Ação Ordinária de Cobrança que o apelante ajuizou contra o apelado.

Inicialmente, entendo presentes os requisitos para interposição do recurso, ensejando seu conhecimento.

Pelos fatos depreende-se que o sindicato autor, aqui apelante, pretende a implantação do piso salarial dos professores municipais de acordo com o que estabelece a Lei Federal nº 11.738/2008.

A sentença apelada extinguiu a ação considerando vício insanável a ausência de representação dos servidores, porquanto não se tratava de substituição processual em que o interesse do sindicato se confunde com a pretensão de seus filiados.

Por sua vez, o apelante argumenta primordialmente sobre a previsão constitucional contida no art. 8º, inciso III, que confere legitimidade ao sindicato para atuar em defesa dos direitos e interesses da categoria, contrapondo-se à generalidade do art. 5º, inciso XXI, da Carta Magna, que exige autorização para representatividade de entidades associativas.

Restringe-se, então, a demanda na verificação da necessidade de autorização representativa do ente sindical.

De início, de fácil entendimento a legitimidade do sindicato para atuar em defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, tanto em questões judiciais como administrativas (art. 8º, III, CF).

Entretanto, o que se denota da regra acima é a omissão quanto à forma de atuação sindical, porquanto não estabelece como se dá a representação jurídica ou administrativa para a defesa dos interesses da categoria.

O sindicato é uma forma específica de associação, que deve observar regras próprias, demonstrando sua característica autônoma de relação laborativa. Assim, em tese, a necessidade de autorização para representação deste tipo de associação deveria estar regulada no art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, que determina a anuência dos filiados para atuação da associação em geral.

Contudo, a Corte Suprema decidiu quanto à expressão contida no art. 5º, inciso XXI, da Carta Magna “...quando expressamente autorizada...” para definir ser incabível sua necessidade quando se tratar de associação sindical. Neste sentido:

“EMENTA: PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.” (STF – RE 193.503/SP – Pleno – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 1 24.08.2007)

De outra sorte, faço menção ao acórdão reproduzido pelo apelante referente ao RE nº 555.720, da lavra do eminente Ministro Gilmar Mendes, do qual destaco o seguinte excerto: “*Esta Corte firmou o entendimento segundo o qual o sindicato tem legitimidade para atuar como substituto processual na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais homogêneos da categoria que representa...*” - fl. 193.

Questão que ressalta das decisões supras e do próprio entendimento jurisprudencial é o significado de “substituição processual”. Neste sentido, o STF consagrou a teoria da substituição processual para a definição da legitimação extraordinária do ente sindical.

Para tanto, transcrevo o entendimento exarado no RE 214668, sob Relatoria do nobre Ministro Carlos Velloso, o qual estabelece:

“...Na verdade, cumpre distinguir a hipótese do art. 5º, XXI – caso de representação, em que se exige a autorização expressa dos filiados, certo que ‘entidades associativas’ não compreendem organizações sindicais, mas associações – do mandado de segurança coletivo do inciso LXX do art. 5º da Constituição. Neste tem-se substituição processual, o que parece ocorrer, também, na hipótese do art. 8º, III, da Lei Maior. Ada Palegrini Grinover, forte em ‘moderna tendência doutrinária que vê, na legitimação de entidades que ajam na defesa de interesses institucionais, uma verdadeira legitimação ordinária’, consoante se pode ver de estudos e trabalhos de Vicenzo Vigoriti, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe e da própria Ada Palegrini Grinover, leciona: “De modo que, caso a caso, dever-se-á verificar se a entidade age na defesa de seus interesses institucionais – proteção ao ambiente, aos consumidores, aos contribuintes, por exemplo – e neste caso a legitimação seria ordinária; ou se atua no interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais: neste caso, sim, haveria uma verdadeira substituição processual.”

Assim, a legitimação extraordinária se prende à defesa dos interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos, caracterizando substituição processual a prescindir de representação, conforme o entendimento supra, aplicável ao inciso III, do art. 8º, da Carta Magna.

Decorre do julgamento acima, a edição das Súmulas nº 629 e nº 630 pela Corte Suprema, cujos enunciados expressam o seguinte:

“Súmula 629 – A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe das autorização destes.”

“Súmula 630 – A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.”

No presente caso, a pretensão sindical se volta à implantação de piso salarial de professores municipais em equivalência ao piso nacional da categoria.

Na verdade, outras classes integram o sindicato, que representa os servidores públicos de Apuiarés, como, por exemplo, motoristas ou agentes administrativos, e não apenas os professores do município, cuja pretensão por certo não atinge a toda a categoria.

Porém, o caso se amolda à substituição processual, porquanto os interesses comuns pretendidos se limitam a uma parte dos filiados, no caso os servidores qualificados como professores, cuja representação, nos termos dos julgados acima reproduzidos e das Súmulas editadas pela Suprema Corte, dispensam a autorização para serem representados em juízo.

Portanto, pelo exposto, conheço do recurso, por entender presentes os requisitos de admissibilidade, para, em consonância com o parecer ministerial, DAR-LHE PROVIMENTO desconstituindo a sentença quanto à extinção do processo pela ausência de autorização para representação judicial dos filiados ao ente sindical, devolvendo as autos para a regular tramitação da demanda.

É como voto.

Fortaleza, 14 de julho de 2015.

PROCESSO: 0000301-86.2009.8.06.0163 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

APELANTE: MUNICÍPIO DE SÃO BENEDITO

REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE SÃO BENEDITO

APELADO: ECAD - ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

RELATOR: DES. HERÁCLITO VIEIRA DE SOUSA NETO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. CIVIL. DIREITO AUTORAL. EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS EM EVENTO PÚBLICO GRATUITO PATROCINADO PELO MUNICÍPIO. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO PELO ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO (ECAD) E RECOLHIMENTO DOS DIREITOS AUTORAIS. NECESSIDADE. ATIVIDADE NÃO LUCRATIVA. IRRELEVÂNCIA. APLICAÇÃO DA LEI N.º 9.610/98. APELO E REEXAME CONHECIDOS E DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

1 - É fato incontroverso, admitido pela parte ré nas exposições de suas razões, que foram realizadas pelo Município de São Benedito, duas festividades de Carnaval, para entretenimento público, denominadas Benefolia/2006 e Benefolia/2008 com reprodução de obras musicais sem autorização prévia do ECAD e carente de recolhimento dos valores referentes aos direitos autorais.

2 - O cerne da querela versa sobre os direitos autorais decorrentes da execução de músicas em festas de caráter carnavalesco patrocinadas gratuitamente pelo Município de São Benedito.

3 - Os eventos ocorreram sob a vigência da Lei 9.610/98, em que, em seu artigo 68, dispõe sobre a fiscalização, arrecadação e cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central, decorrentes da execução pública de obras teatrais, musicais ou lítero-musicais e fonogramas.

4 - Diferentemente do estipulado na lei revogada de nº 5.988/73, a norma atual, subtraiu do texto os termos “lucro direto ou indireto” ou seja, não é mais exigido o proveito econômico nos eventos em que ocorrer execução pública de obras artísticas, literárias ou científicas como pressuposto para autorização da cobrança. Portanto, a partir da vigência da Lei nº 9.610/98, a obtenção de proveito econômico por aquele que executa publicamente obras musicais passou a ser fato prescindível para o recolhimento de direitos autorais.

5 - No que diz respeito ao quantum da condenação, foram observados os parâmetros determinados dentro do sistema de normas gerais do Escritório Central de Arrecadação, pois “segundo jurisprudência pacífica do STJ, a tabela de arrecadação, elaborada pelo ECAD, serve de substrato ao pleito de ressarcimento, diante da natureza privada dos direitos violados, sendo vedado ao Poder Público modificar tais parâmetros”. (REsp 1450940. Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Data da Publicação: 08/06/2015).

6 - Diante da negligência do Município apelante ao realizar festa aberta ao público com reprodução de obras artísticas musicais sem prévia e expressa autorização do ECAD e sem pagamento dos

direitos autorais, devem ser preservados os exatos termos da sentença alvejada.

7 – Recurso e Reexame conhecidos e desprovidos. Sentença Mantida.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nos autos do processo nº. 0000301-86.2009.8.06.0163, por unanimidade, por uma de suas Turmas, em conhecer do reexame e do recurso interposto, para negar-lhes provimento, tudo de conformidade com o voto do eminente Relator.

Fortaleza, 2 de março de 2016.

RELATÓRIO

Cuidam-se de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta pelo Município de São Benedito contra sentença exarada pela Dra. Janayna de Oliveira e Silva, MM^a. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de São Benedito/CE que julgou procedente o pedido autoral nos autos da ação de Cumprimento de Preceito Legal e Indenização por Perdas e Danos (fls. 283/286)

Em sede de petição inicial afirma a parte autora que o ECAD promove a defesa, arrecadação e distribuição de direitos autorais. Alega que o réu no desempenho de atividades culturais e também de caráter político, de forma habitual utiliza obras musicais, lítero-musicais e fonogramas em apresentações públicas com participação remunerada de artistas, fato público e notório, a exemplo da Benefolia 2008 e 2009. Esclarece que os shows são realizados sem a autorização dos titulares das obras e sem o recolhimento dos valores devidos, em desatenção ao disposto nos artigos 28, 29, 68 parágrafos 2º, 3º, e 4º da Lei 9.619/98 e a proteção constitucional do direito autoral prevista no artigo 5º, XXVII da CF/88.

Requeru no mérito, a condenação do réu, na condição de usuário eventual das obras artísticas, ao pagamento de 10% do custo musical nos termos do Regulamento de Arrecadação do ECAD com apuração do valor em fase de instrução probatória ou em liquidação de sentença, bem como ao pagamento da indenização em perdas e danos com correção monetária de juros a 1% e ônus sucumbencial.

Documentos apresentados pela parte autora às fls. 16/136.

Contestação as folhas 187/201.

Réplica às folhas 239/246.

Realizada audiência conciliatória não resultou em acordo (fl. 267).

Anunciado o julgamento antecipado da lide (fl. 276).

Em sentença acostada às fls. 283/286 a magistrada singular julgou procedente o pleito, proibindo o réu ao uso de obras lítero-musicais e fonogramas, sem prévia e expressa autorização autoral, bem como a condenação ao pagamento de perdas e danos nos termos do regulamento de arrecadação do ECAD, à razão de 10% do custo dos eventos musicais descritos na exordial, bem como ao recolhimento de custas e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa.

Em recurso apelatório, repisando os argumentos expostos na contestação, aduz o réu que os eventos Benefolia 2006 e Benefolia 2008 foram promovidos pelo Município gratuitamente, objetivando tão somente proporcionar momentos de entretenimento à população, por isso não há que se falar em pagamento de direitos autorais em face da reprodução de obras musicais. Argumenta que a condenação imposta representa agressão ao comando constitucional que ampara a função social. Defende que há uma limitação dos direitos autorais em favor da função social para atender aos interesse coletivos, cultura do povo e promover a igualdade. Destaca ainda que é entendimento pacífico do STF de que a execução de obras musicais em evento público de Município sem a cobrança de ingresso, não autoriza ao pagamento de direitos autorais. Requeru o provimento do recurso e a reforma da sentença alvejada para julgamento improcedente da ação. (fls. 302/320).

Contrarrazões às fls. 326/339.

Manifestação Ministerial no sentido de deixar de emitir parecer de mérito em face de tratar-se matéria com interesse unicamente patrimonial (fls.363/374).

É o relatório.

VOTO

Recurso conhecido pois presentes requisitos de admissibilidade.

Foram os presentes autos remetidos a essa Egrégia Corte de Justiça, mediante interposição de apelo pelo Município de São Benedito contra sentença exarada pela Dra. Janayna de Oliveira e Silva, MM^a. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de São Benedito/CE que julgou procedente o pedido autoral nos autos da ação de Cumprimento de Preceito Legal e Indenização por Perdas e Danos, proibindo o uso de obras lítero-musicais e fonogramas sem prévia e expressa autorização da parte demandante, condenando ainda ao pagamento de perdas e danos, nos termos do regulamento de arrecadação do ECAD em 10% do custo musical dos eventos discriminados na inicial, bem como ao recolhimento das custas processuais e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa. (fls. 283/286).

Inicialmente cumpre destacar ser ilíquida a sentença ora alvejada que, proferida em desfavor da Fazenda Pública, obriga sujeitar o julgado ao duplo grau de jurisdição.

A matéria já se encontra sumulada pelo Superior Tribunal de justiça:

Súmula 490: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Assim, hei por bem avocar a remessa obrigatória para em seguida conhecer do Apelo, uma vez que preenchidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, bem como do Reexame Necessário por reunir as condições ao devido exame.

Destaco ser fato incontroverso, admitido pela parte ré nas exposições de suas razões, que foram realizadas pelo Município de São Benedito, duas festividades de Carnaval, para entretenimento público, denominadas Benefolia/2006 e Benefolia/2008 com reprodução de obras musicais sem autorização prévia do ECAD e carente de recolhimento dos valores referentes aos direitos autorais.

Portanto, o cerne da querela versa sobre os direitos autorais decorrentes da execução de músicas em festas de caráter carnavalesco patrocinadas gratuitamente pelo Município de São Benedito.

Os eventos ocorreram sob a vigência da Lei 9.610/98, em que, em seu artigo 68, dispõe sobre a fiscalização, arrecadação e cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central, decorrentes da execução pública de obras teatrais, musicais ou lítero-musicais e fonogramas, *in verbis*:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

§ 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

§ 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.

§ 5º Quando a remuneração depender da frequência do público, poderá o empresário, por convênio com o escritório central, pagar o preço após a realização da execução pública. (...)

Entendo que não merecem prosperar os argumentos da apelante de que detém isenção ao pagamento dos direitos autorais em questão, posto que os eventos Benefolia 2006 e 2008 foram promovidos pelo Município gratuitamente, objetivando tão somente proporcionar momentos de entretenimento à população, em favor da função social prevista na Constituição Federal/88.

É que, diferentemente do estipulado na lei revogada de nº 5.988/73, a norma atual, supracitada, subtraiu do texto os termos “lucro direto ou indireto” ou seja, não é mais exigido o proveito econômico nos eventos em que ocorrer execução pública de obras artísticas, literárias ou científicas como pressuposto para autorização da cobrança.

Portanto, a partir da vigência da Lei nº 9.610/98, a obtenção de proveito econômico por aquele que executa publicamente obras musicais passou a ser fato prescindível para o recolhimento de direitos autorais.

A propósito é esse o posicionamento do STJ:

DIREITO AUTORAL. RECURSO ESPECIAL. ECAD. EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRAS MUSICAIS. PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO AUTORAL. ATIVIDADE NÃO LUCRATIVA. IRRELEVÂNCIA.

1- Ação declaratória de inexistência de pagamento de direitos autorais ajuizada em 1/11/2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 22/11/2013.

2- Controvérsia que se cinge em determinar se a recorrida, Universidade Federal, está dispensada de arrecadar ao ECAD valores relativos à execução de obras musicais realizada em evento por ela promovido.

3- Não constitui ofensa ao direito autoral a execução musical que apresente finalidade exclusivamente didática e sem intuito de lucro, desde que realizada no estabelecimento de ensino.

4- O pagamento de direitos autorais devidos em virtude da execução de obras musicais, a partir da edição da Lei 9.610/1998, independe da auferição de lucros por parte de quem as executa publicamente.

5- Recurso especial provido. (REsp 1416758/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014). GN.

DIREITOS AUTORAIS E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. EVENTO PÚBLICO. FESTIVAL, COM EXECUÇÃO DE MÚSICAS, PROMOVIDO POR PREFEITURA MUNICIPAL. COBRANÇA, PELO ECAD, DE DIREITOS AUTORAIS, RELATIVAMENTE À EXECUÇÃO DE OBRAS PROTEGIDAS, QUE NÃO SÃO DE DOMÍNIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. DIREITOS PATRIMONIAIS, DE CARÁTER PRIVADO. PROVEITO ECONÔMICO PARA EXIGIBILIDADE. DESNECESSIDADE, EM VISTA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. ESTIPULAÇÃO, PELO JUDICIÁRIO, SEM SUPEDÂNEO LEGAL, DE FÓRMULA PARA COBRANÇA DOS DIREITOS PATRIMONIAIS DOS CRIADORES DA OBRA INTELECTUAL. DESCABIMENTO. FATOS QUE ANTECEDEM À LEI N. 12.853/2013. ESTABELECIMENTO DE MULTA INTITULADA MORATÓRIA, NO REGULAMENTO DE ARRECADAÇÃO, SEM PREVISÃO LEGAL. MANIFESTA IMPOSSIBILIDADE.

1. (...) . **4. Houve substancial alteração do ordenamento jurídico com a edição da Lei n. 9.610/1998, pois o art. 68 do novo diploma legal revela a subtração, quando comparado com a lei anterior, da cláusula “que visem a lucro direto ou indireto” como pressuposto para a cobrança de direitos autorais.** 5. No caso, além dos direitos patrimoniais, o Ecad está a cobrar multa intitulada “moratória”, com imposição que, por ocasião dos fatos, não tinha nenhum supedâneo legal. Com efeito, é manifestamente arbitrária e abusiva a

cobrança de multa unilateralmente estipulada pelo Ecad, visto que não tem suporte em lei, e não há nem mesmo relação contratual entre as partes. 6. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1190647/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 04/08/2015). GN.

No mesmo sentido é o entendimento desta Corte de Justiça e de outros Tribunais do País:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. ADVERTÊNCIA POR ILEGALIDADE NA UTILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS, LÍTERO-MUSICAIS E DE FONOGRAMAS SEM AUTORIZAÇÃO. **COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS PELO ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO/ECAD. REALIZAÇÃO DE EVENTO COM EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS PELO MUNICÍPIO DE PARACURU, SEM FINS LUCRATIVOS, EM FEVEREIRO DE 1999. APLICAÇÃO DA LEI N.º 9.610/98. SENTENÇA REFORMADA. APELO CONHECIDO E PROVIDO.**

1. Cabe ao ECAD fiscalizar execução pública de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas, protegidas por direitos autorais. 2. **São devidos direitos autorais em execução pública de música mesmo em atividade sem fins lucrativos promovida por Prefeituras, exegese do art. 68 da Lei N.º 9.610/98.** 3. Recurso provido. (Relator(a): CARLOS ALBERTO MENDES FORTE; Comarca: Conversão; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data de registro: 08/06/2011). GN.

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. PROPRIEDADE INTELECTUAL. DIREITO AUTORAL. **EXECUÇÃO DE MÚSICAS EM EVENTOS PÚBLICOS MUNICIPAIS. EXECUÇÃO PELOS PRÓPRIOS AUTORES. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO. OBTENÇÃO DE LUCRO. LEI 9.610/98.** Da execução de obras literárias, artísticas e científicas, em locais públicos, decorrem os direitos autorais respectivos, salvo se os autores das obras

conferirem expressa autorização para sua execução. Art. 32, da Lei 9.610/98. Salvo nos casos em que houver autorização dos titulares das obras, a execução de músicas, em eventos públicos municipais, realizados a partir da entrada em vigor da Lei 9.610/98, **gera a cobrança dos direitos autorais respectivos, não importando se houve a cobrança de ingressos e a obtenção de lucro, porquanto o proveito econômico deixou de ser exigido pela nova legislação, em seu art. 68.** Regularidade na cobrança, delas excluídos os direitos decorrentes das músicas executadas pelos próprios autores. Sentença parcialmente modificada. Sucumbência redimensionada. Município. Custas pela metade. Art. 11, a, da Lei 8.121/85. APELO DO MUNICÍPIO DESPROVIDO. APELO DO ECAD PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70029683356, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em 28/11/2013). GN.

APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA IMPROCEDENTE. DIREITO AUTORAL. EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRAS MUSICAIS POR RÁDIO COMUNITÁRIA. DIREITOS AUTORAIS. ECAD. DEVER DE RECOLHIMENTO. O TÔNUS DE ATIVIDADE NÃO LUCRATIVA É IRRELEVANTE. PROVIMENTO.

1. Inicialmente, percebe-se que o cerne da questão posta a desate consiste em verificar se Rádio Comunitária, sem fins lucrativos, deve ou não pagar os direitos autorais e efetuar os recolhimentos correlatos à vista da transmissão de composições musicais ao público. 2. Anteriormente à vigência da Lei N. 9.610/1998, a jurisprudência prevalente enfatizava a gratuidade das apresentações públicas de obras musicais, dramáticas ou similares como elemento decisivo para distinguir o que ensejaria ou não o pagamento de direitos autorais. 3. Contudo, o art. 68 do novo diploma legal revela a subtração, quando comparado com a lei anterior, da cláusula exigindo “lucro direto ou indireto” como pressuposto para a cobrança de direitos autorais. 4. **O Superior Tribunal de Justiça - em sintonia com o novo ordenamento jurídico - alterou seu entendimento para afastar a utilidade**

econômica do evento como condição de exigência para a percepção da verba autoral. Esta posição foi consolidada no julgamento do REsp. 524.873-ES, pela Segunda Seção. 5. Portanto, é devida a cobrança de direitos autorais pela execução de música por Rádio Comunitária, mesmo sem a existência de proveito econômico. 6. É usuário de direito autoral, e, consequentemente responsável pelo pagamento da taxa cobrada pelo ECAD, quem promove a execução pública das obras musicais protegidas. 7. Paradigma do STJ: 2. Recurso especial em que se discute se atividade não lucrativa, notadamente aquela exercida por rádio comunitária, está dispensada de recolher ao ECAD valores relativos à reprodução de obras musicais. **3. A partir da vigência da Lei nº 9.610/98, a obtenção de lucro por aquele que executa publicamente obras musicais passou a ser aspecto juridicamente irrelevante quando se trata do pagamento de direitos autorais, regra na qual se incluem as rádios comunitárias, a despeito dos relevantes serviços culturais e sociais que prestam.** (...) (STJ, REsp 1390985/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 03/12/2013) 8. Portanto, a partir da vigência da Lei nº 9.610/98, a obtenção de lucro por aquele que executa publicamente obras musicais passou a ser aspecto juridicamente irrelevante quando se trata do pagamento de direitos autorais, regra na qual se incluem as rádios comunitárias, a despeito dos relevantes serviços culturais e sociais que prestam. 9. PROVIMENTO do Apelo para condenar a Apelada recolher ao ECAD valores relativos à reprodução de obras musicais, de vez que a gratuidade e a ausência de intuito de lucro não mais são marcas relevantes para a isenção do ônus legal. (Relator(a): FRANCISCO DARIVAL BESERRA PRIMO; Comarca: Canindé; Órgão julgador: 8ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/11/2015; Data de registro: 17/11/2015). GN.

No que diz respeito ao *quantum* da condenação, vejo que foram observados os parâmetros determinados dentro do sistema de normas gerais do Escritório Central de Arrecadação, pois “*segundo jurisprudência pacífica*

do STJ, a tabela de arrecadação, elaborada pelo ECAD, serve de substrato ao pleito de ressarcimento, diante da natureza privada dos direitos violados, sendo vedado ao Poder Público modificar tais parâmetros”. (REsp 1450940. Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Data da Publicação: 08/06/2015).

Portanto, diante da negligência do Município apelante ao realizar festa aberta ao público com reprodução de obras artísticas musicais sem prévia e expressa autorização do ECAD e sem pagamento dos direitos autorais, devem ser preservados os exatos termos da sentença alvejada.

Diante do exposto, conheço do Reexame e da apelação, negando-lhes provimento, mantendo a sentença adversada nos modos em que fora lançada.

É como voto.

PROCESSO: 0000688-76.2005.8.06.0055 - APELAÇÃO

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

APELADO: MUNICÍPIO DE CANINDÉ – CE

ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. LUIZ EVALDO GONÇALVES LEITE

EMENTA: APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATADOURO PÚBLICO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES HIGIÊNICO-SANITÁRIAS E DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. SENTENÇA QUE DETERMINA A INTERDIÇÃO DO ESTABELECIMENTO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DO *PARQUET* DE OBRIGAR O MUNICÍPIO A REFORMAR O ABATEDOURO OU CONSTRUIR UM NOVO. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INOCORRÊNCIA DE LESÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÚCLEO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE QUE NÃO INCLUI A OBRIGAÇÃO DE CONSTRUIR MATADOURO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES QUE DEVE PREPONDERAR. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO MINISTERIAL CONHECIDA E DESPROVIDA.

1. Restou fartamente comprovado que, à época do ajuizamento da presente ação, o matadouro público do Município de Canindé não apresentava licenciamento ambiental e nem as mínimas condições higiênico-sanitárias para a continuidade de seu funcionamento, razão pela qual o juízo *a*

quo sentenciou a interdição do estabelecimento.

2. Em seu recurso de apelação, o *Parquet* Estadual busca provimento jurisdicional no sentido de compelir o município de Canindé a iniciar imediatamente a obra de recuperação e adequação das instalações do matadouro público às normas legais ou a promover a construção de um novo prédio com esta finalidade.

3. O Controle Judicial de Políticas Públicas não implica em violação ao Princípio da Separação de Poderes, quando a atuação do Poder Judiciário visa garantir a efetivação do núcleo mínimo dos direitos fundamentais, o chamado mínimo existencial.

4. *In casu*, inexistente norma do ordenamento jurídico obrigando a Administração Pública a construir ou manter serviços de abatedouro. A reforma ou construção de matadouro público não atinge o mínimo existencial, relativamente ao núcleo do direito fundamental à saúde, e, portanto, o Poder Judiciário não está autorizado a exercer o controle desta espécie de ato do Executivo.

5. Apelação conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação-cível nº 0000688-76.2005.8.06.0055, acorda a Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, para negar-lhe provimento, mantendo-se a sentença de primeiro grau, tudo nos termos do voto do desembargador relator.

Fortaleza, 27 de abril de 2016.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Civil Pública c/c pedido de tutela antecipada, ajuizada pelo Ministério Público Estadual em desfavor do Município de Canindé, buscando provimento judicial no sentido determinar a interdição do matadouro público local, até que este reúna condições de funcionamento de acordo com as normas higiênico-sanitárias pertinentes. Requer, ainda, que a municipalidade promovida apresente plano de recuperação estrutural ou de construção de novo local para o funcionamento do matadouro público, devendo iniciar imediatamente as obras, sob pena de pagamento de multa diária em caso de descumprimento. Pugna, por fim, pela obrigação de adotar o “método científico da pistola de impacto” no abate dos animais (fls. 03/19).

Citado, o ente público deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contestação, sendo declarado revel pelo juízo *a quo* (fls. 146).

Em sentença acostada às fls. 150/159, o magistrado de primeiro grau julgou procedente a ação e decretou o imediato fechamento do matadouro público, até que fosse promovida a reforma física do prédio ou a construção de um novo, em adequação às normas sanitárias e ambientais aplicáveis à espécie, tudo com o acompanhamento dos órgãos públicos responsáveis. Determinou, outrossim, que o município se abstenha de realizar abates de animais, enquanto não cumprida a ordem judicial, em razão do que culminou astreintes no valor de vinte salários mínimos para cada dia de descumprimento. Ademais, dispôs que, ao voltar o normal funcionamento, o matadouro deve ser dotado de sistema de abate de animais “menos doloroso e invasivo”.

Inconformado, o Ministério Público de primeiro grau interpôs o presente recurso de apelação (fls. 162/170), no qual sustenta que, embora a sentença tenha julgado procedente a ação civil pública em questão, deixou de apreciar o pleito de tutela antecipada, bem como o pedido de que o município de Canindé fosse compelido a iniciar imediatamente a obra de recuperação e adequação das instalações do matadouro público às normas higiênico-sanitárias ou a promover a construção de um novo prédio com esta finalidade.

Ao final, roga pela concessão da antecipação de tutela, consistente na interdição provisória do matadouro público, até que este seja comprovadamente adequado às normas sanitárias. Postula, ainda em sede de tutela liminar, que seja ordenado ao ente público promovido a obrigação de fazer, no sentido de começar de imediato as obras necessárias à readequação do matadouro ou à construção de um novo, impondo-se astreintes para o caso de descumprimento. No mérito, requer a confirmação do provimento jurisdicional antecipado liminarmente, no que se refere a compelir o município a cumprir com a mencionada obrigação de fazer, nos termos dos pedidos apresentados na peça vestibular.

Recurso recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 171).

Apesar de devidamente intimado, o município de Canindé permaneceu novamente inerte, olvidando apresentar contrarrazões ao apelo.

Manifestação da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 191/198, posicionando-se pela desnecessidade de sua intervenção *custus legis* no feito, já que o *Parquet* figura como autor da ação.

Conclusão do feito a esta relatoria à fl. 265.

É o relatório.

VOTO

Primeiramente, quanto ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela em sede de recurso apelatório, tem-se que o requisito do perigo da demora restou descaracterizado pelo longo decurso do tempo desde o ajuizamento da ação civil pública em exame (30 de agosto de 2005). Diante da impossibilidade de verificar, com a segurança exigida, esta condição essencial ao provimento liminar almejado, exsurge óbice intransponível ao pleito antecipatório. Sem embargos, o vertente julgamento do apelo deverá prover a resolução da presente lide e o amparo jurídico ansiado, quando do mais breve início da fase de execução, ocasião em que a autoridade da coisa julgada será adequada à realidade atual do caso concreto.

No mérito, observa-se que o Ministério Público colacionou fartas provas documentais aptas a demonstrar a ausência de condições sanitárias e ambientais para a continuidade do funcionamento do matadouro municipal de Canindé.

O relatório da inspeção realizada no ano de 1999 pelo Departamento Técnico da SEMACE dormita à fl. 40. Neste documento, o servidor do órgão estadual constatou “que os efluentes (água, sangue e excrementos dos animais) são lançados sem nenhum tratamento em valas ‘a céu aberto’ e em seguida na rede de águas pluviais”.

Às fls. 45/48, o Instituto de Criminalística da Polícia Civil confeccionou, no ano de 1998, laudo em que descreve que as instalações elétricas e hidráulicas do prédio estão em mau estado de conservação. Dentre outras irregularidades, cita, ainda, que havia grande quantidade de insetos, muita sujeira, argamassa desprendendo-se das paredes, locais com concentração de lixo (areia, vísceras de animais e sangue), tanque descoberto com água parada, sujeira visível no entorno do prédio e esgotos a céu aberto com odor forte.

Em 25 de maio de 2004, a SEMACE realizou nova inspeção técnica (vide fls. 86/88), constatou-se mais uma vez que o matadouro público de Canindé funciona sem licenciamento ambiental, lançando dejetos em tanques que depois são transferidos para carros-pipa, para serem lançados na lagoa de estabilização do município. Observa, outrossim, que o espaço físico do local apresenta condições higiênicas precárias.

No dia 28 de julho de 2005, o Departamento de Vigilância Sanitária da Secretaria Municipal de Saúde expediu termo de vistoria (fls. 108/109), no qual se concluiu, em detalhes, que as salas de matança dos animais estava fora dos padrões higiênico-sanitários, além de outras irregularidades encontradas nas instalações.

Consoante já colocado pela magistrada de piso, as más condições de funcionamento constatadas nas estruturas físicas do matadouro público violam flagrantemente o art. 10 da Lei nº 6.938/1981, *ad litteram*:

Art. 10 da Lei nº 6.938/1981 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

Os matadouros são listados no Anexo 1 da Resolução nº 237/1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA como “atividades ou empreendimentos sujeitas ao licenciamento ambiental”.

A Lei nº 7.889/1989, que dispõe sobre inspeção sanitária e industrial dos produtos de origem animal, prevê, no art. 2º, inc. V, a interdição, total ou parcial, do estabelecimento, quando se verificar, mediante inspeção técnica realizada pela autoridade competente, a inexistência de condições higiênico-sanitárias adequadas à produção e comércio de produtos de origem animal.

Em arremate, o juízo de primeiro grau bem consignou que a operação continuada do matadouro municipal naquelas condições insalubres malfere a legislação consumerista, na medida em que afronta o disposto no art. 6º, inc. I, c/c art. 18, § 6º, inc. II, e art. 39, inc. VIII, todos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), *in verbis*:

Art. 6º do CDC - São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

Art. 18, § 6º do CDC - São impróprios ao uso e consumo:
(...)

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

A sentença apelada determinou a interdição do matadouro municipal, no intuito de preservar a saúde pública, em face da inadequação higiênico-sanitária do referido estabelecimento. A falta de adequação para abate de animais pode, entre outras consequências, acarretar danos à saúde da população local, ocasionando, v.g., o surgimento de zoonoses e doenças infecciosas.

No caso em tela, o direito fundamental à saúde deve prevalecer sobre a continuidade do serviço público prestado com o matadouro municipal. Vale ressaltar que a própria municipalidade assumiu a falta de adequação do estabelecimento às normas higiênico-sanitárias para abatimento de animais, através de seu Departamento de Vigilância Sanitária.

A decisão judicial de interdição resguarda a coletividade de sofrer danos com o aumento de doenças provenientes da falta de higiene dos produtos de origem animal, bem como da contaminação gerada pelo descarte inadequado de resíduos lançados no meio ambiente, devendo ser mantida em nome do interesse público e do bem geral da coletividade.

Essa a linha jurisprudencial seguida pelas cortes de justiça pátrias, em particular, por este Sodalício Alencarino, tal como observado nas ementas a seguir coligidas:

AGRAVODE INSTRUMENTO EMAÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. CONCESSÃO DE LIMINAR QUE, CONSIDERANDO INTEMPESTIVA A MANIFESTAÇÃO DO RECORRIDO, DETERMINOU A INTERDIÇÃO DO MATADOURO PÚBLICO E A CESSAÇÃO DE SUAS ATIVIDADES EM VISTA DAS PÉSSIMAS CONDIÇÕES DE HIGIENE. IMPOSSIBILIDADE DE VALIDAÇÃO DE ATO REALIZADO FORA DO PRAZO. PRESENÇA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E PERIGO DA DEMORA. MANUTENÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

2. A decisão judicante que determinou a interdição do matadouro municipal está sobejamente justificada na plausibilidade do direito, considerando que se trata de Área

de Preservação Permanente às margens do rio Aracatiaçu, violando a Resolução do CONAMA nº 369/2006. Fundamenta o perigo da demora nas precárias condições de higiene, que causam visível prejuízo à população residente nas proximidades do prédio público e podem causar a poluição fluvial e dos lençóis freáticos.

3. Recurso conhecido e desprovido.

(TJCE – AI nº 0007773-74.2011.8.06.0000; Segunda Câmara Cível; Relª Desª Tereze Neumann Duarte Chaves; DJCE 12/12/2014; Pág. 23).

REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATADOURO PÚBLICO. EXIGÊNCIA SANITÁRIA NÃO ATENDIDA. INTERDIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. REEXAME EFETIVADO. SENTENÇA INTEGRALIZADA.

1. Trata-se de remessa oficial em Ação Civil Pública que visou a interdição do Matadouro Público do Município de Pindoretama em face das condições precárias de funcionamento.

2. Da análise dos autos, verifico que os fatos denunciados pelo Ministério Público restaram sobejamente provados.

3. A Vigilância Sanitária realizou 06 inspeções conforme comprovado às fls. 107/112, e em todas elas constata que o Matadouro Municipal não atende às exigências sanitárias para seu funcionamento.

4. As atividades do matadouro, na situação que se encontra, representam sério risco à saúde pública e ao equilíbrio ambiental, em razão da possibilidade de contaminação dos consumidores de carne, além do despejo de carcaças, falta de tratamento dos tanques com dejetos e esgoto a céu aberto, despejando os dejetos no Riacho Barroão.

5. Reexame efetivado. Sentença Integralizada.

(TJCE – Reexame Necessário nº 0000277-85.2004.8.06.0146, Rel. Des. JUCID PEIXOTO DO AMARAL, 6ª Câmara Cível, j. 12/03/2012).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATADOURO PÚBLICO. CONDIÇÕES DE FUNCIONAMENTO. INTERDIÇÃO. POSSIBILIDADE.

I. Estando o Juiz do feito apoiado no Relatório de Inspeção Sanitária do Estado atestando as péssimas condições do matadouro público, e verificando que desde o ano de 2010 já havia comprovação da necessidade de reformas no local, deve ser mantida a decisão que concedeu a medida de interdição. (TJMA - Rec 0009427-17.2013.8.10; Ac. 149409/2014; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf; Julg. 03/07/2014; DJEMA 11/07/2014)

Acertada, portanto, a sentença de mérito que julgou procedente a ação civil pública.

No que se refere ao pleito formulado no recurso de apelação do *Parquet* Estadual, a parte autora busca provimento jurisdicional no sentido de compelir o município de Canindé a iniciar imediatamente a obra de recuperação e adequação das instalações do matadouro público às normas higiênico-sanitárias ou a promover a construção de um novo prédio com esta finalidade.

A matéria em questão é afeita ao chamado Controle Judicial de Políticas Públicas, quando objetiva-se que o Poder Judiciário interfira diretamente e de forma substitutiva ou coparticipativa na formulação e execução de atos constitucional e legalmente atribuídos ao Poder Legislativo e, em especial, ao Poder Executivo.

Prima facie, o Controle Judicial de Políticas Públicas não implica em violação ao Princípio da Separação de Poderes, uma vez que a atuação do Poder Judiciário visa tão somente garantir a efetivação do núcleo mínimo dos direitos fundamentais.

Particularmente no que se refere aos direitos fundamentais sociais (art. 6º da Constituição Federal de 1988), tal núcleo é chamado de “Mínimo Existencial”. Formulando um conceito adequado desta concepção, o professor Ricardo Lobo Torres define com maestria que, *ad litteram*:

“(...) Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas.

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. (...)” (TORRES, Ricardo Lobo. In *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009 p. 36).

Uma vez constatada a ausência de condições mínimas de efetivação dos direitos constitucionais que asseguram a dignidade humana, a formulação e execução de políticas públicas deixa de se sujeitar a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública (critérios de oportunidade e conveniência), ou a conjecturas de ordem orçamentária e estrutural dos entes públicos.

Isso por que, verificada hipótese de grave violação ao postulado da dignidade humana – valor supremo na ordem constitucional –, torna-se descabido cogitar de definição de prioridades públicas, é dizer, sobre “quanto, como, quanto e onde investir”, ficando o Poder Judiciário autorizado a intervir para corrigir a ilegalidade e impedir o prolongamento do malefício.

O Princípio constitucional da Separação dos Poderes harmoniza-se, no contexto democrático em que se insere o nosso Estado de Direito, por intermédio do denominado sistema de freios e contrapesos, teleologicamente direcionado à consecução dos objetivos fundamentais de nossa República e à salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, na medida em que a atuação ou omissão estatal cause-lhes alguma violação.

A esse respeito, leciona o festejado doutrinador José Afonso da Silva:

“(…) Verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do Poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à

realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro, e especialmente dos governados” (*in* Comentário Contextual à Constituição. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 46).

Nessa linha de raciocínio, oportuno destacar trechos do voto do Exmo. Sr. Min. Celso de Mello, nos autos da ADPF nº 45, pertinente à matéria sub examine:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

(...)

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível”

(STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

(...)

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

(...)

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar):

(...)

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência (...). (STF - ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191).

Vale destacar desde logo que, a despeito da criação de despesa sem a previsão orçamentária e da normatividade do Princípio da Reserva do

Possível, estes fundamentos não se revelam consistentes como justificativa a impedir a exigibilidade dos direitos constitucionais, mesmo que seja necessária a criação de créditos suplementares ou remanejamento de verbas orçamentárias outras. Com efeito, o Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal bem sublinhou que, *in verbis*:

“(...) a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (...)” (STF - AI 677274, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 18/09/2008, publicado em DJe-185 DIVULG 30/09/2008 PUBLIC 01/10/2008 RTJ VOL-00207-03 PP-01331).

O Supremo Tribunal Federal já definiu que não se mostra lícita a imposição de obstáculos financeiros ou políticos-administrativos que impeçam a preservação das condições materiais mínimas de existência.

Todavia, não obstante todas essas ponderações, não se observa, num primeiro momento, lesão ao mínimo existencial que autorize a intervenção jurisdicional na implementação da atuação administrativa almejada pelo *Parquet* na lide sob exame, a saber, a determinação judicial com vistas a compelir o Município de Canindé a iniciar imediatamente a obra de recuperação e adequação das instalações do matadouro público às normas higiênico-sanitárias ou a promover a construção de um novo prédio com esta finalidade.

Importante evidenciar, logo de início, que a Constituição Federal qualificou a saúde como direito fundamental de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, nos moldes do art. 6º, c/c art. 196 e ss., da Carta Magna Nacional.

A Lei Maior da República fixou as políticas públicas prioritárias que devem ser implementadas pelo Executivo e pelo Legislativo. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde (art. 23, inc. II, da CF/88), restando ao Poder Público a discricionariedade quanto aos meios de efetivação desse direito.

Ainda, ao Sistema Único de Saúde compete, nos termos da lei, executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, além de fiscalizar e inspecionar alimentos para consumo humano e colaborar na proteção do meio ambiente (art. 200, incs. II, VI e VIII, da CF/88).

As normas constitucionais programáticas são, reafirme-se, cogentes e impõem obrigações inarredáveis aos entes federados.

Sem embargos, o controle dos atos do poder público pelo Judiciário deve cingir-se, tanto quanto possível, a assegurar o cumprimento da lei e dos princípios constitucionais. Demais disso, este controle deve respeitar o núcleo de atividades que são exclusivas dos outros Poderes, ou seja, não pode ser abrangente e leviano a ponto de substituir-se ao administrador ou ao legislador na prática de atos privativos.

O Judiciário não deve avançar, sem limites, sobre as demais funções estatais típicas, a saber, a executiva e a legislativa. Bem por isso, não pode a Justiça, mesmo a pretexto de se desincumbir de sua tarefa precípua de dizer o direito, substituir a Administração em suas atribuições ou legislar ordinariamente. Isto somente deve ocorrer, conforme já dito acima, quando a violação do mínimo existencial pela omissão estatal restar cabalmente demonstrada.

Assim, o provimento almejado, qual seja, uma ordem dirigida ao Município de Canindé para realizar a reforma do matadouro público ou construção de um novo, constitui nítida e indevida interferência do Judiciário em atribuição típica do Executivo, porquanto embaraça o exercício próprio das funções da Administração, na medida em que inexistente norma do ordenamento obrigando a Administração Pública a construir ou manter serviços de matadouro. Mesmo por que pode muito bem optar por deixar ao setor privado o fornecimento deste serviço, de acordo com as prioridades políticas deliberadas e escolhidas.

Porém, em construindo, terá a obrigação de cumprir com os requisitos legais exigidos pela vigilância sanitária e pelas demais normas de regência, para preservação do meio ambiente e da saúde pública. Daí a licitude da ordem de interdição.

Em síntese, a reforma ou construção de matadouro público não atinge o mínimo existencial e, portanto, o Poder Judiciário não está autorizado a exercer o controle desta espécie de política pública. Em igual sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL EM REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPELIR O MUNICÍPIO A EDIFICAR UM NOVO MATADOURO PÚBLICO. POLÍTICA PÚBLICA A SER REALIZADA A CRITÉRIO DO PODER EXECUTIVO, COM A DEVIDA OBSERVÂNCIA DAS PRIORIDADES LOCAIS. MALFERIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 557, §1º. A, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

I. É firme o entendimento no âmbito deste e. Tribunal de justiça no sentido de que inexiste obrigação constitucional cominada aos municípios para que estes providenciem a construção de matadouros públicos, revelando-se inviável ao judiciário imputar-lhes (aos municípios) obrigação de fazer nesse sentido (construção de matadouro), cuja execução consubstancia política pública a ser realizada a critério do executivo tendo em conta as prioridades locais. Precedentes: tj-pe. Ei: 1678286 PE 0008285-22.2009.8.17.0000, relator: Eduardo Augusto paura peres, data de julgamento: 24/08/2011, 2º grupo de câmaras cíveis, data de publicação: 166, tj-pe. AGV: 1011436 PE 0021670-03.2010.8.17.0000, relator: Francisco José dos anjos bandeira de Mello, data de julgamento: 16/12/2010, 8ª Câmara Cível, data de publicação: 232, tjpe-ac 0167828-6, calumbi, 7ª Câmara Cível, Rel., p/o acórdão, des. Luiz Carlos figueirêdo, julgamento em 14/12/2008, AC 0043955-4, toritama, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo torres, julgamento em 07/06/2001.

II. A propósito, o Supremo Tribunal Federal já assentou que: as restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao poder executivo, entre elas a fixação de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os poderes.

(adi 4.102 - Mc-ref, Rel. Min. Cármen lúcia, julgamento em 26-5-2010, plenário, djede 24-9-2010.)

(...)

VII. Unanimemente, negou-se provimento ao agravo legal no reexame necessário.

(TJPE – Rec. nº 0000687-58.2004.8.17.1110; Rel. Des. Jorge Americo Pereira de Lira; Julg. 22/12/2014; DJEPE 14/01/2015).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CENTRO DE ATENÇÃO PSICOSSOCIAL PARA A INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES E AO PACTO FEDERATIVO. MÁCULA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. PROCEDÊNCIA.

1. In casu, o Ministério Público do Estado do Ceará deseja que o Judiciário determine ao Município de Baturité que inclua no Plano Plurianual de Ação (PPA), na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na Lei Orçamentária Anual (LOA) recurso financeiro suficiente para a criação e a implantação, até o final do primeiro semestre, de um Centro de Atenção Psicossocial para a Infância e Adolescência (CAPS'i), nos moldes da Portaria nº 366/GM, e uma Comunidade Terapêutica, esta última para atendimento de 30 (trinta) crianças e adolescentes, fixando um prazo de 90 (noventa dias) após o trânsito em julgado.

2. [...]O controle dos atos do poder público pelo Judiciário deve cingir-se, tanto quanto possível, a assegurar o cumprimento da lei e dos princípios constitucionais, inclusive os da razoabilidade e da proporcionalidade. Demais disso, este controle deve respeitar o núcleo de atividades que são exclusivas dos outros Poderes, ou seja, não pode ser abrangente a ponto de substituir-se ao administrador ou ao legislador na prática de atos privativos. (Apelação/Reexame Necessário 24698200680600801; Relator: FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data de registro: 14/02/2011).

3. A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. Precedentes. (AI 777502 AgR,

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/09/2010, DJe-204 DIVULG 22-10-2010 PUBLIC 25-10-2010 EMENT VOL-02421-05 PP-01103).

4. No caso em comento, verifica-se que o controle judicial do ato administrativo, da inclusão na lei orçamentária de gastos não previstos pelo Chefe do Poder Executivo e da criação do CAPS'i, não pode ser efetuado pelo Poder Judiciário, porque deste ato decorreria o controle do mérito administrativo na medida em que substituiria a decisão privativa do chefe do Poder Executivo competente para praticar tal ato, maculando, assim, o princípio da separação dos poderes, a razoabilidade, a proporcionalidade, bem como o princípio do equilíbrio econômico. O princípio do equilíbrio econômico apresenta-se como uma exigência relativa às contas públicas, que deverão apresentar o mesmo montante entre as receitas e as despesas.

5. Remessa conhecida e provida.

(TJCE - Reexame Necessário nº 0005259-36.2013.8.06.0047, Rel. Des. CARLOS ALBERTO MENDES FORTE, 5ª Câmara Cível, j. 17/02/2016).

Forçoso, portanto, reconhecer o descabimento da pretensão formulada pelo Órgão Ministerial, diante da impossibilidade de concessão do pleito formulado nas razões de apelação, sob pena de malferimento dos preceitos constitucionais e legais supracitados.

Em face do exposto e com esteio nos argumentos acima delineados, impõe-se a este Colegiado conhecer e negar provimento ao recurso de apelação, mantendo-se a totalidade da sentença impugnada.

É como voto.

Fortaleza, 27 de abril de 2016.

PROCESSO: 0000824-11.2009.8.06.0095 - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE IPU

APELADO: ANTONIO CARLOS ALMEIDA PINHO

RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. SENTENÇA CONCEDENDO APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. FUNGIBILIDADE DAS AÇÕES ACIDENTÁRIAS. PRECEDENTES STJ. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA A ATIVIDADE LABORAL QUE LHE GARANTIA A SUBSISTÊNCIA. APELO E REEXAME CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. Cuida-se de apelação cível na qual o recorrente alega a nulidade da decisão por se constituir *extra petita*, afirmando que a peça inaugural limitou os pedidos à majoração do auxílio-acidente percebido pelo autor, ao passo que a sentença de primeiro grau ultrapassou o pleito autoral concedendo-lhe aposentadoria por invalidez, que não fora solicitada quando da propositura da ação.

2. *In casu*, a perícia médica, constatou a lesão deformante na mão esquerda do apelado, de caráter permanente, após acidente de trabalho ocorrido em 1997, com o comprometimento total de sua função motora, não havendo possibilidade de reversão e tampouco capacidade laborativa para a função que exercia, consoante laudos anexados aos autos.

3. A incapacidade para o trabalho deve ser avaliada de acordo com as condições pessoais do trabalhador

e o labor que tenha aptidão para desenvolver. O apelado exercia a profissão de motorista, tem atualmente 53 (cinquenta e três) anos e não possui preparo intelectual para desempenhar outra atribuição, compatível com a sua situação de saúde, que possibilite o seu sustento e de sua família. Ademais, desde a concessão do auxílio-acidente, em 1999, já transcorreram quase 18 (dezoito) anos sem que o órgão público providenciasse a inclusão do recorrido em qualquer programa de reabilitação.

4. Em se tratando de matéria previdenciária quanto à incapacidade laboral, não se deve interpretar rigidamente os pedidos, e sim com a possibilidade da fungibilidade destes. O beneficiário não pode ser prejudicado pelo *nomen juris* do benefício, ao trocar o devido pelo indevido, não se considerando *extra petita* a decisão que, diante do conjunto probatório colacionado, defere benefício previdenciário diverso do pedido na exordial, de modo que faz jus ao promovente à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos deferidos pelo juízo singular. PRECEDENTES STJ.

5. Apelação Cível e Reexame Necessário conhecidos e desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer dos recursos de Apelação Cível e Reexame Necessário, mas para negar-lhes provimento, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 18 de setembro de 2017

RELATÓRIO

Cuida-se de Reexame Necessário e Apelação Cível manejada pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS com o fito de obter a reforma de sentença acostada às fls. 77/80, proferida pelo MM Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Ipu que, em sede de ação ordinária ajuizada por ANTONIO CARLOS ALMEIDA PINHO, julgou procedente o pleito autoral, condenando o ente público à instituição do benefício de aposentadoria por invalidez em favor do apelado, dada a comprovação de sua incapacidade laboral.

Inconformado com o entendimento monocrático, o instituto réu interpôs a presente sublevação (fls. 86/92), suscitando a nulidade da decisão por se constituir *extra petita*. Aduz que a peça inaugural limitou os pedidos à majoração do auxílio-acidente percebido pelo autor, ao passo que a sentença de primeiro grau ultrapassou o pleito autoral concedendo-lhe aposentadoria por invalidez, que não fora solicitada quando da propositura da ação.

Contrarrazões recursais às fls. 97/111, onde o apelado sustenta a possibilidade de flexibilização na análise dos pedidos contidos na exordial, em se tratando de matéria previdenciária, de modo que não se constituiria julgamento *extra petita* a concessão de benefício diverso do requerido inicialmente, desde que o autor preencha todos os requisitos legais.

Acórdão à fl. 123, no qual a Colenda Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região reconhece a incompetência daquela Corte para julgar o recurso, remetendo os autos à Justiça Estadual do Ceará.

Empós remetidos os autos ao Egrégio Sodalício Alencarino, aportaram nesta relatoria.

É o breve relatório.

VOTO

Recursos que atendem aos ditames objetivos da tempestividade e do cabimento, os quais tomo conhecimento.

Em seu recurso apelatório, o instituto aponta que o pedido da ação, que deve ser interpretado restritivamente (art. 460¹ do CPC/73, vigente à época), fora destorcido quando do julgamento de mérito, tendo o MM Juízo de piso dado provimento jurisdicional distinto do requerido, ao conceder aposentadoria por invalidez, quando na verdade o promovente/apelado teria requerido apenas a majoração do auxílio-acidente ou restabelecimento do auxílio-doença.

De início, destaco não ser a sentença *a quo* passível de nulidade em razão de julgamento *extra petita*, posto que já é consagrado na jurisprudência² que as demandas previdenciárias acidentárias possuem certa peculiaridade, consistindo no fato de que é possível conceder benefício diverso daquele requerido na petição inicial, quando a instrução apontar para essa direção.

O auxílio-acidente³, de acordo com o que dispõe o art. 86 da Lei nº 8.213/91, é um benefício de caráter indenizatório, devido ao segurado que, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, ficar com sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. O benefício será pago até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado.

1 CPC/73. Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

2 PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DIVERSO DO PEDIDO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. É possível a concessão de benefício previdenciário diverso do pedido na inicial nos casos em que, do conjunto probatório dos autos, restar evidente o cumprimento dos requisitos necessários, aplicando-se, assim, o princípio da fungibilidade. 2. Agravo interno ao qual se nega provimento. [AGRG NO RESP 637163/SP DJE: 03/11/2009. REL. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP). DECISÃO UNÂNIME].

3 Lei 8.213/91. Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Quanto à aposentadoria por invalidez, estabelece o art. 42⁴ da Lei nº 8.213/1991 que, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, esta será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

In casu, a perícia médica, realizada em 20 de abril de 2011, constatou a lesão deformante na mão esquerda do apelado, de caráter permanente, após acidente de trabalho ocorrido em 1997, com o comprometimento total de sua função motora, não havendo possibilidade de reversão e tampouco capacidade laborativa para a função que exercia, consoante laudos acostados às fls. 40/44. A perícia aponta como opção, em contrapartida, a realização de atividade que se restrinja à mão direita, exclusivamente. Indica a necessidade de reabilitação profissional para o possível exercício de funções de cunho administrativo/burocrático.

Ocorre que a incapacidade para o trabalho deve ser avaliada de acordo com as condições pessoais do trabalhador e o labor que tenha aptidão para desenvolver. O apelado exercia a profissão de motorista, tem atualmente 53 (cinquenta e três) anos e não possui preparo intelectual para desempenhar outra atribuição, compatível com a sua situação de saúde, que possibilite o seu sustento e de sua família. Ademais, desde a concessão do auxílio-acidente, em 1999, já transcorreram quase 18 (dezoito) anos sem que o órgão público providenciasse a inclusão do recorrido em qualquer programa de reabilitação.

Em consequência disso, diante das provas produzidas nos presentes autos e considerando que a jurisprudência segue no sentido de que, em se tratando de matéria previdenciária quanto à incapacidade laboral, não se deve interpretar rigidamente os pedidos, e sim com a possibilidade da fungibilidade destes. O beneficiário não pode ser prejudicado pelo *nomen*

4 Lei 8.213/91. Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

juris do benefício, ao trocar o indevido pelo devido, não se considerando *extra petita* a decisão que, diante do conjunto probatório colacionado, defere benefício previdenciário diverso do pedido na exordial, de modo que faz jus ao promovente à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos deferidos pelo juízo singular.

Há, portanto, uma relativização dos princípios da congruência e da adstrição da sentença ao pedido, em face da alterabilidade dos quadros clínicos e do cunho de ordem pública que assume o procedimento acidentário.

Sobre a fungibilidade dos benefícios previdenciários nas ações acidentárias, oportuna é a lição de José Antonio Savaris⁵:

“(…) Como há um núcleo a ligar o requisito específico desses quatro benefícios da seguridade social – a redução ou inexistência de capacidade para o trabalho –, **tem-se admitido uma espécie de fungibilidade das ações previdenciárias que buscam sua concessão**. Isso tem dois efeitos importantes. O primeiro refere-se à correspondência entre o requerimento administrativo e a petição inicial, à luz da condicionante de prévio indeferimento administrativo. O segundo toca a correspondência entre a pretensão deduzida na petição inicial e a sentença à luz do princípio da adstrição ou congruência da sentença.

(…) No que diz respeito à correspondência da decisão judicial aos termos do pedido, **a fungibilidade das ações por incapacidade tem encontrado força no princípio *juria novit cúria* para reconhecer a legitimidade da sentença que concede benefício por incapacidade distinto do que pleiteado pelo autor da demanda, fundada na prova técnica superveniente e outros meios de prova. Quer dizer, a decisão que concede aposentadoria por invalidez quando o autor pleiteou auxílio-doença ou auxílio-doença não consubstancia sentença *ultra petita* ou *extra petita*. Também não violaria o princípio da adstrição da sentença a concessão de auxílio-doença quando pleiteada aposentadoria por invalidez na petição inicial e concedido auxílio-doença ou auxílio-acidente”**. (*grifos nossos*)

5 SAVARIS, José Antonio. Direito Processual Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2008.

Nesse sentido, colaciona-se os seguintes julgados dos tribunais pátrios:

REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. INSS. PEDIDO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DOS BENEFÍCIOS. Destaco que, **conquanto o pedido formulado pelo segurado seja direcionado para a concessão de auxílio-acidente, o julgador não se encontra adstrito ao pedido autoral, tendo em vista o caráter social da previdência, ou seja, se a situação fática indicar a concessão de benefício diverso daquele pleiteado, este poderá ser deferido, por força do princípio da fungibilidade dos benefícios previdenciários.** Aposentadoria por invalidez. Incapacidade total e permanente constatada. Aposentadoria por invalidez acidentária. Para a concessão do benefício deve estar demonstrada a qualidade de segurado, a incapacidade total e permanente para o trabalho, bem como a impossibilidade plausível de reabilitação para outra atividade, dispensando-se período de carência quando a incapacidade decorre de acidente de trabalho. Comprovados a incapacidade total e permanente, bem como o nexo causal. Caso concreto em que o autor sofreu choque elétrico, resultando lesões e queimaduras de I e II graus em membro superior esquerdo, além de desencadear transtorno de estresse pós-traumático (Cid 10 f43.1). Honorários advocatícios. Súmula 111 do STJ. Nas ações acidentárias ajuizadas contra o INSS, os honorários advocatícios devem ser fixados no percentual de 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a prolação da decisão que reconheceu o direito do segurado à percepção do benefício acidentário. Aplicação da Súmula 111 do STJ e da regra contida no § 4º do art. 20 do CPC. Parcialmente alterado no tópico. Sentença parcialmente reformada em reexame necessário. (TJRS - RN: 01848234620168217000, Relator: TASSO CAUBI SOARES DELABARY, NONA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/08/2016)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ACIDENTE DE TRABALHO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE. NEXO

DE CAUSALIDADE COMPROVADO. **AUXÍLIO-ACIDENTE. CONVERSÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. FUNGIBILIDADE.**

I. A aposentadoria por invalidez é concedida à pessoa que for considerada incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação para o exercício de outra atividade que lhe garanta a subsistência, sendo-lhe paga enquanto permanecer nesta condição, nos termos do art. 42 da Lei 8.213/91. II. Comprovado o nexo de causalidade entre o acidente e a lesão que incapacitou o segurado total e permanentemente para o trabalho, impõe-se a concessão do benefício da aposentadoria por invalidez. III. O termo inicial da aposentadoria por invalidez é o dia imediato da cessação do auxílio-doença quando o segurado estava em gozo deste benefício (art. 43 da Lei 8.213/1991). **IV. No Direito Previdenciário aplica-se o princípio da fungibilidade dos benefícios que decorrem de incapacidade laborativa.** IV. Negou-se provimento à remessa necessária. (TJDF - RMO: 20150110751438, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, SEXTA TURMA CÍVEL, Data de Publicação: 17/08/2016)

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. **AÇÃO DE CONVERSÃO DE AUXÍLIO DOENÇA EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. FUNGIBILIDADE OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. INCAPACIDADE TOTAL PERMANENTE PARA A ATIVIDADE LABORAL QUE LHE GARANTA A SUBSISTÊNCIA. MOTORISTA DE CAMINHÃO. COMPROVAÇÃO POR PERÍCIA MÉDICA ALIADA ÀS CONDIÇÕES INDIVIDUAIS DO SEGURADO. TERMO INICIAL. DATA CESSAÇÃO DO AUXÍLIO. DOENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. IPCA. JUROS DE MORA. ART. 1º. F DA LEI 9.494/1997, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA FIXADOS EM VALOR RAZOÁVEL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO DO AUTOR PROVIDO. RECURSO DA AUTARQUIA RÊ NÃO PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO REALIZADO.** **I. Pelo princípio da fungibilidade dos benefícios**

previdenciários é possível ao juiz conceder ao autor benefício previdenciário diverso do requerido na inicial, desde que preenchidos os requisitos legais atinentes ao benefício concedido, não havendo que se falar em sentença *extra petita*. II. Restando comprovada a incapacidade total do segurado para atividade laboral habitual, aliado às suas condições pessoais, que indicam não possuir condições de desenvolver outra atividade que lhe proporcione condições dignas de subsistência, é devida a concessão da aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42, da Lei 8.213/91. III. O termo inicial para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez é a data da efetiva cessação do auxílio-doença, conforme dispõe o art. 43, da Lei 8.213/91. IV. Em virtude da declaração parcial de inconstitucionalidade por arrastamento do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009, a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar os índices que melhor reflitam a inflação acumulada do período, *in casu* o IPCA. No caso concreto, não tendo a dívida natureza tributária, os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança. V. Não se mostra excessiva a verba honorária, fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor resultante da soma das prestações vencidas até a sentença, mormente considerando zelo no trabalho desenvolvido pelo patrono da parte autora, mormente quando o valor fixado encontra-se em conformidade com os §§ 4º e 3º, do art. 20, do CPC/73 (aplicável ao presente caso) e com a Súmula 111, do STJ. (TJMS - AP/RN: 08017038120148120017, Relator: TÂNIA GARCIA DE FREITAS BORGES, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/07/2016)

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE CONVERSÃO DE BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO DO PLEITEADO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. LAUDO PERICIAL QUE CONFIRMA A INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE DA AUTORA. TERMO INICIAL. DATA DO LAUDO. CONECTIVOS LEGAIS.

1. Constatado pelo laudo pericial que a enfermidade da autora é em decorrência de seu acidente laboral e que enseja incapacidade total e permanente para o trabalho, possível a conversão do benefício em aposentadoria por invalidez, tendo em vista o princípio da fungibilidade dos benefícios previdenciários. 2. O termo inicial para pagamento da aposentadoria por invalidez é a data em que tomado conhecimento da incapacidade da segurada, no caso, da realização do laudo pericial (22/08/2014). 3. Consectários legais: A declaração de inconstitucionalidade parcial por arrastamento do art. 5º da Lei 11.960/09 impôs um desmembramento entre os juros de mora (que continuaram regidos pela regra do art. 1º-f da Lei 9.494/97, com a redação da Lei 11.960/09, ou seja, com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança) e a correção monetária (calculada pelo INPC). 3.1. No caso, os juros de mora foram fixados conforme juros aplicados à caderneta de poupança, o que vai mantido. 3.2. A correção monetária é mantida pelo índice definido pelo juízo *a quo* (índices oficiais de remuneração básica aplicada à poupança), tendo em vista a impossibilidade de se prejudicar a Fazenda Pública em sede de reexame necessário. 4. Honorários sucumbenciais: Os honorários sucumbenciais vão fixados à razão de 10% do valor das parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ. 5. Custas: Levando em conta que a nova redação do art. 11 da Lei Estadual 8.121/1985, introduzida pela Lei Estadual nº 13.471/2010, foi considerada inconstitucional (arguição de inconstitucionalidade nº 70041334053), sendo, portanto, caso de reconhecer a vigência da redação original da referida norma, segundo a qual incumbe à Fazenda Pública o pagamento pela metade dos emolumentos dos processos em que for vencida ou em que a parte vencida for beneficiária da gratuidade judiciária. Apelação parcialmente provida e, em reexame necessário, sentença mantida no mais. (TJRS - APL/RN: 01090551720168217000, Relator: EUGÊNIO FACCHINI NETO, NONA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/07/2016) (*grifos nossos*)

ISSO POSTO, ante os fundamentos acima expendidos e em consonância com a jurisprudência invocada, conheço a presente Apelação Cível e o Reexame Necessário, mas para negar-lhes provimento, mantendo *in totum* a decisão impugnada.

É como voto.

Fortaleza, 18 de setembro de 2017.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003542-93.2012.8.06.0056

APELANTE: MUNICÍPIO DE CAPISTRANO

APELADO: MARIA SAMILA FERREIRA DO NASCIMENTO

RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA

1. O cerne da questão controvertida consiste, em suma, em averiguar a ocorrência de erro médico, de modo a ensejar o pagamento de indenização por danos morais decorrente da responsabilidade do Estado.

2. O inquérito policial pode servir como emprestada em ação cível, desde que oportunizada às partes o direito ao contraditório, o que efetivamente ocorreu nos autos. Assim, em consonância com o art. 332 do CPC/73, o inquérito policial é meio hábil para provar a verdade dos fatos.

3. Diante do pedido genérico de produção de provas, o julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa, principalmente quando diante da completa ausência de demonstração de imprescindibilidade da realização de perícia.

4. Apesar do “contrato verbal” firmado entre o Município e a médica ofenderem os princípios da administração pública, notadamente em relação ao concurso público, para os administrados, em geral, a relação aparentava ser válida e legal.

5. A responsabilidade objetiva do Município, conforme se depreende do art. 37, § 6º, da Constituição, depende da comprovação do dano e do nexos causal entre a conduta do agente e o dano provocado.

6. A violência obstétrica cometida contra a paciente viola, de pronto, o princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal,

além do direito à saúde, à integridade física e à vida. O dano, assim, decorreu do sofrimento físico e psicológico imposto à paciente, desde o momento em que chegou a maternidade, onde viu-se obrigada a passar por uma série de procedimentos invasivos, tais como a episiotomia, o uso do fórceps; além de a médica ter insistido em um parto normal, mesmo diante da gravidez de risco da autora, utilizando-se, assim, de meios para acelerar o parto, chegando, inclusive, a usar o cotovelo para tentar calcar a barriga da paciente e as mãos para tentar puxar o bebê, mesmo ele encontrando-se ainda alto demais para passar pelo parto normal; o dano ainda prolonga-se, tendo em vista que a autora foi transferida para outro hospital, sem sequer ter sua episiotomia suturada, com sangramentos em abundância. Diante de toda a violência física e emocional sofrida, ainda teve que lidar com a perda de seu bebê, entrando, em seguida, em estado de coma por dois dias.

7. Município de Capistrano não conseguiu comprovar que houve qualquer causa de exclusão da responsabilidade objetiva do estado, de modo que, diante do dano e do nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o dano sofrido, deve-se manter a decisão de piso, para condenar o ente público a pagar indenização por danos morais.

8. A indenização por danos morais não pode ser exagerada no sentido de causar enriquecimento a quem é indenizado e nem pode ser fixada em valor irrisório e insuficiente ao fim a que se destina, que é o de evitar e desencorajar futuros atos ilícitos pela Administração e servir como indenização aos autores pelo sofrimento experimentado.

9. Deve haver proporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto a quem deve indenizar. No caso, o montante de R\$ 100.000,00 encontra-se em acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.
10. Recurso conhecido, mas para negar-lhe seguimento.

ACÓRDÃO

Acorda a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer da Apelação/Reexame Necessário, mas para negar-lhes provimento, mantendo a sentença, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 30 de maio de 2016

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por Município de Capistrano com o objetivo de reformar Sentença proferida pela MM Magistrada da Vara Única da Comarca de Capistrano, que julgou procedente a ação promovida pela apelada.

Trata-se de uma Ação de Indenização por Danos Morais ajuizada por Maria Samila Ferreira do Nascimento contra o Município de Capistrano. A autora narra, em sua peça exordial (fls. 1/18), que no dia 05/05/2012 dirigiu-se ao Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Nazaré, em Capistrano, em trabalho de parto. Narra que tinha histórico de gravidez interrompida e, portanto, sua presente gravidez era de risco. Ao chegar ao hospital, entretanto, por volta das 05:30 horas da manhã, foi atendida pela médica Dra. Maria Eliane Gondim Starling, que insistiu no parto normal e procedeu uma série de procedimentos que teriam gerado o óbito do nascituro.

Somente as 09:00 horas da manhã teve sua transferência para o Hospital de Baturité autorizada, após a complicação de estado de saúde da autora e insistência da equipe médica. Ao chegar ao referido Hospital Maternidade, entretanto, foi constatado o óbito do feto e o agravamento da situação da autora, que passou a correr risco de morte e foi novamente transferida para hospital de Fortaleza, onde em seguida entrou em estado de coma. Requer, portanto, diante do erro médico da Dra. Maria Eliane Gondim Starling, a responsabilidade objetiva do Município de Capistrano, com o pagamento de indenização por danos morais.

Contestação (fls. 98/106) do Município de Capistrano, em que alega a sua ilegitimidade passiva, tendo em vista a Dra. Maria Eliane Gondim Starling não ser servidora do Município. Requer, ainda em sede preliminar, a denúncia à lide. E por fim, no mérito, aduz a inexistência de prova da negligência, imprudência ou imperícia da referida médica, de modo a afastar a responsabilidade.

Réplica às fls. 113/116.

Decisão às fls. 118/119 que indeferiu o pedido de denúncia à lide.

Audiência de conciliação não obteve êxito (fls. 125), restando as partes a juntada de alegações finais na forma de memoriais (fls. 127/131 e fls. 134/138).

Decisão que anuncia o julgamento antecipado da lide, à fl. 145, sem que tivesse qualquer alegação ou requerimento em contrário das partes.

Sentença, às fls. 151/159, que julgou procedente a ação, afastando a preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito reconheceu a responsabilidade objetiva da administração pública, independente de ter sido a médica efetivamente servidora pública ou não, considerando a teoria da aparência. Desse modo, condenou o Município ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,000 (cem mil reais).

Recurso de Apelação (fls. 169/180) em que o Município requer a anulação da Sentença, para a realização de instrução processual, sob pena de cerceamento de defesa. No mérito, retorna a argumentação de ausência de erro médico e aduz que a Magistrada não se pronunciou acerca da denúncia à lide requerida em sede de contestação.

Contrarrazões às fl.s 184/194 no sentido de manter a Sentença em todos os seus termos.

É o relatório. Peço data de julgamento.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço a apelação interposta.

O cerne da questão controvertida consiste, em suma, em averiguar a ocorrência de erro médico, de modo a ensejar o pagamento de indenização por danos morais decorrente da responsabilidade do Estado.

Primeiramente, necessário examinar as alegações do apelante acerca da necessidade de anulação da Sentença com o retorno dos autos à origem para a realização de instrução processual. Alega o Município que o julgamento não observou os princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista a ausência de adequada instrução processual, em que seriam escutadas as partes e testemunhas e realizadas perícias.

Conforme já relatado, a Juíza anunciou, à fl. 145, o julgamento antecipado da lide, justificando sua escolha por acreditar que a causa se encontrava em condições de ser deslindada.

O art. 330 do Código de Processo Civil de 1973, em vigor na época do ato, assim aduzia:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, **sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;**

II - quando ocorrer a revelia (art. 319).

Prevalece, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do livre convencimento motivado do Juiz, de modo que ele pode valorar livremente as provas produzidas nos autos, desde que indique em sua decisão os motivos que o levaram a convencer-se das alegações de uma das partes.

Esse princípio está previsto no art. 131 do Código de Processo Civil de 1973, que regia o processo à época da Sentença, e que mantém correspondência com o art. 371 do CPC/2015:

Art. 131 do CPC/1973: O juiz **apreciará livremente a prova**, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; **mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.**

Desse modo, diante dos documentos já dispostos nos autos do processo, a Magistrada entendeu que o seu convencimento já estava formado, de modo a prescindir produção de novas provas.

Ademais, observa-se que as provas produzidas nos autos possibilitaram, inclusive, a tomada de depoimento das partes e de testemunhas, através do inquérito policial (fls. 22/91). Ainda, o depoimento prestado pela médica, Dra. Maria Eliane Gondim Starling foi realizado com a presença de advogado, conforme fls. 81/84. Nota-se, por fim, que os depoimentos não foram impugnados pelo ente público, ao contrário, ainda foram utilizados por ele em sede de Contestação, na tentativa de justificar a ausência de ilegitimidade passiva alegando que a autora não é servidora do Município.

Ao contrário do que tenta alegar o ente público, o inquérito policial pode servir como emprestada em ação cível, desde que oportunizada às partes o direito ao contraditório, o que efetivamente ocorreu nos autos. Assim, em consonância com o art. 332 do CPC/73, o inquérito policial é meio hábil para provar a verdade dos fatos.

Em análise de caso similar, este Colendo Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a possibilidade de utilização de inquérito policial como prova emprestada:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO. NULIDADE DA SENTENÇA. PRELIMINAR REJEITADA. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA RECONHECIDA. ERRO MÉDICO. APLICABILIDADE DO

ART. 4º, §4º, DO CDC C/C ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL. IMPROVIMENTO DO APELO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO.

1- **É assente na doutrina que os depoimentos colhidos em sede de inquérito policial, bem como qualquer outro meio de prova produzido em processo diverso, podem ser utilizados como prova emprestada, desde que submetidos ao contraditório. *In casu*, o recorrente teve seu direito ao contraditório assegurado, porém não se insurgiu no momento devido. Ademais, não houve afronta à ampla defesa, haja vista o conjunto probatório ser suficiente para formar o convencimento do julgador. Produzir provas já existentes nos autos seria ferir os princípios da celeridade processual e da razoável duração do processo.** 2 - É certo que é necessária a demonstração da culpa *latu sensu* quando se trata de profissional liberal, consoante art. 4º, §4º, do CDC, bem como a existência da conduta, do nexo causal e do dano. 3 - A responsabilidade do médico por erro no procedimento cirúrgico restou comprovada, uma vez que verificou-se ter agido de forma imprudente em razão da utilização em excesso de produto inflamável. Incidentes todos os elementos para caracterização do ato ilícito culposos. 4 - A paciente/apelada teve partes do seu corpo queimado durante o procedimento cirúrgico, tendo que experimentar o sofrimento psicológico pela degradação do seu corpo. Degradação esta que perdurará, haja vista ter deixado cicatrizes, apesar da cirurgia reparadora a que foi submetida. Portanto, caracterizados estão os danos moral e estético. 5 - O *quantum* indenizatório a título de danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e danos estéticos no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) fixado pelo juiz de piso mostrou-se razoável, uma vez que em consonância com os critérios da proporcionalidade e razoabilidade. 6- Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.(TJCE - APL: 06932717220008060001, Relator: MARIA GLADYS LIMA VIEIRA, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/03/2015).

Por fim, quanto ao pedido de produção de provas periciais observa-se que ele somente foi solicitado em sede de apelação, visto que em

contestação foi realizado pedido genérico de produção de provas. Assim, diante do pedido genérico de produção de provas, o julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa, principalmente quando diante da completa ausência de demonstração de imprescindibilidade da realização de perícia.

Entendimento esse em acordo com o que já foi decidido por este Tribunal de Justiça, em julgamentos similares:

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA PELO MUNICÍPIO DE IGUATU EM FACE DE EX-PREFEITO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE VERBAS DECORRENTES DE CONVÊNIO CELEBRADO COM ÓRGÃO PERTENCENTE À ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DA UNIÃO, CONFIGURANDO IRREGULARIDADE NA APLICAÇÃO DAS VERBAS CONVENIADAS E O ATRASO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. IMPOSSIBILIDADE. POSTULAÇÃO DE OBTER, POR VIA OBLÍQUA, OS EFEITOS DA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 31 E SEU § 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 267, VI, DO CPC.

I - O julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa quando desnecessária a dilação probatória em face dos elementos de prova carreados aos autos pelas partes. No caso em julgamento, os litigantes fizeram requerimentos genéricos para a produção de provas técnica, documental e oral. O autor, aqui apelante, ao ser confrontado com ofício originário da FUNASA atestando que a prestação de contas do convênio estava sendo analisada, pediu, de forma singela, a procedência dos pedidos exordiais, sem, contudo, pugnar pela dilação probatória. II - A Constituição da República estabelece no seu artigo 31 e respectivo § 1º que a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da Lei. II - A utilização da via judicial para sindicar irregularidade na execução e a prestação de contas de verba pública decorrente de convênio não se mostra adequada porque significa usurpação de prerrogativa funcional e constitucional do Poder Legislativo do Município de Iguatu. III - Somente após o julgamento da prestação

de contas a cargo do Parlamento é que se pode cogitar em ação indenizatória, falecendo o interesse processual, este na concepção da utilidade do provimento jurisdicional *versus* a necessidade de tutela jurisdicional, ou seja, que a demanda ajuizada seja imperiosa à proteção do direito lesado ou ameaçado. Apelação conhecida, mas desprovida.
(TJCE - AC: 00033414020058060091, Relator: PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 29/04/2014).

Portanto, diante do princípio do livre convencimento motivado do Juiz, impossível anular a Sentença para determinar a realização de instrução processual, notadamente quando já existem nos autos provas suficientes para possibilitar a formação da convicção do magistrado.

Ainda em sede preliminar, necessário averiguar a alegação de ilegitimidade passiva do ente público e da possibilidade de denúncia da lide.

O ente público alega que a Magistrada não se manifestou acerca do pedido, feito em contestação, da denúncia da lide. E ainda acrescenta que o Município não tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, considerando que o suposto fato danoso ocorreu por responsabilidade de terceira pessoa, qual seja, a Dra. Maria Eliane Gondim Starling.

Em relação do pedido de denúncia à lide, equivocou-se o ente público, visto que a Juíza *a quo* se manifestou acerca da impossibilidade de denúncia à lide nas fls. 118/119, levando em consideração o princípio da razoável duração do processo. Assim, além de já ter precluído o direito de interpor qualquer recurso, a Apelação não é o instrumento correto para sustentar indignação da decisão da Magistrada.

Quanto a ilegitimidade passiva, o Município sustenta que os supostos danos foram causados por terceiro que não mantém relação com jurídico-administrativa com o ente público, visto que a médica Dra. Maria Eliane Gondim Starling não é servidora pública e tampouco trabalha com eventualidade, tendo sido “contratada” por meio de um contrato verbal. De modo que, no dia do fato que ensejou o ajuizamento da presente ação, era apenas o segundo plantão da médica, no Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Nazaré.

Apesar do “contrato verbal” firmado entre o Município e a médica ofenderem os princípios da administração pública, notadamente em relação ao concurso público, para os administrados, em geral, a relação aparentava ser válida e legal. Desse modo, diante da aparência de validade da relação entre a médica e o Município tem-se que os atos realizados pela Dra. Maria Eliane Gondim Starling, no âmbito de sua atuação no Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Nazaré, são presumidamente legítimos.

Conforme explica, de maneira cristalina, Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Funcionário de fato” é aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem aparência de legalidade. Em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados, da segurança jurídica e do princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados. (*in* Curso de Direito Administrativo, 17ª Edição, Malheiros Editores, pág. 227/229).

Assim, diante do disposto, a Administração Pública responde pelos atos praticados pela médica, diante da sua presunção de legitimidade, de maneira objetiva, assegurado o direito de regresso contra o responsável, caso seja comprovado o dolo ou a culpa, conforme aduz o art. 37 da Constituição Federal:

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:

§ 6º **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.**

Outrossim, configura-se a legitimidade do Município para figurar no polo passivo da demanda, ressalvado o direito de regresso contra a médica.

Adentrando, nesse momento, no mérito da demanda, a autora requer a condenação do Município de Capistrano ao pagamento de indenização por danos morais, devido ao suposto erro médico que provocou a morte do nascituro, cometido por agente público municipal, no interior do Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Nazaré.

A responsabilidade objetiva do Município, conforme se depreende do art. 37, § 6º, da Constituição, depende da comprovação do dano e do nexo causal entre a conduta do agente e o dano provocado. Assim, em um primeiro momento, deve-se analisar a legalidade da conduta do agente público, averiguando se realmente ocorreu algum erro médico a justificar a indenização por danos morais. Percorrendo, conseqüentemente, a possibilidade de responsabilidade civil do Município de Capistrano. Em um segundo plano, caso seja caracterizado a conduta danosa, deve-se apurar se o *quantum* indenizatório corresponde ao dano sofrido pela autora, verificando se o valor arbitrado em Sentença atende aos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

Analisando os autos, percebe-se, com clareza, que efetivamente ocorreu erro médico, que resultou no comprometimento grave do estado de saúde da autora, a ponto de deixá-la em coma, e a perda do seu filho que estava para nascer.

A conduta da médica, agente do Município, foi negligente e desproporcional, acarretando em verdadeira violência obstétrica na paciente que, apesar de ter dito uma gravidez considerada de risco (fl. 33), sofreu durante horas com a insistência da médica em realizar um parto normal a ponto de ser transferida, posteriormente, para o Hospital de Baturité, sangrando muito devido ao uma episiotomia que sequer fora suturada.

Interessante notar que no Relatório Policial (fls. 25/31) faz as seguintes perguntas, respondendo-as em seguida

6) Houve negligência-imperícia ou dolo da profissional médica?

7) A cesariana não seria a indicação correta, vez que a paciente tinha histórico de abortos anteriores?

8) O fato de a opção ter sido feita pelo parto normal, bem como as técnicas empregadas teria sido a causa de a criança não ter resistido?

A autoridade policial entendeu, em sequência, que após a análise das investigações as respostas seriam:

6) Provavelmente.

7) Provavelmente sim.

8) Provavelmente sim.

Não houve, da análise dos autos, somente um erro médico, mas uma série de erros. Um conjunto de ações que agravaram o quadro da autora, que tinha uma gravidez considerada de risco. A começar pela própria insistência da médica em realizar o parto natural, que culminou com sua resistência em transferir a paciência, sob o argumento de que o bebê já estava prestes a nascer.

Os depoimentos prestados em sede de inquérito policial comprovam que não houve qualquer evolução no parto da autora, mesmo horas após ela ter chegado à Maternidade e ter sido levada para o “cavalinho”, ter sido utilizado o “fórceps” e terem realizado uma “episiotomia” (incisão realizada com o objetivo de ampliar o canal de parto).

Conforme depoimento prestado pela Sra. Roberta Batista Lopes (fls. 68/71), enfermeira, houve uma insistência da equipe médica para a transferência da paciente, porém, a médica Dra. Maria Elaine Gondim Starling mantinha-se irredutível quanto a questão, indicando por várias vezes “que a criança tinha que nascer naquele hospital”. O teor do depoimento foi confirmado também no depoimento de outras testemunhas, tais como a Sra. Josefa do Nascimento da Silva (fls. 60/62), enfermeira; Sr. Adriano Queiroz Alencar (fls. 75/77), médico; e a Sra. Anna Nery Soares Holanda (fls. 78/81), enfermeira.

Inclusive, de grande importância o depoimento do Dr. Adriano Queiroz Alencar, responsável por realizar a transferência da paciente para o Hospital de Baturité. À fl. 77, ele informa que ao realizar o exame do toque percebeu que o feto encontrava-se em posição cefálica (posição correta do feto para nascer), mas que se encontrava “alto”, indicando que demoraria para nascer. Assim, diante da constatação de que o feto demoraria para nascer ele sugeriu a transferência da paciente para o Hospital de Baturité, que teria condições de propiciar uma cesárea. O depoimento ainda costa:

“Que o depoente também sugeriu que não fosse utilizado qualquer tipo de manobra invasiva para acelerar o parto, ressaltando a transferência da paciente. Que a médica afirmou que discordava da opinião profissional do depoente, afirmando que se ocorresse a transferência, o parto poderia ocorrer durante essa (sic) transferência”

Ora, se o parto estava tão próximo de acontecer, porque a médica teve que se utilizar de manobras para acelerá-lo? Porque houve, então, a necessidade de utilização do fórceps, ou de obrigar a paciente a ficar, durante horas, alternando ficar de cócoras no chão e o “cavalinho”, mesmo quando ela já manifestava sinais de exaustão, ou de ficar calcando o abdômen da autora até mesmo com o cotovelo? Demonstra-se, assim, a incongruência do depoimento da médica responsável, Dra. Maria Eliane Gondim Starling. Contradições estas visíveis no próprio depoimento da médica, ainda em sede de inquérito policial.

Em seu depoimento, colhido na presença de um advogado, a Dra. Maria Eliane Gondim Starling, informou que a paciente foi colocada no “cavalinho”, uma cadeira que tem o objetivo de amaciar a pélvis da parturiente e *“que essa atividade dura o tempo que a paciente suportar o exercício”* (fl. 82). Em confronto com os demais depoimentos prestados no inquérito policial, não pareceu que a médica tivesse tido o cuidado com o limite do sofrimento da paciente, durante o tempo em que a autora permaneceu no “cavalinho”. Em verdade, segundo o depoimento da própria autora (fls.56/59):

“Que em seguida a médica mandou que a declarante sentasse em um cavalo de pau e ficasse fazendo força. Que a declarante não estava conseguindo fazer força em cima do cavalo e por isso a médica ficou insistindo para que a declarante fizesse muita força (...)”.

“Que a declarante informa que a médica mandou que a declarante fosse novamente para o cavalo de pau, fazer força e que quando viu que a declarante não estava mais aguentando fazer força, a médica mandou que a declarante ficasse de cócoras no chão por algum tempo. A declarante informa que ficou alternando entre o cavalo de pau e ficar de cócoras no chão desde a madrugada até o dia amanhecer e que entre um e outro, a médica realizou vários exames de toque”.

Confirmando as alegações da autora, tem-se o depoimento Maria José da Silva (fls. 86/89):

“Que a médica mandava a vítima se balançar na referida cadeira e mesmo quando a vítima afirmava que não tinha mais força para balançar, a médica insistia para que balançasse e consequentemente estimulasse o parto”

Contradiz-se, novamente, a médica ao informar que:

“Um pouco antes de 08h00min, a enfermeira chefe de nome ROBERTA pediu à interrogada que realizasse o parto por conta do médico plantonista não haver chegado, embora que o plantão do mesmo se iniciasse às 07h00min”.

No depoimento da enfermeira chefe, Sra. Roberta Batista Lopes (fls. 68/71), porém, ela trás informação divergente do depoimento da Dra. Maria Eliane:

“A depoente informa que continuou a mostrar as dependências do hospital para a ANNA NERY e que por volta de 07h15min tomou conhecimento que o DR ADRIANO que seria o médico a iniciar o plantão na data de 05/05/2012, já havia chegado e que avistou o carro do referido médico no estacionamento”.

Confirmando o fato de o Dr. Adriano Queiroz Alencar ter chegado antes das 8:00 horas da manhã, tem-se o depoimento da Sra. Maria José da Silva Reis do Santos, técnica em enfermagem (fls. 87/89):

“A depoente informa que volta das 07h30min, o médico de nome ADRIANO chegou para render o plantão da DRA STARLING e que a depoente tomou conhecimento através da enfermeira SANDRA que quando o DR ADRIANO foi falar para a DRA STARLING, que a mesma já poderia ir embora, esta afirmou que iria fazer o parto”

Assim, verifica-se que pelo menos duas inconsistências com o depoimento da médica, que insistia, mesmo já não sendo a médica plantonista, em práticas que se configuram em violência obstétrica para com a paciente.

Desse modo, evidencia-se que a paciente sofreu verdadeira violência obstétrica, tendo em vista a insistência da média em utilizar-se de procedimentos invasivos, tais como o uso do fórceps. Infringindo a autora grande sofrimento, chegando ao ápice de a apelante ter sido transferida para o Hospital em Baturité sem sequer ter sua episiotomia suturada, com um sangramento intenso, que piorou o seu quadro de saúde, levando-a a entrar em coma.

A violência obstétrica cometida contra a paciente viola, de pronto, o princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, além do direito à saúde, à integridade física e à vida. O dano, assim, decorreu do sofrimento físico e psicológico imposto à paciente, desde o momento em que chegou a maternidade, onde viu-se obrigada a passar por uma série de procedimentos invasivos, tais como a episiotomia, o uso do fórceps; além de a médica ter insistido em um parto normal, mesmo diante da gravidez de risco da autora, utilizando-se, assim, de meios para acelerar o parto, chegando, inclusive, a usar o cotovelo para tentar calcar a barriga da paciente e as mãos para tentar puxar o bebê, mesmo ele encontrando-se ainda alto demais para passar pelo parto normal; o dano ainda prolonga-se, tendo em vista que a autora foi transferida para outro hospital, sem sequer ter sua episiotomia suturada, com sangramentos em abundância. Diante de

toda a violência física e emocional sofrida, ainda teve que lidar com a perda de seu bebê, entrando, em seguida, em estado de coma por dois dias.

O nexo causal comprova-se diante das ações da médica, que conforme já anteriormente citado, diante da teoria da aparência aparentava ser funcionária pública, que executou práticas de violência obstétrica.

Diante do dano causado por um agente do estado, em atividade, evidencia-se a responsabilidade civil objetiva do Estado, que independe da averiguação de dolo ou culpa do agente, conforme disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal.

O Ministro do STF Celso de Mello expõe de maneira brilhante acerca dos pressupostos da responsabilidade civil objetiva do poder público:

EMENTA: (...) RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO ELEMENTOS ESTRUTURAIS TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO FATO DANOSO (MORTE) (...)

(...) - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “*eventus damni*” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - (...) - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido.

(STF, AI 734689 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 23-08-2012. PUBLIC 24-08-2012).

De modo similar, elucida o também Ministro do STF Carlos Britto:

"O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular." (RE 327.904, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 08/09/06).

Desse modo, o Município de Capistrano não conseguiu comprovar que houve qualquer causa de exclusão da responsabilidade objetiva do estado, de modo que, diante do dano e do nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o dano sofrido, deve-se manter a decisão de piso, para condenar o ente público a pagar indenização por danos morais.

Ainda sobre o tema, de importante registro o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho¹:

Para que se configure a responsabilidade do Estado, é necessário que seja verificado o comportamento do lesado no episódio que lhe provocou o dano.

1 Manual de Direito Administrativo, 14ª ed., Ed. Lúmen Júris, 2005

Se o lesado em nada contribuiu para o dano que lhe causou a conduta estatal, é apenas o Estado que deve ser civilmente responsável e obrigado a reparar o dano.

Mantendo-se a Sentença proferida pela MM Magistrada *a quo* para reconhecer o direito autoral a receber indenização por danos morais do Município de Capistrano, deve-se, nesse momento, analisar o montante da indenização.

A Juíza de piso condenou o Município de Capistrano a pagar indenização no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a qual o ente público recorreu alegando ser excessiva.

A indenização por danos morais não pode ser exagerada no sentido de causar enriquecimento a quem é indenizado e nem pode ser fixada em valor irrisório e insuficiente ao fim a que se destina, que é o de evitar e desencorajar futuros atos ilícitos pela Administração e servir como indenização aos autores pelo sofrimento experimentado.

Deve haver proporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto a quem deve indenizar. No caso, o montante de R\$ 100.000,00 encontra-se em acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Averiguando-se os precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, constata-se que os valores arbitrados em situações semelhantes se aproximam dos R\$ 100.000,00, conforme se demonstra em ementa de julgado análogo ao caso:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. MORTE DO NASCITURO. DANO MORAL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA VERBA FIXADA. SÚMULA 7/STJ.

1. Verifica-se que a instância de origem, ao entender que houve demonstração do nexo causal e estabelecer o montante da indenização, decidiu a controvérsia com fundamento no suporte fático-probatório dos autos. Desse modo, é inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca

afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos. Aplica-se o óbice da Súmula 7/STJ. 2. **Ademais a jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de que a revisão dos valores fixados a título de danos morais somente é possível quando exorbitantes ou insignificantes, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos em que a verba indenizatória foi fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). A verificação da razoabilidade do *quantum* indenizatório esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.**

3. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1471155 / RN, Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN, Órgão Julgador - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento: 23/10/2014).

E ainda, em sentido similar, também do Superior Tribunal de Justiça: Ag no Resp 858.645/SP; Relator: Ministro Moura Ribeiro; 3º Turma; Data de Julgamento: 24/02/2016 e AgRg no REsp 1395716/RJ; Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; 1º Turma; Data de Julgamento: 25/02/2014.

Nesse termos, ao meu ver, e tendo em vista as colocações acima apresentadas, tenho que o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) encontra-se razoável ao dano sofrido pela autora, assim como em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

ISSO POSTO, ante os fundamentos acima expendidos, em consonância com a jurisprudência invocada, conheço da apelação do Município de Capistrano, mas para negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença proferida pela magistrada *a quo*.

É como voto.

Expedientes necessários.

Fortaleza, 30 de maio de 2016.

PROCESSO: 0003997-91.2012.8.06.0045 – REEXAME NECESSÁRIO
AUTOR: ERINILTON APRÍGIO CAVALCANTE
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA
DE BARRO
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE BARRO
RELATORA: DESA. LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO INTERTEMPORAL. PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO CPC/73. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. REQUISITOS PREENCHIDOS. REDUÇÃO TEMPORÁRIA DA CAPACIDADE LABORATIVA. SUSCEPTÍVEL DE RECUPERAÇÃO. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. LESÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. REEXAME NECESSÁRIO 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 fundamentado caso a caso. Sobre o tema, prepondera a teoria do isolamento dos atos processuais no NCPC¹ (art. 14) que orienta

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

que a lei nova não deve atingir os atos processuais já 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 “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* *álrio* ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015. Págs 228 e 229).

4. Nesse contexto, na hipótese do julgamento da sentença recorrida 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. O auxílio-doença acidentário é um benefício previdenciário concedido ao segurado incapacitado para o trabalho em decorrência de acidente de trabalho ou de doença profissional. Assim, a contingência coberta é a incapacidade total e temporária, ou parcial e permanente para o exercício das atividades habituais, mas que é passível de recuperação e ou reabilitação profissional.

6. Incontroversa a condição do segurado, a ocorrência do acidente de trabalho, o nexo de causalidade entre a incapacidade temporária para o trabalho e o acidente sofrido, atestado por laudo pericial judicial, cabível o auxílio-doença acidentário, pois preenchidos os requisitos legais dos artigos 59, 60, *caput*, e 62, da Lei nº 8.213/91, até recuperação da capacidade para o trabalho.

7. Das provas técnicas jungidas aos autos emergem sinais indubitáveis acerca da incapacidade laborativa temporária e parcial do segurado, motivo pelo qual se impõe a manutenção da sentença que julgou procedente o pedido para restabelecer o auxílio doença acidentário indevidamente cessado, posto restarem preenchidos os requisitos.

8. Reexame necessário 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 do reexame necessário para negar provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário contra sentença (fls. 102/107) que julgou procedente o pedido autoral em ação de restabelecimento de auxílio-doença por acidente de trabalho intentada por Erinilton Aprígio Cavalcante em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Na petição inicial (fls. 02/10), o autor requereu o restabelecimento do benefício de auxílio-doença acidentário, com efeitos retroativos à data da cessação do benefício. Alegou que sofrera acidente do trabalho e que recebia, desde 07/11/2011, o benefício de auxílio doença por Acidente do Trabalho, o qual foi cessado administrativamente pelo promovido em 27/04/2012, sob o argumento de que o requerente encontrava-se recuperado e com capacidade normal para o trabalho. Argumentou que ainda se encontra incapacitado para o trabalho, motivo pelo qual requer o restabelecimento do benefício.

Devidamente citado, a autarquia apresentou contestação (fls. 48/54), alegando que não estaria preenchido o requisito da incapacidade e requereu perícia médica.

Laudo pericial às fls. 72/76, confirmando a incapacidade laborativa.

Na sentença de fls. 102/107, o magistrado de origem antecipou os efeitos da tutela para determinar o INSS que restabelecesse, de imediato, o benefício postulado, no prazo de 20 (vinte) dias, sob pena de multa diária. Ao final, julgou procedente a ação, determinando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença por acidente de trabalho em favor do demandante, até que lhe fosse promovida a reabilitação em outra ocupação, pagando-lhe as prestações atrasadas e vincendas, com data retroativa à sua cessação administrativa (27/04/2012), acrescidas de correção monetária (desde o ajuizamento da ação) e de juros de mora (desde a data da citação), calculados através da sistemática do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009, tendo em vista que julgamento das ADIs 4.425/DF e 4.357/DF, ainda não havia sido concluído, ressaltando pendência na apreciação do alcance temporal e material dos julgados nelas proferidos pelo Pleno do STF.

Condenou ainda o requerido ao pagamento de honorários advocatícios, no percentual de 10% (dez) por cento sobre o valor das prestações devidas, compreendidas nessas as vencidas até a prolação da sentença, em consonância com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

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 dar as razões de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela

maneira. A fundamentação tem **implicação substancial** 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 NCPC² (art. 14), sendo aplicável em regra aos processos pendentes. A aludida teoria orienta que a lei nova não deve atingir os atos processuais já 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, . 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 e reexame necessário, deve ser considerada a data em que foi dada publicidade à decisão a ser objeto de impugnação recursal. As hipóteses de remessa oficial serão as da lei processual vigente à época 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 reexame necessário deve ser regido pela lei anterior.

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

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 311, do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “A regra sobre remessa necessária é aquela vigente ao tempo da publicação em cartório ou disponibilização nos autos eletrônicos da sentença, de modo que a limitação de seu cabimento no CPC não prejudica os reexames estabelecidos no regime do art. 475 do CPC de 1973”. Do exposto, aplicam-se ao presente reexame necessária as regras do CPC-73, uma vez que a decisão recorrida foi proferida sob a égide da legislação processual revogada.

Vale ressaltar, por fim, que referida conclusão não alcança os atos procedimentais a seres praticados após a vigência do CPC-15, nos termos do Enunciado Administrativo nº 4, do STJ: “Nos feitos de competência civil originária e recursal do STJ, os atos processuais que vierem a ser praticados por julgadores, partes, Ministério Público, procuradores, serventuários e auxiliares da Justiça a partir de 18 de março de 2016, deverão observar os novos procedimentos trazidos pelo CPC/2015, sem prejuízo do disposto em legislação processual especial”.

3. Sobre a admissibilidade do reexame necessário

O presente reexame necessário deve ser conhecido, uma vez que a sentença, além de ter sido proferida contra autarquia que possui prerrogativas de Fazenda Pública (artigo 475, I, do CPC-73), não se enquadra em nenhuma das hipóteses em que a remessa oficial é dispensada (parágrafos 1º, 2º e 3º, do artigo 475, do CPC-73).

4. Do mérito recursal

A controvérsia recursal cinge-se no direito do promovente ao restabelecimento do benefício previdenciário de auxílio-doença em razão

de acidente de trabalho. Infere-se dos fólios que o segurado da previdência social, ora promovente, sofreu acidente do trabalho em 07/11/2011 e vinha recebendo auxílio doença o qual foi cessado repentinamente pela autarquia previdenciária.

Na contestação, a autarquia ré não contesta a existência de acidente de trabalho, tampouco que o apelado atualmente labora em outro cargo, mas defende que de acordo com os laudos técnicos o segurado não se encontrava mais incapacitado para o trabalho, assim como não possuía mais sua capacidade laboral diminuída, razão pela qual foi cessado o auxílio-doença.

O foco da questão se limita à capacidade ou não do autor para retornar à atividade laborativa.

O auxílio-doença é previsto nos arts. 59 a 63 da Lei 8.213/91 e nos artigos 71 a 80 do Decreto 3.048/99 (RPS) e trata-se de benefício não programado devido ao segurado que ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. O segurado em gozo do auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade laboral, se possível, deve submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade, exceto o tratamento cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

Em outras palavras, o auxílio-doença não cessará até que o segurado seja considerado habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez.

O art. 59 da Lei 8.213/91 prevê:

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.

O auxílio-doença pode ser comum ou acidentário, se decorrer de acidente do trabalho, doença profissional, do trabalho ou evento equiparado.

Pela análise dos artigos que dispõem sobre o auxílio doença acidentário há quatro formas de cessá-lo³:

- a) alta médica em que o trabalhador é reintegrado às suas atividades habituais, eis que não apresenta seqüelas incapacitantes, tendo ou não se submetido à reabilitação profissional;
- b) conversão do auxílio-doença-acidentário em auxílio-acidente, ou seja, através do reconhecimento de que o acidente e moléstias deixaram seqüelas que resultam em incapacidade parcial e permanente.
- c) conversão do auxílio-doença-acidentário em aposentadoria por invalidez acidentário, uma vez constatado que o infortúnio impede definitivamente o desempenho de qualquer atividade laborativa.
- d) pela morte do segurado, caso em que os dependentes passarão a receber a pensão por morte acidentária.

No presente caso, trata-se de auxílio doença acidentário, tendo em vista a incapacidade decorrer de acidente do trabalho.

Da detida análise dos autos, a autarquia previdenciária promoveu à nova perícia médica para averiguar se ainda persistia a incapacidade do segurado e o laudo foi conclusivo no sentido de que estaria recuperado e apto ao retorno da atividade laborativa. Em razão disso, em 27/04/2012, o autor alega que o benefício foi cessado, causando-lhe prejuízos, vez que não podia promover a própria subsistência por ainda estar incapacitado para o trabalho.

Analizando os fólios, constatou-se que o autor comprovou todos os requisitos necessários à concessão do benefício de auxílio-doença, previsto no art. 59 da Lei 8.213/91, tendo em vista que a qualidade de segurado não foi contestada pela autarquia ré e que o autor busca apenas o restabelecimento do benefício anteriormente concedido. Pressupõe-se assim que ele já ostentava a qualidade de segurado anteriormente à cessação e no momento do acidente de trabalho que gerou a incapacidade.

3 <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5962/Auxilio-doenca-acidentario>

Em relação à incapacidade do promovente, em laudo pericial judicial de fls. 72/76, o perito concluiu pela ruptura no tendão do bíceps braquial esquerdo (CID 10 - S.46.2), o que o torna incapaz de exercer a atividade de agricultor, definitivamente. Ressalvou, no entanto, a possibilidade do autor exercer outras atividades. Desta forma, restou comprovado de que o autor possui incapacidade parcial e permanente, o que é suficiente para o restabelecimento do benefício vindicado, até que ele requeira auxílio acidente ou aposentadoria por invalidez, se a autarquia entender que será o caso.

A jurisprudência em casos análogos possui entendimento no sentido de que:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. INAPLICABILIDADE. REDUÇÃO PARCIAL E PERMANENTE DA CAPACIDADE LABORATIVA. SUSCEPTÍVEL DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. LESÃO CONSOLIDADA. NEXO DE CAUSALIDADE. PRESENTE. SUBSIDIARIEDADE DO PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. CONVERSÃO DO BENEFÍCIO EM SEU HOMÔNIMO ACIDENTÁRIO. TERMO INICIAL VERIFICADO NO LAUDO PERICIAL. REMESSA OFICIAL CONHECIDA E IMPROVIDA. APELO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1. O auxílio-doença acidentário é um benefício previdenciário concedido ao segurado incapacitado para o trabalho em decorrência de acidente de trabalho ou de doença profissional. Assim, constatada a possibilidade de reabilitação profissional em outra atividade, incabível a conversão do auxílio doença em aposentadoria.

2. Incontroversa a condição do segurado, a ocorrência do acidente de trabalho, o nexo de causalidade entre a incapacidade temporária para o trabalho e o acidente sofrido, atestado por laudo pericial judicial, cabível o

auxílio-doença acidentário, pois preenchidos os requisitos legais dos artigos 59, 60, *caput*, e 62, da Lei nº 8.213/91, até a conclusão do programa de reabilitação profissional.

3. Constatada a incapacidade parcial e definitiva para o desenvolvimento das funções laborais habituais, correta a condenação do INSS ao pagamento do auxílio-doença acidentário desde sua indevida cessação até que o segurado conclua o programa de reabilitação profissional. Momento em que poderá ser reabilitado para outra atividade que lhe garanta a subsistência ou ser aposentado por invalidez, caso seja considerado não recuperável.

4. Na aposentadoria por invalidez, a incapacidade deverá ser total e permanente. Trata-se da inabilidade que impossibilita o segurado de exercer toda e qualquer atividade, sem prognóstico de melhoria, sinalizando que perdurará definitivamente, outra hipótese, ocorre quando o obreiro for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de qualquer atividade que lhe garanta a subsistência. Conjectura que não se amolda aos fatos em análise.

5. Das provas técnicas jungidas aos autos não se emergem sinais indubitáveis acerca da insuscetibilidade de reabilitação do segurado, motivo pelo qual se impõe a manutenção do comando sentencial que julgou parcialmente procedente o pedido para restabelecer o auxílio doença acidentário, posto serem os pedidos de benefícios previdenciários subsidiários uns aos outros, desde que preenchidos os requisitos. Justamente em decorrência do não preenchimento destes, não merece ser concedida a conversão do benefício concedido em aposentadoria por invalidez acidentária.

6. Dos elementos probatórios coligidos nos autos, especialmente a perícia judicial, possível auferir que o recurso deve ser provido em parte, justamente para atender parcialmente esta parcela do pedido, julgado improcedente na origem, e reconhecer o direito à conversão do benefício concedido pelo INSS para a modalidade acidentária desde o termo inicial da constatação da incapacidade atestada pelo *expert*, qual seja, 03/02/2015.

7. Remessa de ofício e apelação CONHECIDAS, DESPROVIDA a primeira e PROVIDA EM PARTE a segunda, reformando a sentença *a quotã* somente para reconhecer direito à conversão do benefício de auxílio doença

recebido desde 03/02/2015 em seu homônimo acidentário. (Acórdão n.944127, 20150110721017APO, Relator: ALFEU GONZAGA MACHADO, 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/05/2016, Publicado no DJE: 03/06/2016. Pág.: 184-209)

REMESSA OFICIAL. AÇÃO ACIDENTÁRIA. ACIDENTE INCAPACITANTE. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A ATIVIDADE DESENVOLVIDA E AS LESÕES PELO INSS SEGURADAS. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO DESDE SUA CESSAÇÃO ADMINISTRATIVA ATÉ A DATA DA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA JUDICIAL. APÓS, CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

1. São quatro os requisitos para a concessão dos benefícios por incapacidade laboral acidentária: (a) a qualidade de segurado; a superveniência de moléstia que torna o obreiro incapaz para o desenvolvimento de atividade laboral que lhe garanta a subsistência; o nexo etiológico entre tais enfermidades e o labor e, o caráter temporário da incapacidade (para o caso do auxílio-doença) ou permanente (para o caso da aposentadoria por invalidez).

2. Presente a prova do nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida e as lesões pelo INSS seguradas, além da incapacidade permanente e parcial para o trabalho, a concessão do auxílio-doença acidentário é medida que se impõe até a recuperação da capacidade para o trabalho ou com a transformação em aposentadoria por invalidez ou em auxílio-acidente.

3. A lesão acometida ao autor incapacitou-o para o trabalho, tendo preenchido, portanto, os requisitos previstos no art. 42 da Lei nº 8.213/91, juntando-se a isso o fato de que não existe possibilidade de sua reabilitação profissional, sendo o caso em tela hipótese de aposentadoria por invalidez.

4. Correta a concessão de auxílio-doença acidentário desde sua cessação administrativa até a data da realização da perícia judicial e após, concessão de aposentadoria por invalidez.

5. Reexame necessário desprovido. (Acórdão n.924363, 20150110216114RMO, Relator: MARCO ANTONIO DA SILVA LEMOS, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 17/02/2016, Publicado no DJE: 07/03/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE. LESÃO CONSOLIDADA. AUXÍLIO-DOENÇA DEVIDO. POSTERIOR CONVERSÃO EM AUXÍLIO-ACIDENTE.

1. O auxílio-doença é devido de forma ininterrupta ao segurado que, em decorrência de acidente de trabalho, sofre limitação em sua capacidade laboral, ficando incapacitado de retornar às suas atividades habituais, até que se promova a sua reabilitação em atividade que lhe assegure a subsistência.

2. Havendo comprovação de que a restrição laboral decorreu de lesão acidentária ocorrida por acidente de trabalho, encontra amparo a pretensão de percepção do auxílio-doença acidentário até a data da conclusão da reabilitação profissional, bem como à conversão do benefício de auxílio-doença em auxílio-acidente - na hipótese de redução da capacidade laboral, de acordo com o que dispõe o art.86 da Lei nº 8.213/1991.

3. Repele-se a concessão imediata de aposentadoria por invalidez diante da ausência de constatação de incapacidade permanente e total da requerente para toda e qualquer atividade laboral, conforme o art. 42 da Lei nº 8213/91.

4. Negou-se provimento à apelação e ao reexame necessário. (Acórdão n. 921098, 20150110265784APO, Relator: FLAVIO RENATO JAQUET ROSTIROLA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 17/02/2016, Publicado no DJE: 24/02/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Além disso, o laudo pericial ainda constata que na data que autarquia ré cessou o benefício o autor ainda se encontrava com o mesmo estado de saúde, restando assim inquestionável o direito ao restabelecimento do benefício desde a sua cessação.

Em relação à antecipação de tutela concedida em sede de sentença, o magistrado agiu corretamente, vez que havia verossimilhança das

alegações e o fundado receio de dano irreparável ao promovente, em razão de a ausência de pagamento do benefícios poder gerar imensos prejuízos à sua própria subsistência. Cabível porquanto a execução provisória da sentença.

Desta forma, conclui-se pela manutenção integral da sentença.

5) Do dispositivo

Ante o exposto, estando a decisão singular em conformidade com a legislação e com a jurisprudência pacificada no âmbito do STF, do STJ e com súmula desta Corte, e não havendo fundamentação apta a ensejar a modificação do provimento, **conheço e nego provimento ao reexame necessário**, mantendo a sentença em todos os seus termos.

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, 13 de julho de 2016.

PROCESSO: 0006045-78.2000.8.06.0001 - APELAÇÃO

APELANTE: CARMELITA ALVES DAMASCENO

APELADOS: ANTÔNIO MARIA SIMPLÍCIO DAMASCENO E LUCIENE MARIA SERPA DAMASCENO

ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. LUIZ EVALDO GONÇALVES LEITE

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. QUESTÕES PRELIMINARES INFUNDADAS. REJEIÇÃO. NO MÉRITO. REQUISITOS DO ARTIGO 550 DO CC/1916. POSSE AD USUCAPIONEM, TEMPO E COISA HÁBIL. CONTROVERTIDA EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO LOCATÍCIA. POSSE MANSA E PACÍFICA NÃO DEMONSTRADA INEQUIVOCAMENTE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA CONDIZENTE COM O ACERVO PROBATÓRIO, VISTO QUE NÃO HOUVE DEMONSTRAÇÃO CLARA DOS REQUISITOS PARA DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Preliminar: Ilegitimidade do Espólio promovido. Perdeu qualquer sentido tal discussão, tendo em vista que, ultimado o inventário do de *cujus* com a respectiva partilha, o polo passivo da ação foi corrigido, passando a ser ocupado pelos ora apelados. Ausência de prejuízo.

2. Preliminar: falsidade documental. Houve preclusão, nos termos do art. 390 do CPC/1973, pois a suposta falsidade de documentos não foi arguida oportunamente, isto é, na contestação ou

após 10 (dez) dias da intimação de sua juntada. Ausência de prejuízo, igualmente.

3. Preliminar: nulidade de registros públicos. Tal matéria é estranha ao presente processo, visto que cabia à autora/apelante demonstrar a posse *ad usucapionem* e demais requisitos exigidos por lei para aquisição da propriedade imóvel pela usucapião. Além disso, a discussão sobre nulidade de registro público deve ser pleitada na via processual adequada, a saber, ação anulatória de registro imobiliário, nos termos da Lei nº 6.015/73 (LRP).

4. Preliminar: Arguição de “impedimento” do juiz e do perito. Matérias atingidas pela preclusão, eis que não suscitadas oportunamente. Precedentes do STJ.

5. Síntese das preliminares: observa-se que a parte autora/apelante pretende, em suas razões recursais, reavivar questões que não foram correta e oportunamente suscitadas e, portanto, precluíram. É o que se dá, por exemplo, com a suposta falsidade documental de canhotos de recibo; e suspeição do magistrado e do perito. Preliminares rejeitadas.

6. Mérito: para a aquisição da propriedade imóvel, no caso de usucapião extraordinária, deveria a autora/apelante demonstrar, cumulativamente, os requisitos insertos no art. 550 do Código Civil de 1916, quais sejam: posse *ad usucapionem*, tempo e coisa hábil.

7. Ausência de posse *ad usucapionem*: a controvertida existência de relação locatícia – ou mesmo de comodato – enfraquece a configuração de ânimo de dono.

8. Ausência de posse *ad usucapionem*: ao ajuizarem ações (revisional de aluguel e despejo) para defender e/ou recuperar a posse, bem como relacionarem o imóvel dentre os bens do Espólio de Mário Simpício Damasceno, os réus/apelados revelam inequivocamente a existência de atos que configuram oposição à posse, retirando-lhe qualidades de mansa e pacífica.

9. Apesar do tumultuado andamento do presente processo, não se consumou a prescrição aquisitiva pretendida pela autora/apelante.

10. Na apelação interposta em face da sentença que apreciou a ação de atentado, deduz que as provas acostadas comprovam, suficientemente, o atentado, este consistente em inovação ilegal do estado de coisas.

11. Diante de controvérsia eminentemente fática, a existência dos fatos exige respaldo probatório. Em causas dessa natureza, doutrina e jurisprudência consagram que o Tribunal *ad quem* somente deve reformar sentença revestida de manifesta ilegalidade ou proferida em evidente desacordo com a prova dos autos. Tal entendimento se alicerça na ideia de que o magistrado de primeira instância, por ter contato direto com partes, procuradores, testemunhas e elementos probatórios, possui melhores condições de formar convicção.

12. O julgador, por certo cria laços psicológicos com as partes e testemunhas, tendo possibilidade de usar tal conhecimento. Do contato pessoal com as partes e testemunhas, o juiz pode conhecer as características que compõem a verdade, que muitas vezes se manifestam na fisionomia, no tom

da voz, na firmeza, na prontidão, nas emoções, na simplicidade da inocência e no embaraço da má-fé. (Rui Portanova. Princípios no Processo Civil. 4ª ed. Livraria do Advogado, 2001).

13. Em síntese, o acervo probatório não socorre ao apelante. Nega-se provimento à apelação, prestigiando a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação-cível nº 0006045-78.2000.8.06.0001, acorda a Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, para negar-lhe provimento, mantendo-se a sentença de primeiro grau, tudo nos termos do voto do desembargador relator.

Fortaleza, 25 de maio de 2016.

RELATÓRIO

Revela-se oportuno adotar o bem lançado relatório de fls. 1.167/1170, da lavra do Eminentíssimo Des. Teodoro Silva Santos, doravante reproduzido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por CARMELITA ALVES ALEXANDRE, visando reformar sentença proferida em Ação de Usucapião proposta em desfavor de ANTÔNIO MARIA SIMPLÍCIO DAMASCENO e LUCIENE MARIA SERPA DAMASCENO.

CARMELITA ALVES ALEXANDRE ajuizou ação de usucapião, afirmando ter adquirido titularidade do imóvel situado na Rua Oto Alencar, nº 64, Centro, Fortaleza/CE. Expõe que jamais foi inquilina do imóvel em litígio, exercendo, na verdade, há 30 anos a posse pacífica e ininterrupta do imóvel, residindo em pequena casa que construiu no terreno. Reitera a

posse pacífica sobre referido bem, sustentando que, no Cartório de Registro de Imóveis da 4ª Zona, não consta matrícula referente ao imóvel (fl. 444). Requer, por fim, a procedência do pedido.

Por reconhecida conexão, a presente ação foi reunida com ações de despejo e revisão de aluguel propostas por ESPÓLIO DE MÁRIO SIMPLÍCIO DAMASCENO.

Em contestação, ESPÓLIO DE MÁRIO SIMPLÍCIO DAMASCENO afirma legítima propriedade do imóvel em questão, o qual teria sido locado verbalmente ao marido da autora. Reitera, inclusive, existência de ação de despejo conexa, tendo por fundamento falta de pagamento de aluguel do imóvel objeto da demanda.

Foi proferida a primeira sentença (fls. 548/551), entendendo o magistrado que CARMELITA ALVES ALEXANDRE era inquilina do imóvel, extinguindo, sem resolução de mérito, a Ação de Usucapião; consequentemente, julgou-se procedente a Ação de Despejo por falta de pagamento intentada por MÁRIO SIMPLÍCIO DAMASCENO.

Em face da primeira sentença, CARMELITA ALVES ALEXANDRE interpôs recurso de apelação (fls. 555/558), deduzindo que julgamento antecipado da lide somente é cabível em caso de matéria unicamente de direito e, por isso, houvera violação ao devido processo legal. Expôs, ainda, que as ações em questão – Usucapião e Despejo – não guardam conexão, em virtude de possuírem pedido, causa de pedir e ritos processuais distintos. No mérito, alegou ter preenchido os requisitos para aquisição da propriedade por usucapião extraordinário. Postulou anulação da sentença ou, no mérito, declaração da aquisição da propriedade por usucapião e, por conseguinte, improcedência do pedido de despejo.

Em primeiro parecer (fls. 574/577), de lavra da Procuradora de Justiça Maria Nailê Carlos Peixoto, o Ministério Público considerou existir conexão entre as Ações de Despejo e Usucapião, a fim de julgamento controverso da demanda, bem como entende que o julgamento antecipado da lide é faculdade do magistrado. Por fim, manifestou-se pelo improvimento do apelo, mantendo-se a sentença.

Sob relatoria do Desembargador José Mauri Moura Rocha, a 2ª Câmara Cível proferiu acórdão (fls. 587/592), declarando a nulidade da sentença, eis que o julgamento antecipado da lide implicara violação ao devido processo legal, em virtude de a demanda tratar de matéria essencialmente fática, exigindo aprofundamento da instrução processual no primeiro grau.

Após o retorno dos autos à origem, foi realizada perícia e apresentado laudo técnico (fls. 633/637; 691/694); em seguida, realizou-se audiência de instrução e julgamento para colher prova oral.

Ultimado o inventário de MÁRIO SIMPLÍCIO DAMASCENO, com a respectiva partilha, o polo passivo da ação foi corrigido, passando a ser ocupado por ANTÔNIO MARIA SIMPLÍCIO DAMASCENO e LUCIENE MARIA SERPA DAMASCENO (fls. 846/848; e 858/864).

Em manifestação (fls. 885/891), a autora CARMELITA ALVES ALEXANDRE arguiu falsidade de documentos, pedido não acolhido, com apoio em parecer (fls. 894/897) da representante do Ministério Público em primeiro grau, Dra. Evelyne Maria Costa B. Rocha.

Prosseguiu-se com a instrução (fls. 908/910; 920/925; 956/957; e 983/990).

Apresentadas razões finais (fls. 1.064/1.072 e 1.073/1.076) e parecer do Ministério Público em primeiro grau (fls. 1.078/1.086), o Juízo *a quo* proferiu nova sentença (fls. 1.087/1.089), julgando improcedente o pedido de aquisição da propriedade imóvel pela usucapião.

Opostos embargos de declaração (fls. 1.091/1.094) por CARMELITA ALVES ALEXANDRE, foram rejeitados (fls. 1.106/1.108).

Inconformada com a segunda sentença, CARMELITA ALVES ALEXANDRE interpôs novo recurso apelatório (fls. 1.110/1.141), alegando, em síntese: a) parcialidade do magistrado, visto que, por diversas vezes, ignorou requisição de provas da autora/apelante; b) fragilidade da dilação probatória realizada, vez que o magistrado acolheu provas documentais e testemunhais de veracidade duvidosa; c) perícia realizada não dispôs de embasamento técnico; d) provas documentais carregadas pelos réus/apelados - escritura, contrato de compra e venda, certidões - revelam informações incompatíveis entre si; e) ilegitimidade do espólio de Mário Simplício, pois

já houve a partilha dos bens do *de cujus*; e f) insuficiência do contrato de compra e venda como prova da propriedade do bem.

Com os argumentos aventados, postulou: g) declaração da ilegitimidade do espólio de Mário Simplício, com a consequente declaração de nulidade dos atos praticados; h) declaração de nulidade do processo por falsidade documental; e i) declaração de nulidade do processo, por suspeição do magistrado *a quo* e do perito, com retorno dos autos ao primeiro grau para realização de nova instrução processual.

Em contrarrazões (fls. 1.144/1.148), os réus/apelados refutam os argumentos expostos pela parte autora/apelante, defendendo a manutenção da sentença *a quo*.

Em parecer (fls. 1.160/1.162), a Procuradoria de Justiça se manifesta pelo improvimento do recurso apelatório, mantendo-se a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.

Autos conclusos a esta relatoria (fl. 1.193).

É o relatório.

VOTO

Há de ser conhecido o recurso de apelação sob exame, por estarem presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e dispensa de preparo, em face da gratuidade judiciária deferida).

Primeiramente, com relação às questões preliminares arguidas pela apelante, passa-se a analisá-las.

a) Ilegitimidade do Espólio de Mário Simplício Damasceno.

Perdeu qualquer sentido tal discussão, tendo em vista que, ultimado o inventário de MÁRIO SIMPLÍCIO DAMASCENO com a respectiva partilha, o polo passivo da ação foi corrigido, passando a ser ocupado por ANTÔNIO MARIA SIMPLÍCIO DAMASCENO e LUCIENE MARIA SERPA DAMASCENO (fls. 356/8; e 364/8).

Portanto, não houve prejuízo para a parte autora/apelante e, paralelamente, os atos processuais anteriores foram ratificados. Desse modo, rejeita-se a questão, sob crivo desta Segunda Câmara Cível.

b) Arguição de falsidade documental e nulidade de registro público.

A parte recorrente alega falsidade de canhotos de recibo de locação, defendendo igualmente a nulidade de registros públicos, isto é, de averbações imobiliárias relativas ao imóvel.

Em relação à falsidade documental, percebe-se que ocorreu a preclusão da matéria, nos termos do artigo 390 do Código de Processo Civil de 1973:

Art. 390 do CPC/1973. O incidente de falsidade tem lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição, incumbindo à parte, contra quem foi produzido o documento, suscitá-lo na contestação ou no prazo de 10 (dez) dias, contados da intimação da sua juntada aos autos.

A suposta falsidade de documentos não foi arguida oportunamente, isto é, na contestação ou após 10 (dez) dias da intimação de sua juntada.

Observa-se que a parte autora/apelante pretende, em suas razões recursais, reavivar questões que não foram correta e oportunamente suscitadas e, portanto, precluíram. É o que se dá, por exemplo, com a suposta falsidade documental de canhotos de recibo.

Em relação aos questionamentos acerca da nulidade de registros públicos, tal matéria é estranha ao presente processo, visto que cabia à autora/apelante demonstrar a posse *ad usucapionem* e demais requisitos exigidos por lei para aquisição da propriedade imóvel pela usucapião.

Além disso, a discussão sobre nulidade de registro público deve ser pleitada na via processual adequada, a saber, ação anulatória de registro imobiliário, nos termos da Lei nº 6.015/73 (LRP).

Em conclusão, rejeita-se essas questões preliminares, submetidas ao crivo deste Colegiado.

c) Arguição de “impedimento” do juiz e do perito.

Ao defender que houve nulidade do processo por impedimento do juiz, a parte apelante aduz o seguinte, *in verbis*:

“(...) facilmente comprova-se a parcialidade do juiz, vez que o mesmo possui interesse em que a lide seja favorável ao réu. Tal atitude fica demonstrada quando o magistrado não realizou nenhuma das diligências solicitadas pela parte autora, o que configura tratamento desigual dado às partes e ausência de repressão aos atos ocorridos no curso do processo que foram contrários à dignidade da Justiça.”
(Razões de apelação, fl. 592).

Na verdade, há consenso quanto ao tumultuado andamento do presente processo; isto foi mencionado na sentença, no parecer da PGJ e em manifestações das partes.

Contrariada com decisões que, segundo alega, revelariam a parcialidade do julgador, a recorrente aduz a nulidade do processo, sem formalizar a tempestiva e oportuna exceção.

Todo magistrado sabe que a formação de convencimento implica, necessariamente, reconhecer o direito de uma ou outra parte, conforme ocorreu no caso concreto. A circunstância de uma decisão desfavorecer interesses da parte autora/apelante não pode vir ser confundida com suspeita de favorecimento ou parcialidade. Seria absurdo a recorrente entender que só haveria imparcialidade na hipótese de obter decisão favorável a seus interesses.

Nos termos dos arts. 304 e 305 do CPC/1973, é lícito a qualquer das partes arguir a suspeição do julgador, desde que o faça dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da ciência do fato que a determinou.

Nesse sentido, observa-se que a autora/apelante alega que fatos “estranhos” - reveladores da parcialidade - ocorreram desde o retorno dos autos à origem, de tal modo que a preclusão se operou há tempos.

Quando conveniente, a parte autora/apelante pôs em dúvida a imparcialidade do d. magistrado. Nada obstante, a possibilidade de questionar a independência do juiz existiria, a critério da parte, sempre que emitida decisão judicial desfavorável. Transcrevo e adoto como razões de decidir a lição de Eduardo Couture, em literal:

A sentença poderá ser justa ou injusta, porque os homens necessariamente se equivocam. Não se inventara ainda uma máquina de fazer sentenças. No dia em que for possível decidir os casos judiciais, como decidem as carreiras de cavalos, mediante um olho eletrônico que registra fisicamente o triunfo ou a derrota, a concepção constitutiva do processo carecerá de sentido, e a sentença será uma pura declaração, como queria Montesquieu. Enquanto não se fabrica essa máquina de fazer sentenças, o conteúdo humano, profundo e entranhável do Direito não pode ser desatendido nem desobedecido, e as sentenças valerão o que valem os homens que as ditam. Da dignidade do juiz depende a dignidade do Direito. O Direito valerá, em um país e num momento histórico determinado, o que valem os juizes como homens. No dia em que os juizes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranqüilo.

(*apud* PRUDENTE, Antônio de Souza. **Ética e Deontologia da Magistratura no terceiro milênio**. R.CEJ, Brasília, n.12, p. 95-98, set./dez.2000 – acresci ênfases).

No mesmo sentido, é de se dar crédito à entrevista concedida pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Eliana Calmon, em 14 de janeiro de 2009, na qual a entrevistada defendeu o resgate da respeitabilidade do juiz de primeiro grau, nos seguintes termos:

Advogados conseguem que os processos permaneçam no tribunal por meses. Daí recursos e mais recursos e nós não conseguimos tirar os processos de dentro do tribunal. Isso é absurdo! Significa gasto do contribuinte e demora na prestação jurisdicional daqueles que tem um bom direito e que esperam uma solução do judiciário. [...]

Enquanto o juiz de primeiro grau não for devidamente respeitado em suas decisões e suas decisões forem sempre reformadas, muitas vezes até sem fundamento, nós teremos mais um fator de inchaço para a Justiça.

(Entrevista ao sítio eletrônico do STJ. [...] Acesso em 21/01/2009).

O prazo para interposição da exceção de suspeição – norma de ordem pública – não pode ficar à disposição das partes. No momento em que configurado o fato, iniciou o prazo, operando-se a preclusão da pretensão de apresentar a exceção. Colhe-se abaixo o entendimento jurisprudencial pátrio:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO. INCOMPATIBILIDADE RELATIVA. ARGUIÇÃO FORA DO PRAZO DE QUINZE DIAS. INTEMPESTIVIDADE.

1. Hipótese em que o recorrente, tomando conhecimento de *noticia criminis* da autoria do magistrado contra a sua pessoa (crime contra a honra), em 2004, por ocasião do pleito eleitoral, somente veio a arguí-la em 2006, quando da apelação contra a sentença condenatória da ação de improbidade, agindo, portanto, escancaradamente fora do prazo de lei.

2. A suspeição é uma incompatibilidade relativa, porquanto pode ser superada pelo magistrado, não conduzindo necessariamente a uma decisão imparcial. Traduz, assim, uma situação de risco (de parcialidade) para a parte que, se lhe aprouver, pode evitá-la oferecendo a correspondente exceção no prazo traçado pela lei.

3. Conquanto a exceção de suspeição possa ser argüida a qualquer tempo e grau de jurisdição, a norma processual impõe o prazo de 15 dias para a sua arguição, a partir do fato processual que supostamente demonstre a eventual imparcialidade, sob pena de preclusão (art. 305 - CPC).

4. Recurso especial desprovido.

(STJ - REsp 1326819/AM, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 27/10/2015. Grifou-se).

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. PRAZO. PRECLUSÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. A suspeição pode ser levantada em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, devendo ser arguida pela parte interessada na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos (CPC, art. 138, § 1º), sob pena de preclusão. Em se tratando de suspeição fundada em motivo preexistente, deve ser suscitada, no prazo para resposta (CPC, art. 297), e, quando fundada em motivo superveniente, no prazo de quinze dias (artigos 305 e 304 do CPC), contado da ciência do fato causador da suspeição.

2. Os fatos alegadas pela FUNAI que deram ensejo a exceção de suspeição dizem respeito a várias reuniões, ocorridas em 19/05/2009, 26/05/2009, 03/06/2009 e 11/06/2009, promovidas pelo excepto com representantes das comunidades indígenas na tentativa de solucionar o conflito na região Oeste de Santa Catarina, que, segundo a parte recorrente, indicam a parcialidade do julgador na condução do julgamento da ação principal. A exceção de suspeição, contudo, somente foi apresentada em 19 de janeiro de 2010 (fl. 35), sete meses após a última reunião, portanto, fora do prazo preclusivo de quinze dias previsto no art. 305 do Código de Processo Civil. (...)

4. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp 1349206/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013. Grifou-se).

Por fim, não se vislumbra presente hipótese do art. 135 do CPC/1973, autorizadoras da suspeição reclamada.

Quanto ao perito, cabia à parte autora/apelante impugná-lo quando soube de sua nomeação. No entanto, não o fez. Também não apresentou agravo de instrumento ou retido para questionar os procedimentos de perícia. Somente agora, escoados todos os prazos, pretende a recorrente discutir questões atingidas pela preclusão.

Em sendo assim, rejeita-se essas questões, ora colocadas sob o escrutínio desta Câmara Cível.

Apreciadas as preliminares, passa-se ao exame de mérito.

d) Do mérito.

Depreende-se dos autos que oposição à posse da autora/apelante.

Vê-se que os réus/apelados praticaram atos, em juízo, contra a atividade singular do possuidor, no decurso da posse, com o fim de nela se emitir, de recuperá-la, ou de interromper a continuidade e tranquilidade de seu exercício para evitar a consumação da prescrição aquisitiva.

Para aquisição da propriedade imóvel, no caso de usucapião extraordinária, deveria a autora/apelante demonstrar, cumulativamente, os requisitos insertos no artigo 550 do Código Civil de 1916, a saber:

Art. 550 do CC/1916. Aquele que, por vinte anos sem interrupção, nem oposição, possuir como seu, um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio independentemente de título de boa fê que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no registro de imóveis.

Analizando referida norma, tem-se que os requisitos são:

Posse “ad usucapionem”

A posse “ad usucapionem” tem que se conjugar aos qualificativos da continuidade, da incontestabilidade e o do *animus domini*. Posse continua ou ininterrupta é a que completa todo o lapso de tempo do usucapião sem sofrer interrupções nos atos evidenciadores da atividade configuradora da condição de possuidor do usucapiente. Posse incontestada ou posse mansa e pacífica é a que se desenvolve durante todo o tempo reclamado para aperfeiçoamento do usucapião sem sofrer contestação ou moléstia por parte do verdadeiro dono ou dos outros interessados. Quanto ao *animus domini* trata-se do qualificativo da posse que evidencia, exteriormente, está agindo o possuidor com o comportamento ou postura de que se considera, de fato, proprietário da coisa.

Tempo

Usucapião, como forma que é de aquisição do domínio pela posse prolongada, tem no elemento tempo um dos seus requisitos fundamentais. Ao usucapião se aplicam as causas que suspendem ou interrompem o prazo da prescrição extintiva.

Assim, se, por exemplo, morre o dono do imóvel usucapiendo e entre os seus herdeiros a um menor impúbere ou outro incapaz, suspenso ficará o fluxo do prazo de prescrição aquisitiva enquanto durar a incapacidade absoluta dos novos proprietários do bem.

Coisa hábil

Nem todas as coisas suscetíveis de figurar numa relação jurídica podem ser objeto de usucapião. Em primeiro lugar, se essa forma de aquisição dominial pressupões posse, deve-se logo concluir que apenas as coisas corpóreas são usucapíveis, visto que não se compreende no sistema civil posse das coisas incorpóreas. Pela mesma razão não se concebe o usucapião de partes incertas ou imprecisas de imóvel. Outra exigência das coisas usucapíveis é a sua disponibilidade, de sorte que não são adquiríveis através de usucapião as coisas fora do comércio, isto é, as insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis.

(in CAFEZEIRO NETO, José. **A ação de usucapião**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17982-17983-1-PB.PDF>. Acesso em 26 de julho 2016).

No presente caso, a parte autora/apelante não logrou demonstrar posse *ad usucapionem*. A respeito, transcreve-se o parecer do representante do Ministério Público de primeiro grau, adotando-o como razões deste voto, em textual:

Parecer do Ministério Público em primeiro grau:

(...) o caso em análise, que aparentemente revela difícil resolução de mérito, tem como cerne do conflito a caracterização de dois desses elementos, quais sejam, a posse mansa e pacífica e o animus domini da autora sobre o imóvel

em referência, vez que o tempo da posse não foi objeto de contestação, sendo também hábil o seu objeto. (...)

A autora não admite a relação locatícia, e assegura que o imóvel nunca pertenceu a Mário Simplício Damasceno, vez que foi por ela construído, com a ajuda do corpo de bombeiros e autorização do então prefeito desta capital.

Vê-se, pois, que toda a pendenga meritória gira em torno de um único vértice: o imóvel usucapiendo integra ou não a propriedade de Mário Simplício Damasceno (recebido em herança por seu filho Antônio Maria Simplício Damasceno). Pois bem. Apesar de ter sido bastante divergente a prova testemunhal coletada (enquanto as testemunhas da autora afirmam que a mesma construiu o imóvel usucapiendo, os testigos do contestante asseguram que a autora era locatária de Mário Simplício Damasceno), parece-nos que a resposta pode ser encontrada na prova pericial e documental.

Primeiramente, (...) a certidão de fls. 379, da Prefeitura Municipal de Fortaleza – Secretaria de Finanças, consigna que a **casa nº64 da rua Oto de Alencar, antiga rua Crateús, encontra-se cadastrada em nome de Mário Simplício Damasceno a partir do ano de 1961.**

Noutro vértice, a perícia realizada confirma que o imóvel encontra-se nas terras de Mário Simplício Damasceno.

Por fim, resta-nos apontar que os documentos de fls. 333/349 acostados pela própria autora, que constituem a partilha dos bens deixados por Mário Simplício Damasceno e sua mulher Francisca Ribeiro Damasceno, onde consta que o imóvel usucapiendo foi dado em pagamento ao herdeiro Antonio Maria Simplício Damasceno. (...)

Os depoimentos das testemunhas são controversos (...) e uma detida análise da prova documental carreada pelas partes não nos autoriza o reconhecimento da prescrição pretendida. É inconteste estar provado que a demandante tem a posse do bem usucapiendo há mais de trinta anos, entretanto, ao final da ação, não restou comprovado extreme de dúvidas que essa posse era (...) sem oposição e com animus domini. (...)

Diante de todo o exposto, entendemos não restar *in casu* comprovado de modo inequívoco o atendimento aos requisitos previstos no art. 550 do Código Civil de 1916.

(Parecer, fls. 545/553).

Depreende-se dos autos que houve oposição à posse da autora/apelante. Também assim concluiu o representante do Ministério Público e o Magistrado com atuação perante o Juízo de origem. A respeito, colhe-se a lição de TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO:

O entendimento doutrinário, no que concerne à prescrição aquisitiva é que se devem somar uma ação comissiva do possuidor, detendo como seu um imóvel e uma ação omissiva de terceiros, aceitando o fato da posse sem qualquer contestação na área judicial. Mas o que é oposição com eficácia de tirar da posse uma característica necessária e essencial ao ato de usucapir? Pode-se dizer que é aquela que retira da posse as qualidades de mansa e pacífica à vista da coletividade.

Pedro Nunes dá os limites da posse incontestada. Contestação ou oposição é todo ato processado em juízo, contra a atividade singular do possuidor, no decurso da posse, com o fim de nela se emitir, ou de recuperá-la, ou ainda de interromper a sua continuidade e tranquilidade ou seu exercício para evitar a consumação da prescrição aquisitiva.

(in **Usucapião**. 6. ed. Editora Aidê, p. 86).

Ao ajuizarem ações (revisional de aluguel e despejo) para defender e/ou recuperar a posse, bem como relacionarem o imóvel dentre os bens do Espólio de Mário Simplício Damasceno, os réus/apelados revelam inequivocamente a existência de atos que configuram oposição à posse, retirando-lhe qualidades de mansa e pacífica.

Apesar do tumultuado andamento do presente processo, não se consumou a prescrição aquisitiva pretendida pela autora/apelante.

Acrescente-se que, em causas dessa natureza, doutrina e jurisprudência consagram que o Tribunal *ad quem* somente deve reformar sentença revestida de manifesta ilegalidade ou proferida em evidente desacordo com a prova dos autos. Tal entendimento se alicerça na ideia de que o magistrado de primeira instância, por ter contato direto com

partes, procuradores, testemunhas e elementos probatórios, possui melhores condições de formar convicção. Assim, colhe-se a lição de **Rui Portanova**:

A presença do juiz é uma das maiores garantias da boa decisão. Presença, em seu sentido completo, e não apenas o contato displicente da autoridade com a peça em formação. Levada em suas extensas proporções, a participação do juiz vai bem mais longe, conduzindo-se até aos aspectos psicológicos e sentimentais da comunhão do julgador com a vida e os episódios do caso (Bitencourt, 1986, p. 252).

Como consequência lógica do princípio da oralidade, o interesse do princípio é obrigar o juiz que ouviu a prova oral a sentenciar. O julgador, que por certo criou laços psicológicos com as partes e testemunhas, deve usar tal conhecimento. Aproveitam-se as impressões do juiz obtidas de forma tão direta e concentrada na solução do litígio, na sentença. Do contato pessoal com as partes e testemunhas, o juiz pode conhecer as características que compõem a verdade, que muitas vezes se manifestam na fisionomia, no tom da voz, na firmeza, na prontidão, nas emoções, na simplicidade da inocência e no embaraço da má-fé.

(in **Princípios no Processo Civil**. 4ª ed. Livraria do Advogado, 2001, p. 241).

Desse modo, já se viu que a sentença apelada encontra suporte no conjunto probatório dos autos.

Em face do exposto e com esteio nos argumentos acima delineados, impõe-se a este Colegiado conhecer o presente recurso de apelação, porém, para rejeitar as preliminares aventadas e negar-lhe provimento, mantendo-se a totalidade da sentença impugnada.

É como voto.

Fortaleza, 25 de maio de 2016.

PROCESSO: 0008441-12.2014.8.06.0171 - APELAÇÃO

APELANTE: UNIMED DO CEARÁ - FEDERAÇÃO DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO MÉDICO DO ESTADO DO CEARÁ LTDA

APELADO: NAILLA MÉCIA GONÇALVES MEDEIROS

RELATOR: DES. JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA

EMENTA: PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CIRURGIA REDUTORA DE MAMAS. RECOMENDAÇÃO MÉDICA. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. INCIDÊNCIA DO CDC. SÚMULA Nº 469 DO STJ. ROL DA ANS. REFERÊNCIA PARA COBERTURA ASSISTENCIAL MINÍMA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO ADEQUADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Trata-se de apelação interposta pela Unimed do Ceará – Federação das Cooperativas de Trabalho Médico do Estado do Ceará Ltda., contra sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Tauá/CE, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Dano Moral intentada pela apelada contra a apelante. A sentença impugnada determinou que a apelante custeie todos os gastos necessários ao procedimento de correção de hipertrofia mamária de que a promovente necessita, sob pena de multa diária, bem como que pague à mesma indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

2. Os contratos de planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da Súmula nº 469 do STJ. O art. 47 do CDC determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor.
3. O rol da ANS não é taxativo, porquanto contém apenas a referência para a cobertura assistencial mínima obrigatória nos planos de saúde contratados no território nacional. Precedentes.
4. As cláusulas limitativas ou restritivas de procedimentos médicos nos contratos de plano de saúde são abusivas à luz da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes deste Tribunal.
5. A Constituição Federal estabelece que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Assim, a natureza complementar dos planos de saúde não exime as instituições que se dedicam a tal atividade da responsabilidade pela realização dos procedimentos médicos necessários à manutenção da vida e da saúde do usuário.
6. A recusa indevida ou injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário. Precedentes do STJ.
7. A fixação do valor da indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo compatível com os valores praticados nos tribunais.
8. Recurso conhecido e desprovido. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, nesta Comarca de Fortaleza, em que são partes as pessoas indicadas. ACORDAM os membros integrantes da 8ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do presente recurso, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 4 de agosto de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela Unimed do Ceará – Federação das Cooperativas de Trabalho Médico do Estado do Ceará Ltda., contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Tauá/CE, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Dano Moral e pedido de tutela antecipada, intentada por Nailla Mercia Gonçalves Medeiros, ora apelada, contra a apelante.

Quanto aos fatos, a autora informa que é titular de plano de saúde junto à apelante desde janeiro de 2010, tendo procurado atendimento em 20/03/2014, em virtude de estar apresentando dores na coluna, tendo recebido do Dr. Pedro Wilson Leitão Lima o diagnóstico de hipertrofia mamária associada a mastalgia bilateral e escoliose, sendo-lhe recomendada cirurgia redutora das mamas. Relata que procurou o especialista em traumatologia e ortopedia Dr. Carlos Windson Cavalcante Mota, o qual atestou que a autora, ora recorrida, apresenta mamas volumosas que estariam causando dores na coluna e desvio postural, razão pela qual sugeria redução mamária. Assevera que a ré, ora apelante, em duas ocasiões negou autorização do procedimento cirúrgico prescrito. Com a exordial foram anexados os documentos de págs. 22/61.

A apelante contestou o feito às págs. 69/80, tendo acostado os documentos de págs. 81/152. Réplica às págs. 154/162.

A sentença guerreada, acostada às págs. 164/172, julgou procedente o pedido constante na petição inicial, condenando a promovida a custear, no prazo de 15 (quinze) dias, todos os gastos necessários ao procedimento cirúrgico de correção de hipertrofia mamária de que a promovente necessita, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais). Ademais, foi a ré condenada ao pagamento de indenização por danos morais à autora, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente a partir da data da sentença e acrescida de juros legais a partir da citação. Foi também deferido o pedido de tutela antecipada. A promovida foi condenada ainda ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Aduz a recorrente, às págs. 177/191, que o rol de procedimentos da ANS é taxativo, não abrangendo o procedimento de mamoplastia redutora pleiteado pela recorrida. Argumentou que tal procedimento não possui cobertura contratual. Alega ainda ser injusta a condenação em danos morais, porquanto não teria havido ato ilícito, por estar a apelante amparada em disposições legais e contratuais. Insurge-se ainda quanto ao valor arbitrado, o qual estaria violando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ao final, requer o conhecimento do recurso, e a atribuição de ambos os efeitos ao mesmo, a fim de que seja suspensa a antecipação de tutela concedida na sentença. No mérito, requer a reforma da sentença, a fim de que a demanda seja julgada improcedente, invertendo-se o ônus da sucumbência. Subsidiariamente, pugna pela redução do “quantum” indenizatório.

Em contrarrazões, a apelada aduz que o rol de procedimentos e eventos de saúde da ANS é apenas elucidativo, e não taxativo. Sustenta a ocorrência de dano moral, pugnando pela manutenção do valor arbitrado na sentença ou pela fixação de outra quantia. Requer o desprovemento do recurso, com o acréscimo de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, atualização monetária segundo os índices do IGPM, além da condenação da recorrente em multa por litigância de má-fé.

Em síntese, é o relatório.

VOTO

“Ab initio”, conheço da presente apelação, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Conforme relatado, a autora, ora apelada, ingressou com Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Dano Moral e pedido de tutela antecipada contra a Unimed do Ceará, ora apelante. Informa que é titular de plano de saúde junto à recorrente desde janeiro de 2010, tendo procurado atendimento em 20/03/2014, em virtude de estar apresentando dores na coluna, tendo recebido do Dr. Pedro Wilson Leitão Lima o diagnóstico de hipertrofia mamária associada a mastalgia bilateral e escoliose, sendo-lhe recomendada cirurgia redutora das mamas. Relata que procurou o especialista em traumatologia e ortopedia Dr. Carlos Windson Cavalcante Mota, o qual atestou que a autora, ora recorrida, apresenta mamas volumosas que lhe estariam causando dores na coluna e desvio postural, razão pela qual sugeria redução mamária. Assevera que a ré, ora apelante, em duas ocasiões negou autorização do procedimento cirúrgico prescrito.

O Juízo “a quo” julgou procedente o pedido constante na petição inicial (págs. 164/172), condenando a promovida a custear, no prazo de 15 (quinze) dias, todos os gastos necessários ao procedimento cirúrgico de correção de hipertrofia mamária de que a promovente necessita, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais). Ademais, foi a ré condenada ao pagamento de indenização por danos morais à autora, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente a partir da data da sentença e acrescida de juros legais a partir da citação.

Na oportunidade, foi deferido o pedido de tutela antecipada. Foi ainda a promovida condenada ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Irresignada, a cooperativa médica interpôs o presente recurso (págs. 177/191), aduzindo que o rol de procedimentos da ANS é taxativo, não abrangendo o procedimento de mamoplastia redutora pleiteado pela recorrida. Argumenta ainda a ausência de cobertura contratual e de previsão pela Lei nº 9.656/98. Alega ser injusta a condenação em danos morais, porquanto

não teria havido ato ilícito, por estar a apelante amparada em disposições legais e contratuais. Insurge-se ainda quanto ao valor arbitrado, o qual estaria violando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ao final, requer o conhecimento do recurso, e a atribuição de ambos os efeitos ao mesmo, a fim de que seja suspensa a antecipação de tutela concedida na sentença. No mérito, requer a reforma desta, a fim de que a demanda seja julgada improcedente, invertendo-se o ônus da sucumbência. Subsidiariamente, pugna pela redução do “quantum” indenizatório.

Não merece reparo a r. sentença guerreada, porquanto baseada na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e na jurisprudência pátria.

Impende inicialmente asseverar que os serviços prestados pelos planos de saúde configuram relação de consumo, aplicando-se-lhe o Código de Defesa do Consumidor, conforme sumulado pelo STJ, no enunciado nº 469, *verbis*:

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

A atividade econômica que tem por finalidade a saúde deve ser prestada sob a máxima cautela e estar atenta aos direitos à vida, saúde e dignidade da pessoa humana. Ademais, nos termos do art. 47 do CDC, “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Assim, a exclusão de cobertura de determinado procedimento ou equipamento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento será alcançado para a respectiva cura.

Vale dizer, a contratação para cobertura de determinada doença não pode vincular o procedimento de sua cura, devendo ser adotado o que for mais adequado à sua finalidade, desde que recomendado pelo profissional de saúde responsável pelo tratamento.

No caso em tela, há indicação médica para cirurgia redutora das mamas, em virtude de sofrer a apelada de mastalgia bilateral e escoliose, conforme se verifica às págs. 50/51. Assim, revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente da aludida cirurgia, a qual não tem finalidade estética.

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DECISÃO DEFERINDO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E DETERMINANDO QUE O AGRAVANTE AUTORIZE E CUSTEIE O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE REDUÇÃO DE MAMAS, BEM COMO SESSÕES DE FISIOTERAPIA PARA CORREÇÃO POSTURAL EM FAVOR DA AGRAVADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPERTINÊNCIA.

1. Conforme descrito na exordial da ação originária, a Agravada/Autora é beneficiária do plano de saúde administrado pela Agravante/Réu e apresenta hipertrofia bilateral das mamas (CID:N62), bem como escoliose dorsal (CID:M41.9), sentindo fortes dores nas regiões cervico-dorsal, porém a agravada, de forma injustificável, não autoriza o tratamento médico cirúrgico. Comprovando tais alegações, a Agravada anexou aos autos relatórios médicos e fotografias que demonstram a necessidade do tratamento cirúrgico (fls. 33/39), afirmando o médico credenciado da Agravante que “existe necessidade de cirurgia para redução das mamas, complementada com fisioterapia, para fins de correção postural” (fls. 32).

2. Desse modo, os argumentos levantados na irresignação, em exame perfunctório, característico desta fase recursal, não se mostram relevantes, restando evidenciado que o pedido inicial não tem relação com um tratamento estético, ou de embelezamento. Ao contrário, **o procedimento cirúrgico visa o tratamento de hipertrofia mamária, bem como de escoliose dorsal, conforme atesta o laudo médico emitido por profissional credenciado a seguradora, cabendo, portanto, ao plano de saúde o seu custeio. Precedentes dos Tribunais.**

3. Além disso, fica evidente, neste caso, que o *periculum in mora* é inverso, tendo em vista que o quadro clínico da Agravada, necessitando ser submetida a tratamento cirúrgico, sobretudo pelo sofrimento psicológico e fortes dores nas regiões cervico-dorsal (fls. 32), podendo os valores gastos serem pagos pela mesma posteriormente, se a ação for julgada improcedente. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (grifou-se)

(TJ-BA - AI: 00095355520118050000 BA 0009535-55.2011.8.05.0000, Relator: Maria Marta Karaoglan Martins Abreu, Data de Julgamento: 14/01/2013, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 25/09/2013).

PLANO DE SAÚDE. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES, CIRURGIA PARA REDUÇÃO DE MAMAS SEM CARÁTER ESTÉTICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECUSA INJUSTIFICADA. CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA.

1-Ilegitimidade passiva. A apelante e ré é parte legítima para ocupar o pólo passivo da demanda. Precedentes.

2-A demandante comprovou que a cirurgia redutora de mamas era necessária para tratamento de escoliose de que é portadora. Alegação de que tal procedimento possuía caráter estético não foi afastada por outras provas.

3-A cláusula contratual que exclui a possibilidade de cirurgia plástica redutora de mamas, para tratamento de escoliose, é abusiva (art. 51, IV, do CDC). A negativa da apelante dá causa ao descumprimento do próprio contrato, ou seja, a proteção da saúde da apelada. Precedentes.

4-Sentença mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo.

5- Apelação da ré não provida. (destacou-se)

(TJ-SP - APL: 58371820108260024 SP 0005837-18.2010.8.26.0024, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 16/02/2012, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/02/2012).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CIRURGIA. REDUÇÃO DE MAMA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE FINS ESTÉTICOS. PROBLEMAS NA COLUNA. CONFIGURADOS. NECESSIDADE DA CIRURGIA.

RECUSA INJUSTIFICADA DO PLANO. A IMPOSIÇÃO JUDICIAL AO PLANO DE SAÚDE PARA COBRIR A CIRURGIA REPARADORA DE MAMAS É MEDIDA QUE SE IMPÕE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

A finalidade do plano é a proteção ou a garantia de cobertura contra evento, futuro e incerto, que se revela danoso à saúde do seu segurado, ou de seus dependentes. Assim, o plano de saúde se obriga pelos procedimentos cirúrgicos necessários à incolumidade física do seu assegurado, salvo os que tiverem o nítido escopo embelezar. Então, havendo prova nos autos acerca da necessidade da redução das mamas, para resolver os problemas de dores na coluna dorsal e lombar da assegurada, com o melhoramento na sua qualidade de vida, cabe ao plano de saúde promover a cobertura de tal intervenção cirúrgica. Em tais casos, a negação do plano atenta contra direitos fundamentais do consumidor, em especial destaque, ao direito à saúde. Ademais, havendo qualquer dilema entre disposições contratuais e o direito fundamental à saúde, por óbvio, o Poder Judiciário deve assegurar este último, pois é direito garantido constitucionalmente e é dever do Estado garantir à preservação dos atributos materiais e imateriais (saúde) do seu jurisdicionado.

(TJ-BA - APL: 01352516020098050001 BA 0135251-60.2009.8.05.0001, Data de Julgamento: 30/10/2012, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 16/11/2012).

Argumenta a apelante que o rol de procedimentos da ANS é taxativo, não abrangendo o procedimento de mamoplastia redutora pleiteado pela recorrida. No entanto, não merece amparo tal alegativa, ante o entendimento fundamentado em vasta jurisprudência e doutrina.

A respeito do assunto, leciona Karyna Rocha Mendes¹:

“O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999. O Rol deverá ser revisto periodicamente

1 Mendes, Kayna Rocha. Curso de Direito da Saúde. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 619-620.

a cada 2 (dois) anos, podendo ser atualizado a qualquer tempo, segundo critérios da ANS.

(...)

Entendemos, assim como a farta jurisprudência, que grande parte de cláusulas de restrição de coberturas são abusivas, portanto, eivadas de nulidade, por ferirem a boa-fé e colocarem o consumidor em flagrante desvantagem.

O objeto de contrato de plano de saúde é a garantia plena da saúde do beneficiário. Em princípio, a saúde é um bem indivisível. *Não faz sentido lotear o corpo humano, seus aparelhos e sistemas para proteger uns e não outros* (TJMG, 4ª Câ. Civ., Ap. Civ. n. 264003-9, j. 5-12-1999).

(...)

Bem de ver que sendo as ações e serviços de saúde de relevância pública, a interpretação que deve prevalecer é a que consta da lei e não a de uma resolução, pois esta não pode restringir direitos.

Como cediço, portarias, resoluções ou instruções, que são atos regulamentares, servem apenas para explicitar o que está na norma a ser regulamentada. Se a própria lei não estabelece limite para cobertura de doenças, ao revés, explicita que devem ser cobertas todas as doenças listadas pela OMS (Organização Mundial da Saúde) na sua Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, este é o entendimento que deve prevalecer.

O Código de Defesa do Consumidor tem sido sustentáculo para as decisões judiciais favoráveis ao consumidor, no caso de negativas de coberturas, tanto aos planos de saúde celebrados antes de janeiro de 1999 (quando entrou em vigor a Lei n. 9.656/98), quanto aos posteriores, embora a jurisprudência ainda não esteja pacificada, o entendimento majoritário é o de que o rol é um patamar mínimo de cobertura e não máximo”.

Nesse sentido:

Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer. Negativa de cobertura de cirurgia e materiais cirúrgicos. Alegação de que o procedimento não possui cobertura contratual e não consta no rol dos procedimentos obrigatórios instituídos pela ANS. Inadmissibilidade. Rol que prevê somente a

cobertura mínima obrigatória. Exclusão que contraria a função social do contrato retirando da paciente a possibilidade do tratamento necessitado. Súmula 102 do TJ/SP. Material cirúrgico que deve ser escolhido pelo médico e não pela operadora de saúde. Valor dos honorários sucumbenciais mantido, sendo determinada a sua correção. Recurso da autora parcialmente provido e negado provimento ao recurso da ré. (TJ-SP - APL: 02031317320128260100 SP 0203131-73.2012.8.26.0100, Relator: José Joaquim dos Santos, Data de Julgamento: 25/03/2014, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/03/2014).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA INDEVIDA DE COBERTURA. INEXISTÊNCIA DE EXCLUSÃO EXPRESSA DA COBERTURA DO TRATAMENTO NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. ROL DE PROCEDIMENTOS ELENCADOS PELA ANS QUE SERVE APENAS COMO REFERÊNCIA PARA COBERTURA ASSISTENCIAL MÍNIMA. INTERVENÇÃO DA ANS ADMITIDA APENAS EM FAVOR DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE QUE NÃO ESTÁ AUTORIZADO A RESTRINGIR AS OPÇÕES DE TRATAMENTO DA SEGURADA. DANO MORAL CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Não é legítimo o ato denegatório de cobertura de determinado tratamento prescrito por médico responsável, quando inexistir no contrato cláusula de exclusão explícita do procedimento, não sendo suficiente a existência de cláusula genérica que preveja a cobertura apenas de procedimentos constantes no rol da ANS, tudo isso nos termos do arts. 46 e 54, § 4º, do CDC. 2. O rol da ANS não é taxativo, pois contém apenas a referência para a cobertura assistencial mínima obrigatória nos planos de saúde contratados no território nacional, de maneira que funciona como mero orientador das prestadoras de serviços de saúde, cabendo a estas deixar claro nos contratos quais são os procedimentos que irão ou não cobrir. 3. Somente é admitida a intervenção da ANS em favor do consumidor, seja para afastar cláusulas abusivas ou ampliar a proteção contratual. 4. Cabe ao médico responsável pelo caso,

determinar o tratamento apropriado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade do paciente, desta forma, o plano de saúde não está habilitado, tampouco autorizado, a restringir as alternativas cabíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do enfermo. 5. No caso de negativa indevida de plano de saúde, fica evidente o sofrimento da segurada, a qual teve sua justa expectativa frustrada, vendo-se totalmente desprotegida, quando imaginava estar amparada por seu contrato de seguro-saúde. 6. Recurso que se nega provimento.

(TJ-PE - APL: 3635652 PE , Relator: Agenor Ferreira de Lima Filho, Data de Julgamento: 25/02/2015, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 04/03/2015).

Ademais, a jurisprudência pátria é remansosa no sentido de que as cláusulas limitativas ou restritivas de procedimentos médicos nos contratos de plano de saúde são abusivas à luz da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE TRATAMENTO SOB ARGUMENTO DE INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL - ROL DE PROCEDIMENTOS. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A Constituição Federal de 1988 oferece proteção especial à dignidade da pessoa humana e ao direito à saúde, que são a gênese constitucional de princípios que irradiam suas forças estruturantes por todo o ordenamento jurídico e exsurtem das norma do Código de Defesa do Consumidor de 1990 e, posteriormente, em 1998 da chamada Lei dos Planos de Saúde. 2. **A conduta praticada pela UNIMED, de intervir ou impor restrições ao procedimento recomendado pelo médico responsável pelo tratamento do paciente/consumidor, negando-se a arcar com o tratamento sob a alegativa de que a cobertura do plano sofre limitações contratuais, revela-se uma afronta ao princípio da inviolabilidade do direito à vida, além de**

ameaçar o próprio objeto do contrato firmado entre fornecedor e consumidor, que é a prestação de assistência à saúde, conforme as diretrizes e fundamentos do nosso sistema jurídico. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (destacou-se). (TJCE, Apelação 7988378200580600011 Relator(a): JUCID PEIXOTO DO AMARAL Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 6ª Câmara Cível Data de registro: 24/09/2012).

Ementa: Apelação Cível. Ação Ordinária de Nulidade de Cláusula Contratual com Obrigação de Fazer. Plano de saúde. Paciente portadora de degeneração macular. Necessidade de tratamento de fototerapia dinâmica com aplicação do medicamento Visudyne. Recusa. Cláusula 8.1, sub-item 27. Abusividade. CDC. Normas gerais de conduta aplicadas em todos os contratos que envolvam relação de consumo. Art. 51, IV e § 1º, II. Violação. Lei nº 9.656/98 modificada pela MP nº 2.177/44 de 24 de agosto de 2001. Procedimento de emergência. Art. 35-C. Limitação. Proibição. Recurso conhecido e improvido. 1. Discute-se a responsabilidade da Unimed de Fortaleza - Cooperativa de Trabalho Médico LTDA de custear o Tratamento de Terapia Fotodinâmica, com a aplicação do medicamento denominado Visudyne. 2. Da obrigação de custear o procedimento com base no CDC. O código de defesa do consumidor é aplicado em todos os tipos de contratos que envolvam relação de consumo, porque constam em seu texto normas gerais de conduta. Com efeito, embora não haja hierarquização entre o código e a Lei nº 9.656/98, o mesmo tem o condão de vergastar qualquer cláusula, que confronte os seus princípios norteadores, até porque, o propósito do legislador, amparado em princípio constitucional, é de assegurar o equilíbrio contratual permitindo, inclusive, a teor do art. 7º, a aplicação de leis e tratados, que tenham o escopo de melhor abrigar o consumidor. Daí que estipula em seu art. 51, item IV e parág. 1º, inciso II, do CDC, que são invalidas as cláusulas do ajuste que permitem desvantagem desmedida, a uma das partes. Sem dúvida, a cláusula 8.1, subitem 27, apontada, expressa características ou apanágio de abusividade. **Portanto, não sendo o tratamento de natureza exótica ou extraordinariamente dispendioso,**

é defeso negar a cobertura daquele que não esteja em tabela de honorários médicos, ou em rol de procedimento, sobretudo quando consta dos autos, documento médico atestado a enfermidade e a necessidade de tratamento, que é o caso dos autos - fls.41/42 (...)”. (TJCE, Apelação 3590029200580600011 Relator(a): EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 1ª Câmara Cível Data de registro: 28/02/2012).

Ressalte-se, ainda, que não merece amparo a alegação da apelante de que o ônus de arcar com os custos do tratamento de saúde da apelada pertence ao Estado. Apesar de ser dever do Estado, a própria Constituição Federal estabelece que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, nos termos do art. 199, “caput”, da CF/88. Assim, infere-se que a natureza complementar dos planos de saúde não exime as instituições que se dedicam a tal atividade da responsabilidade pela realização dos procedimentos médicos necessários.

Com efeito, tendo a recorrida avençado um contrato de plano de saúde com a recorrente, é legítima sua expectativa de obter desta, em caso de necessidade, o custeio dos procedimentos indicados pelo médico que a acompanha. Por outro lado, não seria lógico que o usuário de plano de saúde tivesse que buscar tratamento no Sistema Único de Saúde, quando paga mensalmente quantia substancial referente a um plano privado.

A alegação da apelante de que não houve configuração de dano moral igualmente não deve prosperar. Com efeito, o inadimplemento contratual, em regra, não enseja a ocorrência de dano moral. Porém, como se trata de contrato de plano de saúde, a injusta recusa de cobertura está apta a configurar o dano moral, uma vez que agrava a situação de aflição psicológica e angústia do usuário, já fragilizado pela própria situação.

Configurado o dano, há o dever de indenizar em valor estabelecido conforme os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração as condições do lesante e do lesado. No caso em tela, a indenização foi fixada em primeira instância em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor compatível com os que a jurisprudência tem aplicado em casos similares.

Mister trazer à colação as seguintes decisões jurisprudenciais:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEGATIVA DO PLANO DE COBRIR CIRURGIA DE REDUÇÃO DE MAMAS AO ARGUMENTO DE SER CIRURGIA ESTÉTICA. VALOR ARBITRADO CONFORME OS CRITÉRIOS NORTEADORES DA ESTIPULAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

(TJ-PE - APL: 1389303520098170001 PE 0138930-35.2009.8.17.0001, Relator: Eduardo Augusto Paura Peres, Data de Julgamento: 22/11/2011, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 226).

Plano de saúde. Ação de indenização. Recusa de autorização para realização para cirurgia de redução de mamas, com recomendação médica, que se mostra indevida. Aplicação das regras consumeristas. Dano moral configurado e ora fixado em R\$ 10.000,00. Sucumbência que passa a ser integral da Ré, com honorários em 15% sobre o total da condenação. Recurso da Autora provido e recurso da ré desprovido. (destacou-se)

(TJ-SP - APL: 9179331712009826 SP 9179331-71.2009.8.26.0000, Relator: João Pazine Neto, Data de Julgamento: 15/05/2012, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/05/2012).

Assim, por todo o exposto, de acordo com a fundamentação legal, doutrina e jurisprudência colacionadas, conheço do presente recurso para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a sentença de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 4 de agosto de 2015.

PROCESSO: 0012418-81.2007.8.06.0001 - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

APELANTE: ESTADO DO CEARÁ

REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA

APELADO: CESAR ROBERTO LOPES DA SILVA

RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO EM CADASTRO GERAL DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO CEARÁ. ALEGAÇÃO DE DÉBITO POR PARTE DA EMPRESA E DE SEU SÓCIO. PREMISSAS NÃO DEMONSTRADAS. INVIABILIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DA EMPRESA. EXPRESSA VIOLAÇÃO À REGRA CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. RECURSO E REMESSA CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

1. O Estado do Ceará intenta, através da presente Apelação, reformar sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Ceará, o qual concedeu a segurança determinando o credenciamento do Impetrante no Cadastro Geral de Contribuintes do Estado do Ceará, através do recolhimento do ICMS devido na rede de arrecadação do seu domicílio fiscal.
2. Percebe-se que a Administração Fazendária do Estado do Ceará fundamenta a denegação da inscrição da parte agravada no Cadastro Geral da Fazenda (CGF) sob a alegativa da observância da Instrução Normativa 42/2002.
3. O referenciado na Instrução Normativa detalha óbice para inscrição da empresa no Cadastro Geral

da Fazenda (CGF) se a mesma estiver inclusa em Cadastro de Inadimplentes da Fazenda Pública Estadual (CADINE), premissa não demonstrada nos autos, pois somente consta nos documentos acostados certidão de débito referente a empresa cuja razão social não se identifica com o Apelado.

4. O condicionamento da inscrição ao Cadastro Geral de Contribuintes à prévia quitação de tributos inscritos na Dívida Ativa constitui sanção política a inviabilizar o funcionamento da empresa, em expressa violação ao art. 170, *caput*, da Constituição Federal e em afronta ao teor do enunciado da súmula de nº 547, do Supremo Tribunal Federal.

5. O Tribunal Pleno desta Corte, nos autos do Mandado de Segurança nº. 17895-93.2004.8.06.0000/0, declarou a inconstitucionalidade do art. 94, inc. IV, do Decreto Estadual nº 24.569/1997, o qual prevê a não concessão da inscrição no CGF na hipótese em que o “sócio da empresa pleiteante estiver inscrito na Dívida Ativa do Estado ou participe de outra que esteja cassada, suspensa ou baixada de ofício”.

6. Remessa e Apelação conhecidas e improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer da Remessa Necessária e da Apelação, mas para julgá-las improvidas, nos termos do Voto da Eminente Relatora.

Fortaleza, 23 de agosto de 2017.

RELATÓRIO

Trata-se de Remessa Necessária e Apelação interposta pelo Estado do Ceará visando reformar sentença oriunda do Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, o qual concedeu a segurança em favor do Impetrante, César Roberto Lopes da Silva, assegurando-lhe o credenciamento através do recolhimento do ICMS na rede arrecadadora de seu domicílio fiscal, na forma do art. 4º, do Decreto Estadual nº 28.537/2006.

Nas razões de fls. 73/76, alega o Estado do Ceará, em síntese, que a impetração do *mandamus* é inconcebível em vista da inscrição do contribuinte no Cadastro de Inadimplentes da Fazenda Pública Estadual – CADINE, na condição de sócio-gerente da empresa Comercial Norte Aviamento Ltda.

Alega que o cadastramento do contribuinte não ocorreu devido a norma constante do art. 5º, inciso I, da Instrução Normativa nº 42/2002, inexistindo irregularidade no procedimento da autoridade fiscal em negar o credenciamento do Impetrante.

Conclui requerendo a modificação da sentença vergastada, pois fundada em premissas equivocadas.

A parte recorrida, devidamente intimada do feito, deixou transcorrer o prazo legal sem nada apresentar ou requerer nos autos.

Instado a se manifestar no feito, a Douta Procuradoria Geral de Justiça deixa de opinar por entender ausente interesse público na presente demanda.

É o relatório.

VOTO

O Estado do Ceará intenta, através da presente Apelação, reformar sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Ceará, o qual concedeu a segurança determinando o credenciamento do Impetrante no Cadastro Geral de Contribuintes do Estado do Ceará, através do recolhimento do ICMS devido na rede de arrecadação do seu domicílio fiscal.

Percebe-se que a Administração Fazendária do Estado do Ceará fundamenta a denegação da inscrição da parte agravada no Cadastro Geral da Fazenda (CGF) sob a alegativa da observância da Instrução Normativa 42/2002.

O referenciado na Instrução Normativa detalha óbice para inscrição da empresa no Cadastro Geral da Fazenda (CGF) se a mesma estiver inclusa em Cadastro de Inadimplentes da Fazenda Pública Estadual (CADINE), premissa não demonstrada nos autos, pois somente consta nos documentos acostados certidão de débito referente a empresa cuja razão social não se identifica com o Apelado.

Por outro lado, o Estado alega que o titular ou sócio da empresa pleiteante ao Cadastro Geral da Fazenda encontra-se inscrito na Dívida Ativa do Estado do Ceará, fazendo incidir a regra do art. 94, inciso IV, do Decreto Estadual 24.569/97. Contudo, não há no conjunto probatório dos autos qualquer elemento a figurar que o aludido sócio participe de empresa cassada, suspensa ou baixada de ofício, ou ainda que o mesmo esteja definitivamente incluso na dívida ativa estadual.

Ressalte-se que o condicionamento da inscrição ao Cadastro Geral de Contribuintes à prévia quitação de tributos inscritos na Dívida Ativa constitui sanção política a inviabilizar o funcionamento da empresa, em expressa violação ao art. 170, *caput*, da Constituição Federal e em afronta ao teor do enunciado da súmula de nº 547, do Supremo Tribunal Federal.

Súmula 547, STF: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Acrescente-se que o Tribunal Pleno, nos autos do Mandado de Segurança nº 17895-93.2004.8.06.0000/0, declarou a inconstitucionalidade do art. 94, inc. IV, do Decreto Estadual nº 24.569/1997, o qual prevê a não concessão da inscrição no CGF na hipótese em que o “sócio da empresa pleiteante estiver inscrito na Dívida Ativa do Estado ou participe de outra que esteja cassada, suspensa ou baixada de ofício”.

Trago também a colação o julgamento do REsp 1.103.009/RS, submetido ao rito de julgamento dos Recursos Repetitivos, em que se consolidou a tese de que “o sócio de empresa que está inadimplente não pode servir de empecilho para a inscrição de nova empresa pelo só motivo de nele figurar o remisso como integrante”. Segue ementa do julgado:

ADMINISTRATIVO E FISCAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. CNPJ. ALTERAÇÃO DO CADASTRO. LEI Nº 5.614/70. IMPOSIÇÃO DE EXIGÊNCIAS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, REGULARIZAÇÃO DAS PENDÊNCIAS FISCAIS DO NOVO SÓCIO. CONDIÇÕES DA IN SRF 200/02. LIMITES À LIVRE INICIATIVA (EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA).

1. A inscrição e modificação dos dados no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ devem ser garantidas a todas as empresas legalmente constituídas, mediante o arquivamento de seus estatutos e suas alterações na Junta Comercial Estadual, sem a imposição de restrições infralegais, que obstaculizem o exercício da livre iniciativa e desenvolvimento pleno de suas atividades econômicas.

2. A Lei nº 5.614/70, que versa sobre o cadastro federal de contribuintes, outorgou ao Ministro da Fazenda o dever de regular o instrumento de registro, para dotar o sistema de normas procedimentais para viabilizar a inscrição e atualização dos dados, sem permitir que imposições limitadoras da livre iniciativa restassem veiculadas sob o jugo da mencionada lei.

3. As turmas da Primeira Seção desta Corte já assentaram que é ilegítima a criação de empecilhos, mediante norma infralegal, para a inscrição e alteração dos dados cadastrais no CNPJ. Precedentes: REsp. 760.320/RS, DJU 01.02.07; REsp. 662.972/RS, DJU 05.10.06; REsp. 411.949/PR, DJU 14.08.06; REsp. 529.311/RS, DJU 13.10.03 e; RMS 8.880/CE, DJU 08.02.00.

4. Conforme cediço, “o sócio de empresa que está inadimplente não pode servir de empecilho para a inscrição de nova empresa pelo só motivo de nele figurar o remisso como integrante” (RMS 8.880/CE, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU 08.02.2000).

5. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1103009/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Sob tais termos, seguem também alguns recentes precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR INDEFERIDA. ÓBICE À INSCRIÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA NO CADASTRO GERAL DA FAZENDA (CGF) COM AMPARO NO ART. 94, IV, DO DECRETO ESTADUAL Nº 24.569/1997. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO TRIBUNAL PLENO. ILEGÍTIMA RESTRIÇÃO, MEDIANTE EMBARAÇO AO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA E COERÇÃO INDIRETA, DESTINADA À REGULARIZAÇÃO DE PENDÊNCIAS FISCAIS PELO SÓCIO. TESE FIRMADA PELO STJ EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AUSÊNCIA DE EMPECILHO À CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA. PROVIMENTO.

1. Na origem, cuida-se de *mandamus* ajuizado em face do ato que rejeitou a inscrição da pessoa jurídica impetrante no Cadastro Geral da Fazenda (CGF), com amparo no art. 94, inc. IV, do Decreto estadual nº 24.569/1997.

2. Nos autos do Mandado de Segurança nº 17895-93.2004.8.06.0000/0, o Tribunal Pleno declarou a inconstitucionalidade do dispositivo citado, o qual prevê a não concessão da inscrição no CGF na hipótese em que o “sócio da empresa pleiteante estiver inscrito na Dívida Ativa do Estado ou participe de outra que esteja cassada, suspensa ou baixada de ofício”.

3. A decisão plenária invocada está consonante com o entendimento atual do STJ, no sentido de ser vedada a imposição de restrições à inscrição ou à alteração no Cadastro de Contribuintes, mediante embaraço ao livre exercício da atividade econômica e coerção indireta destinada

à regularização de pendências fiscais pelo sócio. Recurso especial repetitivo nº 1.103.009/RS.

4. O caso concreto não se enquadra em qualquer das hipóteses do art. 7º, §2º, da Lei nº 12.016/2009, inexistindo óbice ao deferimento da tutela provisória, cujo pedido foi indeferido pelo juiz singular após as informações do impetrado, encontrando-se o feito no aguardo de julgamento final desde 2014; outrossim, não há o risco de irreversibilidade da inscrição estadual realizada com esteio em decisão de natureza precária, a qual poderá ser cassada diante de eventual motivo legítimo para tanto.

5. Agravo de instrumento conhecido e provido para, na esteira do que restou decidido pelo Tribunal Pleno nos autos do Mandado de Segurança nº 17895-93.2004.8.06.0000/0, com amparo no art. 949, parágrafo único, do CPC/2015, reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 94, inc. IV, do Decreto Estadual nº 24.569/97 e afastar sua aplicação para deferir a liminar postulada e, por conseguinte, assegurar a inscrição da primeira agravante no Cadastro Geral de Contribuintes, desde que atendidos os requisitos legais. (0027347-15.2013.8.06.0000 - Agravo de Instrumento, Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Direito Público; Data do julgamento: 24/07/2017; Data de registro: 24/07/2017).

Processo: 0042659-04.2008.8.06.0001 - Apelação / Remessa Necessária

Apelante: Estado do Ceará

Remetente: Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza

Apelado: New Sport Comercio de Artigos Esportivos Ltda

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. NEGATIVA DE INSCRIÇÃO DA IMPETRANTE NO CADASTRO GERAL FAZENDÁRIO (CGF) SOB A ALEGAÇÃO DE QUE EX-SÓCIO DA EMPRESA IMPETRANTE CONSTA INSCRITO NO CADINE. INACEITÁVEL. PRECEDENTES DO STF E JULGAMENTOS PROLATADOS POR ESTE TRIBUNAL. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

A inscrição da impetrante, ora recorrida, no Cadastro Geral Fazendário - CGF, é imprescindível à prática de sua atividade de comercialização de artigos esportivos; destarte, a negativa da autoridade coatora, fundamentada na alegação de que ex-sócio da impetrante estaria com o nome inscrito no CADINE, resulta em ofensa ao disposto nos arts. 5º, XIII, e 170 da Carta Magna, os quais asseguram o livre exercício de atividades profissionais e econômicas.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 547, resguardando a parte hipossuficiente da prática de condutas abusivas e coercitivas realizadas com objetivo de obrigar o contribuinte a pagar tributos. Com efeito, o Estado possui meios próprios de cobrança, não sendo lícito que se utilize das prerrogativas de Poder Público como forma coercitiva para que o contribuinte pague o tributo, restringindo arbitrariamente a atividade econômica. Recursos conhecidos e desprovidos. (0042659-04.2008.8.06.0001 – Apelação, Relator(a): MARIA IRANEIDE MOURA SILVA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Direito Público; Data do julgamento: 22/03/2017; Data de registro: 22/03/2017.

AGRAVO INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO EM CADASTRO GERAL DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO CEARÁ. ALEGAÇÃO DE DÉBITO POR PARTE DA EMPRESA E DE SEU SÓCIO. PREMISSAS NÃO DEMONSTRADAS. INVIABILIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DA EMPRESA. EXPRESSA VIOLAÇÃO À REGRA CONSTITUCIONAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O Estado do Ceará intenta, através do presente agravo de instrumento, reverter decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Ceará, o qual deferiu o pleito liminar de Brimast Empreendimentos Energéticos e Parcerias Ltda. visando a inscrição estadual da empresa no cadastro de contribuintes do Estado do Ceará.

2. A Administração Fazendária do Estado do Ceará fundamenta a denegação da inscrição da parte agravada no Cadastro Geral da Fazenda (CGF) sob a alegativa da observância da Instrução Normativa 050/2001 e do Decreto Estadual 24.569/97.

3. A instrução normativa nominada somente dispõe sobre a impossibilidade de acesso ao Cadastro Eletrônico aos sócios inscritos no Cadastro de Inadimplentes da Fazenda Pública do Estado do Ceará (CADINE). Por outro lado, o referenciado decreto detalha óbice para inscrição da empresa no Cadastro Geral da Fazenda (CGF) se a mesma estiver inclusa em Cadastro de Inadimplentes da Fazenda Pública Estadual (CADINE), premissa não demonstrada nos autos.

4. O condicionamento da inscrição ao cadastro geral sujeito à prévia quitação de tributos inscritos na dívida ativa constitui sanção política a inviabilizar o funcionamento da empresa, em expressa violação ao art. 170, *caput*, da Constituição Federal e em afronta ao teor do enunciado da súmula de nº 547, do Supremo Tribunal Federal.

5. Recurso conhecido e improvido. (0628744-89.2015.8.06.0000 - Agravo de Instrumento, Relator(a): MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Direito Público; Data do julgamento: 15/03/2017; Data de registro: 15/03/2017)

TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO DA EMPRESA NO CADASTRO GERAL DA FAZENDA – CGF, DA QUAL O IMPETRANTE É SÓCIO. RECUSA. ILEGALIDADE. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO.

1. Ação mandamental, contra ato da autoridade coatora, que indeferiu a inscrição no referido Cadastro no CGF, sob o argumento de que o sócio está inscrito na Dívida Ativa por possuir débitos para com o Fisco, sob o fundamento do art. 94, IV do Decreto nº 24.569/97

2. A referida norma contraria o princípio da livre iniciativa, nos termos do art. 5º, inciso XIII, c/c 170, *caput*, e parágrafo único da Constituição Federal, posto que viola as garantias constitucionais da liberdade de trabalho e de comércio.

3. O Pleno desta egrégia Corte, em julgamento do MS nº 17895-93.2004.8.06.0000, da relatoria do Desembargador José Arísio Lopes da Costa, reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 94, inciso IV, do Decreto n.º 24.596/97 anotando

que “(...) constitui prática inconstitucional violadora dos princípios da ordem econômica o indeferimento de inscrição de nova empresa junto ao cadastro geral de contribuintes, a pretexto de existirem pendências tributárias em nome de um dos sócios, decorrentes de participação sua em outra empresa, ainda devedora do Fisco.”

4.Reexame e apelo conhecidos e desprovidos. Sentença mantida. (0093710-20.2009.8.06.0001 - Apelação / Remessa Necessária, Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 3ª Câmara Direito Público; Data do julgamento: 13/02/2017; Data de registro: 13/02/2017).

Assim, não se consegue divisar elementos suficientes para afastar os termos da sentença vergastada, devendo manter-se as premissas da decisão prolatada.

Face ao exposto, CONHEÇO da Remessa e da Apelação interposta, mas para julgá-las IMPROVIDAS, mantendo-se integralmente a sentença prolatada nos autos do Mandado de Segurança pelo Magistrado da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, em que se determinou a inscrição do Impetrante/Recorrido no Cadastro Geral de Contribuintes do Estado do Ceará, bem como ordenou o recolhimento do ICMS devido na rede de arrecadação do seu domicílio fiscal.

É como voto.

Fortaleza, 23 de agosto de 2017.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021756-45.2008.8.06.0001

APELANTE/APELADO: TAP-TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A, WAGNER DE GOES HORTA E SOLANGE CARVALHO VASCONCELOS HORTA

JUÍZO DE ORIGEM: 6ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA/CE

RELATORA: DESA. MARIA DE FÁTIMA DE MELO LOUREIRO

ÓRGÃO JULGADOR: 5ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. EXTRAVIO DE BAGAGEM EM VIAGEM INTERNACIONAL. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. EMPRESA AÉREA QUE NÃO EXIGIU PRÉVIA DECLARAÇÃO DO CONTEÚDO DA BAGAGEM. DEVER DE RESSARCIR PASSAGEIROS PELOS PREJUÍZOS DECORRENTES DA PERDA DOS ITENS CONSTANTES DA MALA PERDIDA. DANOS MATERIAIS MAJORADOS. DANOS MORAIS QUE ULTRAPASSAM O MERO DESSABOR. QUANTUM MAJORADO EM FAVOR DA AUTORA PARA ATENDER OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1. Trata-se de Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais decorrentes de extravio da bagagem da autora, enquanto realizava viagem internacional na companhia de seu esposo, não tendo jamais sido localizada e devolvida. Os autores

postularam indenização por danos materiais em R\$10.576,40 (dez mil, quinhentos e setenta e seis reais e quarenta centavos) e por danos morais em R\$50.000 (cinquenta mil reais) para a autora e em R\$30.000,00 (trinta mil reais) para o autor.

2. Por sentença, o Juiz *a quo* condenou as rés TAP – TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A e TAM LINHAS AÉREAS S/A, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos materiais em R\$2.048,40 (dois mil e quarenta e oito reais e quarenta centavos), considerando apenas as despesas comprovadas nos autos, e por danos morais em R\$5.000,00 (cinco mil reais) para cada promovente.

3. A empresa TAP TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A recorreu pugnando pela improcedência do pedido autoral ou, alternativamente, pela minoração dos danos morais. Os demandantes, por sua vez, manejaram Recurso Adesivo pugnando pela majoração dos danos materiais e morais.

4. A legislação aplicável a casos de extravio de bagagem em vôo internacional é o Código de Defesa do Consumidor. O diploma consumerista é norma de ordem pública e de interesse social (art. 1º), por tal motivo devem incidir as normas do referido códex, amoldando-se, os passageiros, no conceito de consumidor, estabelecido no artigo 2º do CDC, e as companhias aéreas no de fornecedor, à inteligência do artigo 3º do mesmo diploma. Tratando-se o transporte aéreo de uma modalidade de prestação de serviço, resta iniludível sua incidência na relação jurídica ora posta.

5. À luz da regra aplicável à hipótese (CDC), a responsabilidade das demandadas é objetiva e independe de culpa. Portanto, a responsabilização da companhia aérea pelo extravio da bagagem dispensa a perquirição de dolo ou culpa, posto que, à luz do que estatui o art. 14 do CDC, as instituições fornecedoras de bens e serviços, em razão da teoria do risco do negócio ou da atividade, são responsáveis pelos danos causados ao consumidor, independentemente da existência do elemento subjetivo.

6. Quanto aos danos materiais, o Magistrado de Piso fixou os mesmos em R\$2.048,40 (dois mil e quarenta e oito reais e quarenta centavos), considerando apenas as despesas com mercadorias compradas e serviços contratados no exterior em virtude do extravio da mala, já que somente estes teriam sido comprovada nos fólios. Desconsiderou o *decisum*, portanto, os itens constantes da bagagem extraviada, os quais, segundo os recorrentes, conteriam bens no valor de R\$8.528,00 (oito mil quinhentos e vinte e oito reais).

7. Porém, não se pode impor aos autores o ônus de provar os itens ali constantes. O parágrafo único do art. 734 do Código Civil Brasileiro faculta às transportadoras aéreas exigir dos passageiros a declaração de bens constantes das suas bagagens. Incumbia, pois, às promovidas exigir, a seu critério, referida declaração. Se assim não o fizeram, aceitaram incondicionalmente a responsabilidade por sua guarda e pelos bens ali contidos. Na hipótese, não há nos autos evidência de que as empresas demandadas tenham exigido

a prévia declaração de bens. Assim, não havendo se utilizado da opção que lhes é facultada, não podem se recusar a pagar pelos danos materiais sob o argumento de que os mesmos não estão comprovados nos autos. Portanto, merece reforma a sentença adversada para majorar a condenação pelos danos materiais, considerando, além das despesas com mercadorias e serviços decorrentes do extravio da bagagem, os itens efetivamente perdidos no conteúdo da mala, acolhendo-se o inventário apresentado pelos promoventes para efeito de compor o montante da reparação dos danos materiais, perfazendo o total de R\$10.576,40 (dez mil, quinhentos e setenta e seis reais e quarenta centavos), valor este que não discrepa da situação econômica do casal e da viagem empreendida.

8. No que concerne aos danos morais, denota-se que os demandantes, marido e mulher, ficaram vários dias em outro país privados de seus pertences, até mesmo os mais básicos, tendo que comprometer parte de seus recursos e de seu tempo de lazer para refazer seu guarda-roupa e poder, assim, comparecer adequadamente vestidos aos eventos programados. Acrescente-se a isso a insegurança, durante a viagem, em relação à recuperação dos bens e, por fim, o extravio definitivo da bagagem. Portanto, o dano experimentado pelo casal ultrapassa o mero dessabor, sendo capaz de ensejar a reparação pretendida.

9. O valor da indenização deve atender ao chamado “binômio do equilíbrio”, não podendo causar enriquecimento ou empobrecimento das partes envolvidas, devendo ao mesmo tempo desestimular

a conduta do ofensor e consolar a vítima. Entendo que merece reparo a sentença quanto ao valor da indenização fixado pelo magistrado para a promovente, uma vez que, inobstante o sofrimento de ambos os cônjuges, entendo que a esposa, por ser a proprietária da mala extraviada e, por consequência, a maior prejudicada, faz jus a quantia superior àquela arbitrada para seu esposo. Assim, reformo a sentença hostilizada para majorar a condenação das demandadas em danos morais, fixando o montante de R\$7.000,00 (sete mil reais) para a autora e mantendo o valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) para o autor, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes dos Tribunais.

10. Apelo improvido e Recurso Adesivo parcialmente provido. Sentença reformada em parte.

ACORDÃO

ACORDA a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do Apelo interposto e negar-lhe provimento, e conhecer e dar parcial provimento ao Recurso Adesivo, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 03 de novembro de 2015.

RELATÓRIO

Cuida-se de APELAÇÃO CÍVEL e RECURSO ADESIVO interpostos por TAP – TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A, WAGNER DE GOES HORTA e SOLANGE CARVALHO VASCONCELOS

HORTA adversando sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE, que julgou procedente o pleito autoral nos autos da Ação de Reparação de Danos Morais e Materiais.

WAGNER DE GOES HORTA e SOLANGE CARVALHO VASCONCELOS HORTA intentaram ação indenizatória contra TAP – TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A e TAM LINHAS AÉREAS S/A, narrando na peça exordial que empreenderam viagem que compreendia os seguintes trechos: Fortaleza – Recife no voo JJ 3893, no dia 21.08.2008, pela TAM; Recife – Madri, no voo TP 154, no dia 22.08.2008, pela TAP, com escala em Lisboa no voo 710, no mesmo dia.

Relataram que ao desembarcarem em Madri a bagagem da Sra. Solange Horta não foi localizada na esteira de bagagens, fato que lhes gerou diversas situações constrangedoras. Dentre os transtornos, os demandantes deixaram de participar de eventos para os quais haviam se programado por não terem roupas adequadas para a ocasião, inclusive um Congresso da Federação Europeia da Sociedade de Neurologia, além de todo o estresse e tempo perdido na tentativa de localização da mala, desgaste físico, vergonha e despesas com novas roupas, sapatos, materiais de higiene pessoal, dentre outros, em plena comemoração pelos 14 (catorze) anos de casamento.

Requereram a condenação das rés em danos materiais, no montante de R\$10.576,40 (dez mil quinhentos e setenta e seis reais e quarenta centavos), bem assim em danos morais no valor de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), sendo R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) pelos danos causados à autora e R\$30.000,00 (trinta mil reais) pelos causados ao autor.

Instruíram o feito com os documentos de fls. 21-106.

Às fls. 108-109 o MM. Juiz *a quo* deferiu a inversão do ônus da prova em favor dos acionantes.

A promovida TAM LINHAS AÉREAS S/A apresentou a contestação de fls. 141-151, na qual aduziu que: a) o fato não pode ser imputado à contestante, porquanto ocorreu no trecho internacional da viagem, de responsabilidade da corré; b) deve-se aplicar à hipótese o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia, substituída pela Convenção de Montreal, ratificada pelo Brasil em 2006, que estabelece sistema

de indenização tarifada, ao revés do Código de Defesa do Consumidor; c) improcede a condenação em danos materiais porquanto os autores não teriam comprovado os bens levados na bagagem nem trouxeram notas fiscais dos adquiridos na viagem; d) inocorreram danos morais, posto que não houve atentado contra os direitos de personalidade, dor, sofrimento ou angústia, mas meros desgostos e contratempos; e) a inversão do ônus da prova não tem aplicação incondicionada ou generalizada, mas deve se ater aos critérios de verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor. Ao final, requereu a improcedência do pleito autoral.

TAP AIR PORTUGAL ofertou a contestação de fls. 165-178, onde sustenta, em resumo: a) a inadmissibilidade dos documentos acostados pelos autores que não estejam redigidos no vernáculo; b) a ausência de comprovação dos danos materiais; c) inexistência de dano moral indenizável. Ao fim, pugnou pela improcedência do pedido.

Réplica dos promoventes às fls. 183-198.

Restaram inexitosas as tentativas de composição (fl. 220 e 291-292).

Às fls. 237-248 os demandantes apresentaram petição impugnando as alegações das contestantes.

Sobreveio a sentença de fls. 319-326, mediante a qual o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido autoral, condenando as promovidas em danos materiais no montante de R\$2.048,40 (dois mil e quarenta e oito reais e quarenta centavos), e em danos morais na quantia de R\$5.000,00 (cinco mil reais) para cada autor, além de condenar nas custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

A promovida TAP – TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A interpôs recurso de Apelação, reiterando os argumentos expendidos na defesa, no tocante a: a) excludente de responsabilidade, sob o manto de que os fatos reclamados foram causados pelas autoridades portuárias; b) impossibilidade de indenização por danos materiais, por falta de comprovação dos mesmos; c) ausência de danos morais; d) redução do valor fixado a título de danos morais; e) aplicação da Convenção de Montreal. Requer seja dado provimento ao recurso e reformada a sentença adversada (fls. 331-357).

Às fls. 361-365 a promovida TAM LINHAS AÉREAS S/A junta comprovantes de depósitos referentes ao valor da condenação imposta, bem como dos honorários advocatícios.

Os promoventes requereram a expedição dos respectivos alvarás para fins de levantamento dos valores depositados, o que foi de pronto deferido pelo Magistrado Singular e providenciado pela Secretaria de Vara (fls. 370-374).

Contrarrrazões dos demandantes ao Apelo às fls. 379-389.

Em seguida, os autores interpuseram Recurso Adesivo, cujas razões recursais são, em síntese: a) os danos materiais estão devidamente comprovados, no montante de R\$10.576,40 (dez mil, quinhentos e setenta e seis reais e quarenta centavos); b) a incidência do Código de Defesa do Consumidor na espécie; c) a majoração do valor arbitrado a título de danos morais. Por derradeiro, requerem a reforma parcial do *decisum*, nos termos acima expendidos.

Contrarrrazões da TAP TRANSPORTES AÉREOS ao Recurso Adesivo às fls. 407-414.

Subiram os autos a esta Instância Revisora, sendo distribuídos por sorteio à minha relatoria, vindo-me conclusos aos 06.08.2015.

Deixei de abrir vistas dos autos à Procuradoria Geral de Justiça em razão de inexistir interesse público na matéria em discussão.

É o relatório.

VOTO

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Preliminarmente, quando da apreciação do pedido, cabe ao julgador verificar, sem que disto decorra preclusão por *judicato* (impossibilidade de nova aferição), a existência dos pressupostos recursais de admissibilidade, quais sejam: os intrínsecos (legitimidade, interesse recursal, adequação e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer), e os extrínsecos (tempestividade, preparo e regularidade formal).

Da análise minudente das peças integradoras do caderno processual em mesa, ressumbre iniludível o fato de que se fazem presentes nas insurgências recursais manejadas, os pressupostos processuais acima retabulados, razão pela qual, conheço dos presentes recursos.

Atenta aos comandos jurídicos vertidos nos artigos 93, IX, da Constituição Federal, passo a analisar o Apelo, motivando e fundamentando a decisão.

DAS RAZÕES RECURSAIS

A vertente *actio* visa à condenação das rés em danos materiais e morais decorrentes de extravio da bagagem de um dos autores.

TAP LINHAS AÉREAS PORTUGUESAS S/A sustenta, em suas razões, a aplicação da Convenção de Montreal, bem assim a excludente de responsabilidade, sob o manto de que os fatos reclamados foram causados pelas autoridades portuárias. Argumenta a impossibilidade de indenização por danos materiais, por falta de comprovação dos mesmos, e a ausência de danos morais indenizáveis, sob o pálio de que ocorreram meros transtornos e aborrecimentos, insuscetíveis de ressarcimento. Alternativamente, requer a redução do valor fixado a título de danos morais.

Os promoventes, por sua vez, interpuseram Recurso Adesivo, reclamando a reforma parcial do *decisum* para majorar os valores arbitrados a título de danos materiais, bem assim os danos morais.

Como se denota, as razões recursais dos demandantes se confundem com as da apelante TAP – TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A, de modo que as questões suscitadas em ambos os recursos serão analisadas conjuntamente.

DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Pretende a empresa Aérea apelante a aplicabilidade da Convenção para Unificação de Certas Regras ao Transporte Aéreo Internacional – Convenção de Montreal (Varsóvia), da qual o Brasil é signatário desde 2006,

e não do Código de Defesa do Consumidor.

Faz-se necessário, pois, apurar qual a legislação aplicável ao caso, haja vista o aparente conflito entre normas internacionais e de direito interno.

Entendo que, *in casu*, a norma a incidir é a Lei Consumerista. E isto porque, se, por um lado, a Constituição Federal prevê que “*A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade*” (art. 178), por outro, não se pode negar que a mesma Constituição inclui a defesa do consumidor entre os direitos fundamentais (CF, art. 5º, XXXII):

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:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

E o Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, é expresso:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”

O diploma consumerista é norma de ordem pública e de interesse social (art. 1º), por tal motivo devem incidir as normas do referido códex, amoldando-se, os passageiros, no conceito de consumidor estabelecido no artigo 2º do CDC e, as companhias aéreas, no de fornecedor, à inteligência do artigo 3º do mesmo diploma.

A respeito do Código de Defesa do Consumidor e sua repercussão na responsabilidade civil do transportador, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Com a evolução das relações sociais e o surgimento do consumo em massa, bem como dos conglomerados

econômicos, os princípios tradicionais da nossa legislação privada já não mais bastavam para reger as relações humanas, sob determinados aspectos. E, nesse contexto, surgiu o Código de Defesa do Consumidor atendendo a princípio constitucional relacionado à ordem econômica. Partindo da premissa básica de que o consumidor é a parte vulnerável das relações de consumo, o Código pretende restabelecer o equilíbrio entre os protagonistas de tais relações. Assim, declara expressamente o art. 1º que o Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, acrescentando serem tais normas de ordem pública e interesse social. **É fora de dúvida que o fornecimento de transportes em geral é atividade abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor, por constituir modalidade de prestação de serviço.** Aplica-se aos contratos de transporte em geral, desde que não contrarie as normas que disciplinam essa espécie de contrato no Código Civil (art. 732). (*in* Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 236) (grifei)

Assim, tratando-se o transporte aéreo de uma modalidade de prestação de serviço, resta iniludível sua incidência na relação jurídica ora posta.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que se aplica o CDC em casos deste jaez. Vejamos:

TRANSPORTE AÉREO - INDENIZAÇÃO - EXTRAVIO DE BAGAGEM - DANO MORAL E MATERIAL - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - TERMO *A QUO* .

[...] **No que diz respeito à alegada violação à Convenção de Montreal, anoto que a jurisprudência deste Superior Tribunal se orienta no sentido de prevalência das normas do Código de Defesa do Consumidor em detrimento das disposições insertas em Convenções Internacionais, às hipóteses de falha na prestação do serviço de transporte aéreo internacional.** Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE AÉREO DE PESSOAS. FALHA DO SERVIÇO. EXTRAVIO DE BAGAGEM.

REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **O Superior Tribunal de Justiça entende que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista. (...)** (AgRg no Ag 1380215/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 1005/2012) [...] Em face do exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 17 de junho de 2015. Relatora: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI; Documento: 49052126 Despacho / Decisão - DJe: 29/06/2015) (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL - EXTRAVIO DE CARGA - INDENIZAÇÃO INTEGRAL - CDC. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. **A jurisprudência pacífica da Segunda Seção é no sentido de que o transportador aéreo, seja em viagem nacional ou internacional, responde (indenização integral) pelo extravio de bagagens e cargas, ainda que ausente acidente aéreo, mediante aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que o evento tenha ocorrido na sua vigência, conforme sucede na espécie. Fica, portanto, afastada a incidência da Convenção de Varsóvia e, por via de consequência, a indenização tarifada.** (Resp 552.553/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, DJ 01/02/2006 p. 561). 2. A repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte, nos termos do art. 543-B do CPC, não enseja o sobrestamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.344.073/RS, Rel. Ministro

Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 06/09/2013; e AgRg no AREsp 244.747/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 08/02/2013. (AgRg no REsp 1.415.296/RJ, PRIMEIRA TURMA, Relator Min. SÉRGIO KUKINA, DJe de 04/02/2014). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 407809 SP 2013/0336025-6; Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; Julgamento: 11/03/2014; T-4 – Quarta Turma; Publicação: 19/03/2014) (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - **EXTRAVIO DE BAGAGEM EM VIAGEM INTERNACIONAL - CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - INAPLICABILIDADE** - EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE - NÃO COMPROVAÇÃO - SÚMULA 7/STJ - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO RAZOAVELMENTE FIXADO - RECURSO IMPROVIDO. (STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 79.684/PR, rel. Min. Massamu Uyeda, j. 12/04/2012, DJe 27/04/2012) (grifei)

No mesmo sentido vêm decidindo os Tribunais Pátrios:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE “BAGAGEM DE MÃO” OU “DESPACHADA”. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 14 DA LEI 8.078/90 DO CDC). DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE COMPROVADO ALUGUEL DOS EQUIPAMENTOS EXTRAVIADOS NO EXTERIOR. INDENIZAÇÃO AFASTADA NO TOCANTE. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA EM PARTE.

1. Trata-se de apelação manejada em face do *decisum* que julgou procedente a indenizatória decorrente de extravio de bagagem, da qual resultou condenação da apelante ao ressarcimento a título de danos material e moral, respectivamente, nos valores de R\$ 44.311,15 (quarenta e quatro mil, trezentos e onze e quinze centavos) e R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), ambas devidamente atualizadas e corrigidas.
2. A relação estabelecida entre as partes, sem dúvida, é

reconhecidamente consumerista, comportando análise à luz da teoria da responsabilidade objetiva, escrita no art. 14 da Lei nº 8.078/90, que dispõe sobre o Código de Defesa do Consumidor, não incidindo aqui, normas especiais e/ou convenções internacionais. 3. Havendo falha no serviço prestado, eis que compete à apelante, na qualidade de prestadora do serviço de transporte aéreo, o devido deslocamento dos passageiros e de suas bagagens até o destino contratado, independentemente de serem elas “de mão” ou “despachadas”, sendo fato incontroverso nos autos que os equipamentos reclamados foram extraviados durante a prestação do serviço, inescusável o dever de indenizar, inclusive, extrapatrimonialmente, ante o indubitável abalo moral sofrido pelo apelado. 4. Todavia, ausente comprovação a título de aluguel dos equipamentos ditos extraviados no exterior, a condenação neste aspecto não se sustenta. 5. Apelo conhecido e provido em parte, para afastar a indenização material correspondente aos valores supostamente dispendidos com aluguel de equipamentos eletrônicos no exterior, mantendo-se, no mais, tudo o que foi definido na sentença apelada. (AC 0903727-77.2012.8.06.0001 – TJ-CE; Relator: Francisco Pedrosa Teixeira; 4ª Câmara Cível; Data do Julgamento: 02/09/2015) (grifei)

EMENTA: APELAÇÃO CIVIL AÇÃO COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C DANOS MATERIAIS. **TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO ÀS REGRAS RESTRITIVAS DA CONVENÇÃO DE MONTREAL (CONVENÇÃO DE VARSÓVIA) ESTAS QUE SOMENTE SE APLICAM QUANDO NÃO CONTRARIAREM AS DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL.** DECADÊNCIA. NÃO CONSUMAÇÃO. MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR CANCELAMENTO DE VOO DE DALLAS A GUARULHOS. GREVE DOS CONTROLADORES DE VOO OCORRIDA EM 30.03.2007. FATO DE TERCEIRO. FORTUITO INTERNO QUE NÃO MITIGA O DEVER DE INDENIZAR. ATRASO DO VÔO ORIGINÁRIO

EM 48 HORAS SITUAÇÃO QUE POTENCIALIZA A ANGÚSTIA DA ESPERA E AFETA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. DANOS MORAIS *IN RE IPSA*. DEVER DE INDENIZAR QUE SE IMPÕE. *QUANTUM*. MANUTENÇÃO. VALOR QUE ESTÁ DENTRO DOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO CIVIL CONHECIDA E NO MÉRITO NÃO PROVIDA. (TJPR - Apelação Civil nº 1.123.008-7 – 8ª Câmara Cível - Relator: Des. J. S. Fagundes Cunha – Julgamento: 02.10.2014) (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO VOO INTERNACIONAL EXTRAVIO DE BAGAGEM LEGISLAÇÃO APLICÁVEL DANOS MATERIAIS E MORAIS INDENIZAÇÃO *QUANTUM* ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA DISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL MÁ FÉ MULTA APELO PROVIDO PARCIALMENTE.

A legislação aplicável a casos de extravio de bagagem em voo internacional é o Código de Defesa do Consumidor.

O extravio de bagagem gera danos de ordem material para o passageiro que se vê privado de seus bens, sendo devida a indenização, em valor suficiente para a *restitutio in integrum*. Indenização fixada com base em documentos que comprovam a aquisição de peças que compunham ou deveriam compor a bagagem do passageiro. A perda de bagagem especialmente preparada para temporada de férias, festas de final de ano e comemoração de aniversário no exterior causa danos morais. Montante arbitrado em primeiro grau adequado, mantido em grau de recurso. Havendo sucumbência de ambas as partes em um dos tópicos do pedido, em relação a este, os ônus sucumbenciais devem ser proporcionalmente distribuídos. Resta caracterizada a má fé da parte que pleiteia a indenização por danos materiais, decorrentes do extravio de bagagem, calcada em notas de compras inexistentes ou efetuadas em datas posteriores àquela em que findou sua viagem. Multa aplicada, na espécie. Sentença reformada em parte. Apelo provido parcialmente. (TJ-BA - APL: 00382500720118050001 BA 0038250-07.2011.8.05.0001, Relator: Telma Laura Silva Britto, Data de Julgamento: 16/10/2012, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 16/11/2012) (grifei)

TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM DEFINITIVO. DANOS MATERIAIS, EMERGENTES E MORAIS CARACTERIZADOS. REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO.

1. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor, não incidindo as disposições restritivas aos direitos do passageiro previstas na Convenção de Varsóvia. A lei consumerista prevalece sobre a Convenção de Varsóvia, pois embora tenha a Convenção aplicabilidade no direito interno, esta não se sobrepõe às leis do País. 2.

A responsabilidade imputável ao transportador aéreo é de natureza objetiva e impõe o dever de ressarcimento, inclusive moral, este a ser fixado de acordo com as circunstâncias concretas. Em que pese não se desconheça que os equipamentos eletrônicos e valores em espécie devem ser transportados na bagagem de mão, não pode a companhia aérea ser isenta da responsabilidade nos casos em que a bagagem despachada contendo esses objetos é violada ou extraviada, mormente quando não comprovado que o passageiro tenha recebido orientação específica nesse sentido ou, então, que lhe foi solicitado que realizasse “Declaração de Bens e Valores”, de modo a elencar os bens que estava carregando, como é o caso dos autos. O extravio da bagagem caracteriza falha na prestação do serviço de transporte aéreo, justificando o dever de reparar os danos daí advindos. Indenização pelos danos materiais advindos do extravio de pertences devida. *Quantum* indenizatório arbitrado na sentença mantido. Devem ser mantidos os danos emergentes, eis que também comprovados. Redução do “quantum” indenizatório, a título de dano moral. Valor reduzido para R\$ 10.000,00, a fim de guardar proporcionalidade com a magnitude da lesão. Recurso parcialmente provido. (Apelação: 0357096-55.2000.8.06.0001, Relator(a): JUCID PEIXOTO DO AMARAL, Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 6ª Câmara Cível; Data de registro: 23/10/2012) (grifei)

Assim, a Convenção Internacional não pode se sobrepor à lei maior do país, principalmente nos termos em que contrária à norma nacional.

Portanto, havendo conflito entre Tratados e Convenções Internacionais, como é o caso da Convenção de Montreal e do CDC, este último prevalece, porquanto é legislação especial, hierarquicamente superior.

Não restam dúvidas, pois, acerca da relação de consumo entre passageiro e companhia aérea a ensejar a incidência do CDC, eis que se trata de norma especial superior e age em defesa do consumidor, a teor do art. 5º, XXXII, da Carta Magna.

DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

À luz da regra aplicável à hipótese (CDC), a responsabilidade das demandadas, na qualidade de prestadoras de serviços de transporte, é objetiva e independe de culpa:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Corroborando a regra da responsabilidade objetiva, colaciono as seguintes ementas:

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE AÉREO NACIONAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. APLICAÇÃO DE CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO MORAL. CARACTERIZADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A controvérsia cinge-se à verificação da responsabilidade da empresa VRG Linhas Aéreas S/A, incorporadora de Gol Transportes Aéreos S/A pelos danos morais causados as apeladas em decorrência do extravio da sua bagagem pelo período de mais de 05 (cinco) meses da data do desembarque, privando-a de seus pertences. 2. **Conforme**

determina o Código de Defesa do Consumidor, é atribuição da empresa aérea a responsabilidade pelos danos causados, vícios ou por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos do serviço ou do produto, conforme dispõe o art. 14 do CDC. 3.Os fatos narrados na exordial, e as provas constantes dos autos, corroboram com as alegações das autoras, no caso os bilhetes de passagens aéreas e o RIB (Relatório de Irregularidade com Bagagem), este último, sendo hábil a demonstrar: avaria, extravio, violação e furto em bagagem despachada pela empresa aérea. 4.Levando em consideração os transtornos pelos quais passaram as autoras, a capacidade econômica da ré, o grau de culpa, já que agiu negligentemente, e a gravidade da ofensa, reputo como razoável a fixação dos danos morais em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), cuja quantia não refoge aos parâmetros da razoabilidade, visto que aludida indenização deve ter o condão de compensar a vítima do dano, bem como ter o caráter sancionador e pedagógico, para se evitar novas condutas ofensivas. 5.Agravo regimental conhecido e não provido. Decisão mantida. (AC 0000102-27.2012.8.06.0206 – TJ-CE – Relator: Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; 3ª Câmara Cível; Data do Julgamento: 28/09/2015) (grifei)

TURMA RECURSAL CÍVEL. RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS. **TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA COMPANHIA AÉREA.** DANO MATERIAL COMPROVADO. DANO MORAL CONFIGURADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO EM R\$ 5.000,00. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-RS - Recurso Cível: 71005685722 RS , Relator: Luiz Felipe Severo Desessards, Data de Julgamento: 22/09/2015, Quarta Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/09/2015) (grifei)

CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE CONTEÚDO DA BAGAGEM. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANOS MORAIS. *QUANTUM* ARBITRADO DE FORMA ADEQUADA E SUFICIENTE. APELO DESPROVIDO.

1. A responsabilização da companhia aérea pelo extravio, temporário ou definitivo, de bagagem dispensa a perquirição de dolo ou culpa, posto que, à luz do que estatui o art. 14 do CDC, as instituições fornecedoras de bens e serviços, em razão da teoria do risco do negócio ou da atividade, são responsáveis pelos danos causados ao consumidor, independentemente da existência do elemento subjetivo. 2. Não prospera a pretendida exclusão do dever de indenizar o prejuízo material dos passageiros, na extensão especificamente apontada e compatível com a viagem realizada, quando não comprova a companhia haver exigido dos usuários qualquer declaração de conteúdo das bagagens transportadas, por ocasião de seu despacho, na forma facultada pelo art. 734, parágrafo único, do Código Civil. Comprovada. Precedentes desta Turma. 3. Prática ilícito contratual, apto a ensejar danos morais, o fornecedor de serviços de transporte aéreo que, por falha evidente na prestação dos encargos a ele cometidos (art. 734 do CCB), extravia bagagem pessoal do passageiro, descumprindo a obrigação de transportá-la, na forma expressamente convencionada, e expondo o consumidor, definitivamente privado de seus pertences pessoais, a situação de evidente angústia e constrangimento. 4. A imposição do dever de indenizar ostenta, na espécie, dúplice desiderato, consistente na necessidade de se compensar o gravame imaterial suportado, aliada à função pedagógica da condenação, que visa a desestimular, por parte do fornecedor, a recidiva, exortando-o a obrar com maior eficiência em hipóteses assemelhadas e subsequentes. 5. Não comporta redução o *quantum* indenizatório arbitrado, à guisa de danos morais, em valor módico e adequado à compensação da ofensa aos direitos personalíssimos. 6. Apelo conhecido e desprovido. Arcará a recorrente vencida com o pagamento das custas processuais. Sem condenação em honorários advocatícios, ante a ausência de contrarrazões. (TJ-DF - ACJ: 20140111052093 DF 0105209-95.2014.8.07.0001, Relator:

LUIS MARTIUS HOLANDA BEZERRA JUNIOR, Data de Julgamento: 24/02/2015, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/02/2015 . Pág.: 171) (grifei)

EMENTA: SUMÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. **TRANSPORTE AEREO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. EXTRAVIO BAGAGEM. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANO MORAL IN RE IPSA.** Descumprido, portanto, o ônus que lhe é imposto pelos artigos 333, II, CPC c/c 14, § 3º, I, CDC, resta à 1ª Apelada suportar o ônus de sua inércia. Ademais, a 1ª Apelante foi submetida, inquestionavelmente, a uma situação que ultrapassa os limites do razoável, sendo certo que todo o narrado não se enquadra como mero aborrecimento cotidiano, o que importa ofensa a direito da personalidade, que se constitui em abalo ao bem estar. O valor da indenização a ser arbitrada deve corresponder, outrossim, a uma soma que possibilite ao ofendido alguma compensação do mal-estar e constrangimentos sofridos. Considerando o efeito negativo advindo da falha do serviço prestado pela 1ª Apelada, a verba indenizatória foi adequadamente, assim atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Negado provimento a ambos os recursos. (APL 04505391420118190001 RJ 0450539-14.2011.8.19.0001; Relator(a): DES. ANDREA FORTUNA TEIXEIRA; Órgão Julgador: VIGÉSIMA QUINTA CAMARA CIVEL/CONSUMIDOR; Julgamento: 02/03/2015; Publicação: 04/03/2015) (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL - TRANSPORTE AÉREO - EXTRAVIO DE BAGAGEM - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - DANO MATERIAL - DANO MORAL - EXISTÊNCIA. A responsabilidade civil decorrente da prestação do serviço ao consumidor é de ordem objetiva, respondendo o transportador pelos danos causados ao consumidor, pela falha na prestação do serviço. O extravio de bagagem decorrente de viagem aérea, com perda de bens, resulta em angústias e aflições ao proprietário, sendo devida a indenização não só pelos efetivos prejuízos materiais, mas

também pelos danos morais causados ao passageiro. (TJ-MG - AC: 10024101850436001 MG, Relator: Luciano Pinto, Data de Julgamento: 21/03/2013, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/04/2013) (grifei)

DOS DANOS MATERIAIS

Sustenta a empresa apelante que não há danos materiais a serem indenizados, mormente porque os demandantes não teriam comprovado os mesmos.

Pois bem. Trata-se de viagem internacional, de Fortaleza a Madri, com conexão em Recife e escala em Lisboa, onde o casal compareceria a Congresso de Neurologia e comemoraria aniversário de casamento, com saída dia 21.08.2008 e retorno dia 31.08.2008 (fls. 28-37).

Chegando ao destino – Madri, os acionantes não conseguiram retirar a bagagem da promovente, Solange Horta, que haviam despachado no Brasil. Os dias se passaram sem que a mala da demandante fosse localizada e devolvida. É indiscutível o extravio da bagagem da autora, consoante fartamente demonstrado nos autos e admitido pelas promovidas.

Na hipótese dos autos, inobstante o valor pretendido pelos recorrentes a título de danos materiais, no montante de R\$10.576,40 (dez mil, quinhentos e setenta e seis reais e quarenta centavos), o Magistrado de Piso fixou os mesmos em R\$2.048,40 (dois mil e quarenta e oito reais e quarenta centavos), considerando apenas as despesas com mercadorias compradas e serviços contratados no exterior em consequência do extravio da mala, já que somente esta quantia estaria devidamente comprovada nos fólios.

É certo que o dano material atinge o patrimônio da vítima e a indenização deve ser suficiente para a *restitutio in integrum* (cf. Sergio Cavalieri Filho, “Programa de Responsabilidade Civil”, Malheiros Editores, 3ª ed., pág. 81).

No caso das mercadorias transportadas na bagagem extraviada, o parágrafo único do art. 734 do Código Civil Brasileiro faculta às transportadoras aéreas exigir dos passageiros a declaração de seu conteúdo, *in verbis*:

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

Sobre a declaração especial de valor, impende destacar a seguinte lição de Marco Fábio Morsello:

Preocupa-nos sobremaneira referido aspecto, uma vez que, no âmbito dos deveres anexos, ínsitos ao princípio da boa-fé objetiva, não se depreende, na prática diuturna, o implemento pelo transportador de informações e esclarecimentos concernentes à referida operacionalização, sendo que, por vezes, algumas companhias, na consecução das céleres operações de *check-in*, sequer disponibilizam referida opção, elidindo o que a doutrina alcinha como *fair opportunity* ao usuário do transporte.

Referida oportunidade, sob nossa ótica, resta ainda mais prejudicada com o advento do bilhete aéreo eletrônico, na medida em que, conquanto acelere a operação econômica, reduzindo custos, torna ainda mais restrito o lapso de tempo de recebimento de informação quanto à limitação da responsabilidade do transportador, na hipótese de perda, destruição ou avaria da bagagem, de modo a viabilizar esclarecimentos e reflexão quanto à utilidade da denominada declaração de valor. (in “Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo”, Ed. Atlas, 2006, págs. 218/219).

De fato, a prévia declaração de bens muitas vezes, para não dizer quase sempre, é preterida pelas companhias aéreas que, cada vez mais, no afã de reduzir custos tornando mais céleres os procedimentos, sequer oportunizam aos passageiros relacionarem os itens de suas bagagens.

Na hipótese em debate, não há nos autos evidência de que as transportadoras demandadas tenham exigido a prévia declaração de bens constantes da bagagem dos promoventes. Assim, não havendo se utilizado

da opção que lhes é facultada, não podem se recusar a pagar pelos danos materiais decorrentes da mala extraviada sob o argumento de que os mesmos não estão comprovados.

Nesse sentido, colaciono os seguintes arestos:

Responsabilidade civil – Ação indenizatória por danos materiais – Procedência parcial – Transporte aéreo - Extravio de bagagem de passageiro – Cabimento da indenização por danos materiais apontados e provados pela demandante - Ônus da ré, nos termos do art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor de provar o contrário ou de afastar a verossimilhança das alegações da autora, mas neste sentido nada apresentou nem produziu no presente feito - **Incumbe à empresa de transporte, ademais, exigir, a seu critério, declaração do conteúdo da bagagem - Se não o fez ao receber a bagagem, aceitou incondicionalmente a responsabilidade por sua guarda e pelos bens ali contidos – Ação que deve ser julgada procedente para acolher a pretensão de ressarcimento dos bens extraviados e adquiridos fora do país** - Recurso da autora provido para tanto. (TJ-SP - APL: 10016405420148260576 SP 1001640-54.2014.8.26.0576, Relator: Thiago de Siqueira, Data de Julgamento: 01/07/2015, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/07/2015)

CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DEFINITIVO DE BAGAGEM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE CONTEÚDO DA BAGAGEM. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANOS MORAIS. *QUANTUM* ARBITRADO DE FORMA ADEQUADA E PROPORCIONAL. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA DESDE A CITAÇÃO. APELO DESPROVIDO.

1. A responsabilização da companhia aérea, pelo extravio, temporário ou definitivo de bagagem, dispensa a perquirição de dolo ou culpa, posto que, à luz do que estatui o art. 14 do CDC, as instituições fornecedoras de bens e serviços, em razão da teoria do risco do negócio ou da atividade,

são responsáveis pelos danos causados ao consumidor, independentemente da existência do elemento subjetivo.

2. Não prospera a pretendida exclusão do dever de indenizar o prejuízo material do passageiro, na extensão comprovada e compatível com a viagem realizada, quando não demonstra a companhia haver exigido do usuário qualquer declaração de conteúdo das bagagens transportadas, por ocasião de seu despacho, na forma facultada pelo art. 734, parágrafo único, do Código Civil. Precedente desta Turma . 3. Prática ilícito contratual, apto a ensejar danos morais, o fornecedor de serviços de transporte aéreo que, por falha evidente na prestação dos encargos a ele cometidos (art. 734 do CCB), extravia bagagem pessoal do passageiro, descumprindo a obrigação de transportá-la, na forma expressamente convencionada, e expondo o consumidor, definitivamente privado de seus pertences pessoais, a situação de evidente angústia e constrangimento.

4. A imposição do dever de indenizar ostenta, na espécie, *dúplice desiderato*, consistente na necessidade de se compensar o gravame imaterial suportado, aliada à função pedagógica da condenação, que visa a desestimular, por parte do fornecedor, a recidiva, exortando-o a obrar com maior eficiência em hipóteses assemelhadas e subsequentes.

5. Não comporta redução a condenação, por danos morais, arbitrada em valor módico e adequado à compensação da ofensa aos direitos personalíssimos.

6. Consoante pacífico entendimento do STJ, em se tratando de responsabilidade de fundo contratual, a incidência dos juros de mora deve se dar desde a citação. Inteligência do artigo 402 do CCB. Não tendo a parte recorrente manifestado insurgência específica, quanto ao *dies a quo* da correção monetária, descabe, por força do delimitado conteúdo devolvido à revisão, qualquer modificação do julgado singular.

7. Apelo conhecido e desprovido. Arcará a recorrente vencida com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor da condenação. (TJ-DF - ACJ: 20140610089824 DF 0008982-28.2014.8.07.0006, Relator: LUIS MARTIUS HOLANDA BEZERRA JUNIOR, Data de Julgamento: 27/01/2015, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/02/2015 . Pág.: 394)

Ademais, as prestadoras de serviço de transporte aéreo são plenamente conscientes dos riscos que podem advir desse tipo de atividade, não sendo razoável transferir para os consumidores os prejuízos por estes suportados.

Portanto, não cabe impor aos autores o ônus de provar os itens ali constantes, porquanto incumbia às rés exigir, a seu critério, referida declaração. Se assim não o fizeram, aceitaram incondicionalmente a responsabilidade por sua guarda e pelos bens ali contidos.

Desse modo, impunha-se às demandadas, se fosse o caso, o ônus de afastar a verossimilhança das alegações dos demandantes quanto aos danos materiais que apontaram, nos termos do art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, as mesmas não se desincumbiram deste ônus probatório, porquanto não apresentaram nem produziram prova alguma neste sentido, sequer exigindo dos autores, como afirmado adrede, a declaração do conteúdo da bagagem, consoante facultado no art. 734, § único, do Código Civil.

Assim, pelas razões expostas, entendo que deve ser acolhido o inventário apresentado pelos promoventes/recorrentes às fls. 80-81, para efeito de apurar o montante da reparação dos danos materiais que sofreram.

Dessarte, merece reforma a sentença de origem para majorar os danos materiais, devendo-se considerar, para o cálculo do montante, não apenas as despesas arcadas com as mercadorias que tiveram de comprar e os serviços que tiveram que contratar em razão do extravio da mala (R\$ 2.048,40, dois mil e quarenta e oito reais e quarenta centavos), mas também os valores correspondentes aos itens que, segundo os recorrentes, constavam da bagagem perdida, listados às fls. 80-81 dos autos, no montante de R\$8.528,00 (oito mil, quinhentos e vinte e oito reais), perfazendo o total de R\$10.576,40 (dez mil quinhentos e setenta e seis reais e quarenta centavos). Ressalte-se que referido valor não discrepa da comprovada situação econômica do casal e da viagem empreendida.

Conclui-se, portanto, que a irresignação dos autores merece ser acolhida, para condenar as promovidas a lhes pagar, a título de indenização por danos materiais, a quantia descrita na petição inicial, no valor de R\$ 10.576,40 (dez mil, quinhentos e setenta e seis reais e quarenta centavos), a ser corrigida monetariamente a contar do ajuizamento da presente ação e acrescida de juros de mora, à taxa de 1% ao mês, a partir da citação.

DOS DANOS MORAIS

O dano moral indenizável é aquele decorrente de uma conduta ilícita por parte do agente responsável pelo dano, que venha a causar sentimento negativo em qualquer pessoa de comportamento e senso comuns, como vexame, constrangimento, humilhação, dor, etc. O dano extrapatrimonial independe da comprovação de qualquer prejuízo material, pois causa transtorno de ordem psicológica ao indivíduo.

Sobre o tema, impende destacar a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica de que sejam impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como aquele sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, as suas afeições etc. (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA - Responsabilidade Civil, 8ª edição, ed. Forense, pág. 54).

No caso dos autos, o extravio da mala da autora, sem dúvida, trouxe desconforto e transtornos capazes de ensejar a reparação pretendida,

mormente porque os demandantes ficaram vários dias em outro país privados de seus pertences, até mesmo os mais básicos, tendo que comprometer parte de seus recursos e de seu tempo de lazer para refazer seu guarda-roupa e poder, assim, comparecer adequadamente vestidos aos eventos programados. Acrescente-se a isso a insegurança, durante a viagem, em relação à recuperação dos bens e, por fim, o extravio definitivo da bagagem.

Por estas razões, entendo que restou configurada a ocorrência dos danos morais.

DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

A fixação do *quantum* indenizatório deve ficar ao prudente arbítrio do Juiz da causa, que deve evitar desprezar o sofrimento do lesado e onerar excessivamente o agente. O valor da indenização deve atender ao chamado “binômio do equilíbrio”, não podendo causar enriquecimento ou empobrecimento das partes envolvidas, devendo ao mesmo tempo desestimular a conduta do ofensor e consolar a vítima.

Assim, tal ressarcimento presta-se a minimizar o desequilíbrio e aflição suportada pela vítima do dano, não podendo, em contrapartida, constituir fonte de enriquecimento ilícito.

Neste sentido, trago à colação julgados em casos semelhantes:

APELAÇÃO CÍVEL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. VALOR.

1. O extravio de bagagem e os problemas daí decorrentes geram danos à esfera psicológica do indivíduo, passíveis de reparação. 2. O valor da indenização por danos morais deve ter caráter dúplice, tanto punitivo do agente, quanto compensatório em relação à vítima. (TJ-MG - AC: 10024112077706001 MG, Relator: Wagner Wilson, Data de Julgamento: 03/04/2014, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/04/2014) (grifei)

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. EXTRAVIO

DE BAGAGEM. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAIS. NÃO EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE BENS PELA TRANSPORTADORA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. APELOS NÃO PROVIDOS.

1 - É objetiva a responsabilidade do transportador, dispensando-se a comprovação do elemento culpa, nos termos do art. 734 do Código Civil e do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

2 - Cabe à transportadora exigir do passageiro declaração de bens da bagagem, como lhe faculta o art. 734 do CC, e não apenas destacar em seus documentos, a fim de resguardar seus próprios direitos, a necessidade de realização da declaração.

3 - **O extravio da bagagem causa danos morais ao consumidor, sendo certa a existência de transtorno e angústia ao perceber o extravio de seus pertences, ter que providenciar itens básicos para permanência em cidade diversa da sua, bem como ter que se dirigir à rodoviária diversas vezes para a solução do problema.**

4 - O dano moral deve ser fixado com observância da natureza e da intensidade do dano, da repercussão no meio social, da conduta do ofensor, bem como da capacidade econômica das partes envolvidas, devendo ser mantido o *quantum* quando fixado em patamar razoável.

5 - Apelos não providos. (Apelação Cível 1.0145.10.020382-0/001, Relator (a): Des.(a) José Marcos Vieira, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/10/2013, publicação da sumula em 08/11/2013) (grifei)

Diante de tais arrazoados e considerando a capacidade financeira das partes, entendo que merece reparo a sentença quanto ao valor da indenização fixado pelo magistrado para a promovente, uma vez que, inobstante o sofrimento de ambos os cônjuges, entendo que a esposa, por ser a proprietária da mala extraviada e, por consequência, a maior prejudicada, faz jus a quantia superior àquela arbitrada para seu esposo. Assim, reformo a sentença hostilizada para majorar a condenação das demandadas em danos

morais, fixando o montante de R\$7.000,00 (sete mil reais) para a autora e mantendo o valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) para o autor, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Vejam-se, a propósito, decisões em que o *quantum* fixado não destoa do aqui arbitrado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO DE PESSOAS. FALHA DO SERVIÇO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista. 2. **O entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de reparação por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação revelar-se irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso.** 3. Não se mostra exagerada a fixação, pelo Tribunal *a quo*, em **R\$ 7.000,00** (sete mil reais) a título de reparação moral em favor de cada uma das partes agravadas, em virtude dos danos sofridos por ocasião da utilização dos serviços da agravante, motivo pelo qual não se justifica a excepcional intervenção desta Corte no presente feito. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 582541 RS 2014/0240414-7, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 23/10/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/11/2014) (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. CONTRATO DE TRANSPORTE. COMPANHIA AÉREA. EXTRAVIO TEMPORÁRIO DE BAGAGEM. BAGAGEM COM OS PERTENCES DO MENOR. DANO MORAL CONFIGURADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO ADEQUADAMENTE FIXADO.

Incontroverso o extravio da bagagem dos autores, que foi entregue dois dias após o desembarque. Transtorno que ultrapassa o mero dissabor cotidiano, configurando o dano moral. Quantum indenizatório (**R\$5.000,00 para cada autor**) que atende aos postulados de razoabilidade e proporcionalidade. Menor de um ano e cinco meses que não sofreu abalo moral ante a ausência de consciência do transtorno ocasionado pelo requerido. Sentença mantida. APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70065724841, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 27/08/2015). (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS VERIFICADA. ATRASO EM VÔO, COM CONSEQUENTE PERDA DA CONEXÃO E EXTRAVIO DE BAGAGEM. DANO MORAL. “QUANTUM” MAJORADO.

Devida a majoração do valor arbitrado a título de indenização por danos morais, a fim de que seja suficientemente relevante para compensar o sofrimento suportado pelos autores, bem como para evitar que atos semelhantes venham a ocorrer por parte da empresa aérea, sem que acarrete enriquecimento sem causa das vítimas. Valor majorado para **R\$ 8.000,00** para cada um dos demandantes. UNÂNIME. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70053115440, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Katia Elenise Oliveira da Silva, Julgado em 27/02/2013) (TJ-RS - AC: 70053115440 RS, Relator: Katia Elenise Oliveira da Silva, Data de Julgamento: 27/02/2013, Décima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/03/2013) (grifei)

Por todo o exposto, firme nos propósitos acima delineados, conheço dos recursos interpostos, negando provimento ao Apelo da promovida TAP TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A e dando parcial provimento ao Recurso Adesivo dos demandantes, para o fim de reformar em parte a sentença hostilizada, determinando que se acrescente ao *quantum* fixado a título de danos materiais o valor dos itens declarados nos autos como constantes da bagagem extraviada, perfazendo o total de R\$10.576,40 (dez mil, quinhentos e setenta e seis reais e quarenta centavos), e majorando o valor dos danos morais em favor da autora para R\$7.000,00 (sete mil reais), mantendo a sentença no que sobejar.

É como voto.

Fortaleza, 04 de novembro de 2015.

PROCESSO: 0044087-79.2012.8.06.0001.

APELAÇÃO.

APELANTE: BANCO DO BRASIL S/A.

APELADA: ZÉLIA MARIA RAMOS PATRIOTA BEZERRA.

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSUMIDOR, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. DANOS MORAL E MATERIAL. CARTÃO MAGNÉTICO. RETENÇÃO EM CAIXA ELETRÔNICO NAS DEPENDÊNCIAS DE POSTO DE ATENDIMENTO BANCÁRIO. RELAÇÃO DE CONSUMO. SÚMULA 297, STJ. FATO DO SERVIÇO. FALHA NA SEGURANÇA. ART. 14, CDC. TEORIA DO RISCO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. SÚMULAS 479, STJ E 28, STF. QUANTUM DEBEATUR. PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1- “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” (Súmula 297, STJ).

2- No âmbito da teoria do risco, é objetivamente responsável o fornecedor pelo fato do serviço, ante a retenção do cartão magnético da consumidora em máquina de autoatendimento nas dependências de posto bancário situado em *shopping center*, o qual passou a ser posteriormente utilizado por terceiros desautorizados, acarretando-lhe prejuízos (débitos em sua conta corrente, compras em seu cartão de crédito, saques e transferências não autorizados), a despeito de a recorrida haver, ainda no local, informado por telefone à central de atendimento

da instituição financeira acerca do ocorrido (art. 14, CDC).

3- Ao caso aplicam-se igualmente os enunciados das Súmulas 479, STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”; e 28, STF: “O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista”, *mutatis mutandis*.

4- Dano moral advindo dos débitos abusivos de valores pertinentes a saques e compras em cartão não realizados pela consumidora. Hipótese em que os saques indevidos acarretaram sério abalo psicológico, afetando direitos da personalidade. Prevalece no STJ o entendimento no sentido de que a responsabilidade do agente decorre da comprovação da falha na prestação do serviço, sendo desnecessária a prova do prejuízo em concreto.

5- A indenização por dano moral fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não é causa de enriquecimento indevido, não se revela abusiva ou mesmo desproporcional, antes atende à razoabilidade e acha consonância em precedentes do STJ.

6- Demonstrados os danos materiais, devem estes ser ressarcidos à ofendida, de modo a restituí-la ao *status quo ante*.

7- Apelação conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do presente recurso, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 10 de novembro de 2015

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pelo Banco do Brasil S/A, contra a decisão da Juíza de Direito Adayde Monteiro Pimentel, da 24ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, na qual, em sede de ação ordinária ajuizada por Zélia Maria Ramos Patriota Bezerra, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a instituição financeira a indenizar a recorrida em dano material no importe de R\$ 75.038,40 (setenta e cinco mil e trinta e oito reais e quarenta centavos), acrescido de correção monetária pelo INPC, mais juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data da propositura da ação, e em dano moral no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente pelo INPC, juros de 1% (um por cento) ao mês a partir do arbitramento, conforme as Súmulas 43, 54 e 362, STJ; além de custas processuais e verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, com correção monetária pelo INPC e juros de 1% (um por cento) ao mês, com incidência a partir da data da propositura da ação (p. 128-135).

Em razões recursais (p. 139-149), alega o apelante que: (a) não concorreu para os fatos narrados na vestibular, sendo a culpa pelo evento danoso exclusiva da vítima; (b) não há provas do constrangimento sofrido pela autora; (c) inexistiu nexo de causalidade entre o suposto ilícito e o pretendido dano; (d) não agiu com culpa nem procedeu de forma indevida em relação à restrição aos dados da autora; (e) o valor fixado como dano moral deve ser diminuído ou excluído, pois não condiz com o entendimento jurisprudencial; (f) improcede a condenação em dano material; e requer, por fim, a reforma do *decisum* e o provimento do recurso.

A recorrida, em contraminuta de p. 156-161, defende a manutenção do julgado, nos termos em que proferido.

Ausente interesse público primário a justificar a intervenção ministerial.

É o relatório.

Ao e. Desembargador-Revisor.

VOTO

Presentes os requisitos de admissão, conheço do apelo.

Consta dos autos que a suplicante, cliente da referida instituição financeira apelante, dirigiu-se a um terminal eletrônico do Banco do Brasil localizado no Shopping Aldeota para efetuar saques e pagamentos, ocasião em que, ao utilizar referida máquina, teve seu cartão de crédito retido.

Diante do fato, uma jovem que se encontrava no terminal vizinho percebeu a situação e ofereceu ajuda, orientando a promovente a telefonar para a central de atendimento do referido Banco mediante número constante numa placa existente no próprio local. Havendo procedido dessa maneira, a apelada forneceu informações à suposta atendente do Banco do Brasil, sendo orientada a não retirar da máquina o cartão, pois receberia um novo em sua residência.

Acreditando ter sido cancelado o seu cartão, dirigiu-se a apelada a uma agência do Banco, sacando contra recibo a importância de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), além de mencionar o ocorrido ao caixa daquela agência bancária, o qual se omitiu em verificar se o cartão estava realmente cancelado.

Nada obstante, foram efetuadas sem o consentimento da recorrida diversas operações na sua conta corrente (p. 28 e 38-39) e utilizado o seu cartão de crédito (p. 41-47), acarretando-lhe prejuízos materiais na ordem de R\$ 75.038,40 (setenta e cinco mil e trinta e oito reais e quarenta centavos), descritos na inicial.

A suplicante reportou-se a tudo em Boletim de Ocorrência (p. 49).

O *thema decidendum* diz respeito à responsabilização civil da instituição financeira por descumprir a segurança que se espera ordinariamente no manuseio do aparato de autoatendimento (caixa eletrônico) de seus próprios postos, por não proceder ao cancelamento do cartão da consumidora quando do telefonema por essa realizado à central de atendimento ao cliente, ao ser orientada pelo próprio apelante a não retirar do caixa eletrônico o seu cartão magnético, o que lhe ocasionou os prejuízos em alusão.

Ora, se de um lado as instituições financeiras poupam recursos mediante o largo uso da automação, evitando assim despesas operacionais com o emprego de mão de obra humana, por outro, têm a obrigação de fornecer um serviço adequado e eficiente, de modo a proporcionar ao utente a segurança que se espera, notadamente em situações que envolvam numerário.

In casu, tratando-se de uma relação jurídica de consumo, incide a Lei 8.078/1990, a teor da Súmula 297, STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Por conseguinte, a responsabilidade do fornecedor do serviço é objetiva, de maneira que ao apelante, diante do defeito na prestação do serviço, competia a prova de que o alegado vício não existiu ou se deu por culpa exclusiva do consumidor (art. 14, CDC).

O dispositivo legal supramencionado funda-se na teoria do risco, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios dela resultantes, independentemente de culpa. A obrigação de reparação advém do risco do exercício que determinado empreendimento do agente causa a terceiro em função do proveito econômico por esse auferido.

Sobre o tema, ensina Carlos Roberto Gonçalves, *in verbis*:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: **aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes** (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem auferir os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos). No direito moderno, a teoria da responsabilidade objetiva apresenta-se sob duas faces: a **teoria do risco** e a teoria do dano objetivo.

Pela última, desde que exista um dano, deve ser ressarcido, independentemente da ideia de culpa. Uma e outra consagram, em última análise, a responsabilidade sem culpa, a responsabilidade objetiva. Conforme assinala RIPERT, mencionado por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, a tendência atual do direito manifesta-se no sentido de substituir a ideia da responsabilidade pela ideia da reparação, a ideia da culpa pela ideia do risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva.

[...]

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a **teoria do risco**. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. (Cf. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. Vol. IV, 4ª ed., São Paulo: Saraiva. 2009, p. 10 e 30).

Nessa esteira, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

[...] Se risco é perigo, é mera probabilidade de dano, não basta o risco para gerar a obrigação de indenizar. Ninguém responde por coisa alguma só porque exerce atividade de risco, muitas vezes até socialmente necessária. Também aqui será necessário violar dever jurídico. **A responsabilidade surge quando a atividade perigosa causa dano a outrem, o que evidencia que também em sede de responsabilidade objetiva o dever de indenizar tem por fundamento a violação de um dever jurídico**, qual seja, o **dever de segurança, que se contrapõe ao risco**.

Com efeito, quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém, sob pena de ter que por ele responder independentemente de culpa. Aí está, em nosso entender,

a síntese da responsabilidade objetiva. Se, de um lado, a ordem jurídica garante a liberdade de ação, a livre iniciativa etc., de outro, garante também a plena e absoluta proteção do ser humano. Há um direito subjetivo à segurança cuja violação justifica a obrigação de reparar o dano sem nenhum exame psíquico ou mental da conduta do seu autor. Na responsabilidade objetiva, portanto, a obrigação de indenizar parte da ideia de violação do direito de segurança da vítima. (Cf. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 139).

Desse modo, não há falar em culpa para o reconhecimento do dever de indenizar, mas tão somente sobre o fato e o nexo de causalidade entre esse o efetivo dano.

Não se pode admitir, pois, que as instituições financeiras disponibilizem, um conjunto de serviços automatizados e, no mesmo passo, deixem seus clientes desassistidos, à mercê de toda sorte de fraudes e abordagens maliciosas da parte de terceiros que, valendo-se da inexperiência de alguns (especialmente idosos e iletrados), até ali acorrem justamente por presumirem que agirão livremente, sem ser identificados e punidos.

Como sabido, as relações de consumo, além de se basearem na vontade, fundamentam-se principalmente na confiança, que é a causa dos chamados **deveres anexos ou laterais**, ou seja, daquelas condutas impostas aos contratantes que, apesar de não estarem previstas no instrumento contratual, independem da vontade das partes, visto que surgem da boa-fé objetiva, da confiança com que devem se relacionar as pessoas. São assim denominados, justamente porque não estão vinculados à prestação principal, que surge com a vontade das partes, mas à boa-fé objetiva, que impõe aos contratantes (fornecedor e consumidor) os deveres de proteção, cooperação e informação.

Os bancos, na qualidade de prestadores de serviços, não estão liberados desse encargo e, portanto, devem, como uma de suas funções precípuas, garantir a segurança dos clientes sempre que esses se encontrarem em suas dependências, mormente ao fazerem uso dos serviços ali colocados à sua disposição, e em vista dos quais a instituição bancária é remunerada.

A segurança que as agências bancárias estão obrigadas a fornecer compreende também a disposição de pessoas preparadas para ajudar aqueles

clientes menos familiarizados com o manuseio de sistemas eletrônicos ou informatizados, razão pela qual o serviço indevidamente prestado que acarreta prejuízo ao consumidor implica a reparação, tanto dos danos materiais como morais.

Na espécie, a instituição bancária não se desincumbiu de comprovar que o evento danoso não ocorreu ou foi promovido unicamente pela apelada. É dizer, ressentem-se os autos de prova apta a demonstrar a inexistência da fraude praticada por terceiro em desfavor da promotente, ou que essa haja inadvertidamente fornecido sua senha de acesso a outrem.

Com respeito ao **dano material**, esse decorre da comprovação dos prejuízos acarretados à apelada pelo recorrente e da evidenciada relação de causalidade com os fatos que lhe deram origem.

Observa-se dos documentos coligidos ao caderno processual (p. 38-39) a realização de compras em cartão de crédito e diversos saques efetuados na conta corrente de nº 9972.530-3, bem como nos extratos de cartão de crédito de p. 41-42, com vencimento em 10.03.2012, no valor de R\$ 14.170,79; fatura com vencimento em 10.04.2012, no valor de R\$ 18.107,34 (fls. 43-44); fatura com vencimento em 10.05.2012, no valor de R\$ 22.837,56 (fl. 45); fatura com vencimento em 10.06.2012, no valor de R\$ 4.953,25 (fl. 46); fatura com vencimento em 10.07.2012, no valor de R\$ 10.243,89 (fl. 47), ficando configurada a responsabilidade do recorrente, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, combinado com os artigos 186 e 927 do Código Civil, impondo-se, dessa feita, a devolução do numerário sacado indevidamente da conta corrente, bem como o cancelamento dos valores indevidos em cartão de crédito da apelada, assim como os juros e demais encargos disso advindos, **de modo que a suplicada seja restituída ao status quo ante**.

No tocante ao **dano moral**, entendo estar igualmente configurado. Segundo a doutrina, esse é concebido como garantia do respeito à dignidade humana e se caracteriza ante a ocorrência de violação à situação jurídica extrapatrimonial causadora de efetiva lesão à integridade de atributos daquele valor fundante.

Prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a responsabilidade do agente decorre da comprovação da falha na prestação

do serviço, a respeito da qual não há controvérsia no caso em análise, sendo desnecessária a prova do prejuízo em concreto.

Ademais, os descontos indevidos da conta da correntista e acréscimos em cartão de crédito também indevidos constituem ato objetivamente capaz de ocasionar-lhe prejuízo moral pelo sentimento de angústia, tristeza e humilhação. Não se pode considerar mero aborrecimento que uma senhora idosa veja-se privada de suas economias por falha na prestação dos serviços bancários.

Saliente-se, ainda, que a instituição financeira teve a oportunidade de cancelar tais operações, mas não o fez, procedendo ao débito irregular em conta bancária e em cartão de crédito, transações que não foram pela apelada contratadas. Destarte, está plenamente caracterizado o dano moral.

Assim tem decidido o STJ a respeito do tema:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. **SAQUES EFETUADOS POR TERCEIRO NA CONTA CORRENTE DA AUTORA. SERVIÇO PRESTADO DE FORMA DEFEITUOSA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANO MORAL CONFIGURADO.** *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ.

1. A revisão de indenização por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo. Salvo essas hipóteses, incide a Súmula n. 7 do STJ, impedindo o conhecimento do recurso.
2. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp 633.908/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 23/04/2015).

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. **SAQUE INDEVIDO EM CONTA-CORRENTE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. SUJEITO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. ATAQUE A DIREITO DA PERSONALIDADE. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. IRRELEVÂNCIA QUANTO AO ESTADO DA PESSOA. DIREITO À DIGNIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO DEVIDA.**

1. A instituição bancária é responsável pela segurança das operações realizadas pelos seus clientes, de forma que, havendo falha na prestação do serviço que ofenda direito da personalidade daqueles, tais como o respeito e a honra, estará configurado o dano moral, nascendo o dever de indenizar. Precedentes do STJ.

2. A atual Constituição Federal deu ao homem lugar de destaque entre suas previsões. Realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo, essência de todos os direitos personalíssimos e o ataque àquele direito é o que se convencionou chamar dano moral.

3. Portanto, **dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social.**

4. **O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima.**

5. Em situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade.

6. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1245550/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 16/04/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. VALORES INDEVIDAMENTE SACADOS DE CONTA CORRENTE, VIA *INTERNET*, DE FORMA FRAUDULENTA POR TERCEIRO.

DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. FALHA NA SEGURANÇA LEGITIMAMENTE ESPERADA PELO CORRENTISTA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANO MORAL *IN RE IPSA*. PRECEDENTES. PENA PRIVADA. INAPLICÁVEL. REPETIÇÃO NA FORMA SIMPLES. ENGANO JUSTIFICÁVEL. ARTIGO 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ, AgRg no REsp 1138861/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012).

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TERCEIRO NÃO AUTORIZADO QUE, PORTANDO O CARTÃO DO CORRENTISTA E SUA SENHA, REALIZA SAQUES DIRETAMENTE NO CAIXA DO BANCO. NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CARACTERIZADA. DANO MORAL. OCORRÊNCIA.

I - Cabe indenização por danos morais na hipótese em que o banco, por negligência, permita que terceiro de má-fé solicite a concessão de crédito e realize saques em conta-corrente e poupança do correntista que havia fornecido seus dados pessoais ao estelionatário.

II - A propósito do dano moral, prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que a responsabilidade do agente decorre da comprovação da falha na prestação do serviço, sendo desnecessária a prova do prejuízo em concreto.

III - O esvaziamento da conta da correntista é ato objetivamente capaz de gerar prejuízo moral, pelo sentimento de angústia que causa ao consumidor. Recurso provido. (STJ, REsp 835.531/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2008, DJ 27/02/2008, p. 191).

Ao caso aplicam-se igualmente os enunciados das Súmulas 479, STJ:

“As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”; e 28, STF: “O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista”, *mutatis mutandis*.

Como é sabido, a indenização por dano moral tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor de cometer novos atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado, nem excessiva, de gravame demasiado ao ofensor e geradora de enriquecimento sem causa para a vítima. Por esse motivo, a reparação há de ser fixada com temperança.

Nessa esteira:

A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso. (STJ, REsp 214.381/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 24/08/1999, DJ 29/11/1999, p. 171)

Desta forma, tendo em vista as circunstâncias da causa, e com esteio no critério da razoabilidade, na extensão do dano e sua repercussão na esfera moral, no nível socioeconômico da recorrida, e no porte econômico

do recorrente, concluo que a indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) cumpre, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de punir pelo ato ilícito cometido, com o fito de evitar futuras reiteraões e, de outro lado, a de reparar a vítima pelo sofrimento moral experimentado, estando em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos seguintes precedentes já citados acima: AgRg no AREsp 633.908/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 23/04/2015: indenização por dano moral: R\$ 8.000,00 (oito mil reais); REsp 1245550/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 16/04/2015: indenização por dano moral: R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Os danos materiais restaram comprovados nos autos, mediante a juntada dos respectivos extratos bancários.

Do exposto, conheço do apelo, para negar-lhe provimento, confirmando a sentença adversada em todos os seus termos.

É como voto.

PROCESSO: 0126281-34.2015.8.06.0001 - APELAÇÃO

APELANTE: ASSICLE TARCIANO BRAZ DE ALMEIDA

APELADO: ESTADO DO CEARÁ

RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO AOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR. DESLIGAMENTO DO CURSO DE FORMAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º. DO DECRETO 20.910/32. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Versa a presente demanda de Apelação Cível interposta por Assicle Tarciano Braz de Almeida em contrariedade a decisão oriunda do Juízo da Vara Única da Justiça Militar, que julgou extinto o processo em epígrafe em decorrência da alegada prescrição do direito do autor/apelante em ver-se reintegrado à Polícia Militar do Estado do Ceará.
2. Em exame ao conjunto probatório, observa-se Boletim do Comando Geral da Polícia Militar de 23 de janeiro de 1995, o qual especifica o desligamento do Recorrente do Curso de Formação de Soldados da Fileira em virtude do “não aproveitamento devido e necessário no referido curso”.
3. Somente em 01 de setembro de 2014, o postulante veio ao Poder Judiciário impetrar Mandado de Segurança de nº.0883108-58.2014.8.06.0001, da Relatoria da Exma. Des. Maria Iraneide Moura Silva, em que restou indeferida a petição inicial apresentada em face da inexistência de prova constituída a ser apresentada pelo Impetrante. Em sequência, ajuizou o recorrente a presente

Ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico, em 27 de janeiro de 2015, buscando novamente a reintegração ao cargo público do qual fora afastado.

4. Tendo como embasamento o conteúdo probatório e o exame da matéria pelo Juízo *a quo*, há que se considerar a incidência da prescrição quinquenal, nos termos do art. 1º, do Decreto nº. 20.910/32. Precedentes.

5. 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 julgá-lo improvido, nos termos do Voto da Eminente Relatora.

Fortaleza, 23 de agosto de 2017

RELATÓRIO

Versa a presente demanda de Apelação Cível interposta por Assicle Tarciano Braz de Almeida em contrariedade a decisão oriunda do Juízo da Vara Única da Justiça Militar, que julgou extinto o processo em epígrafe em decorrência da alegada prescrição do direito do autor/apelante em ver-se reintegrado à Polícia Militar do Estado do Ceará.

Nas razões de fls. 87/90, o recorrente sustenta não ter havido prescrição no caso em exame, afirmando que desde o seu desligamento dos quadros da Polícia Militar do Estado do Ceará vem pleiteado administrativamente ou judicialmente seu retorno, e cuja argumentação apresentada pelo Estado do Ceará levou a autoridade judiciária a erro, uma vez insubsistentes as condições elementares para a declaração de prescrição.

Ao término, roga pelo recebimento do apelo para que reforme a sentença proferida determinando-se a reintegração do apelante ao cargo de soldado da Polícia Militar do Estado do Ceará.

Em contrarrazões, o Estado do Ceará alega, preliminarmente, restar ausente procuração judicial do causídico, devendo-se observar o prazo legal para que se apresente procuração para validar os atos processuais elaborados.

No mérito, afirma que a pretensão da parte postulante encontra-se irremediavelmente prescrita, de acordo com o art. 1º, do Decreto Legislativo de nº. 20.910/32, que estabelece o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para ações que objetivem crédito ou direito contra a Fazenda Pública.

Relata que a prescrição atingiu o próprio fundo do direito perseguido, uma vez que o ato de desligamento do Apelante constituiu a sua pretensão, iniciando-se a partir de tal data o prazo prescricional.

Aponta a necessidade de realização de concurso público para ingresso ao cargo almejado uma vez que o Recorrente sequer obteve sucesso em Curso de Formação, tendo sido desligado em decorrência da falta de aproveitamento necessário em tal fase de seleção. Atesta a impossibilidade do postulante ser nomeado ao cargo em face da ausência de cumprimento dos requisitos necessários a investidura em cargo público e a falta de aprovação prévia em concurso público.

Em despacho de fl. 111, esta Relatoria determinou a juntada de procuração nos autos, nos moldes do art. 104, do CPC.

Petição anexa pelo Recorrente à fl. 113. Documentação solicitada juntada à fl. 114.

Por se tratar de demanda de interesse privado, inexistindo causa a justificar a intervenção do *Parquet* na presente lide, nos moldes do art. 178 do CPC, deixo de intimar o Ministério Público para manifestar-se no feito.

É o relatório.

VOTO

Com efeito, em relação à matéria recursal, cumpre a autoridade judicante investigar, antes que se adentre ao juízo de mérito, se há conformação da via eleita às exigências impostas pelo próprio processo, bem assim, se a

mesma atende aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos, gerais e específicos do recurso interposto, verdadeiras questões de ordem pública, assim como o cabimento, a legitimação, o interesse recursal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, a tempestividade, a regularidade formal e o preparo. Trago o escólio do Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e professor de Direito Processual Civil em diversas instituições de ensino, Dr. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara:

Assim sendo, todos os atos postulatórios devem ser apreciados em dois momentos distintos: admissibilidade e mérito. Dessa regra não fogem os recursos, que devem ser apreciados primeiramente quanto à admissibilidade e, sendo admitido o recurso, deve-se então passar ao exame de seu mérito. Vê-se, pois, que os recursos devem ser examinados preliminarmente quanto à admissibilidade e, apenas no caso de serem admissíveis é que terão seu conteúdo examinado. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Requisitos de admissibilidade dos recursos civis. Dos Recursos. V, v. 1, 2013).

O novo Código de Processo Civil já prescreve expressamente a aplicação das normas processuais no tempo, determinando a estrita observância aos atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Assim, sob as premissas acima descritas, e em exame preambular aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso que ora se demonstra, tenho por cumpridos os requisitos necessários para postulação intentada pelo recorrente.

Passamos ao exame das razões recursais.

A controvérsia exposta à análise deste Órgão Jurisdicional versa sobre a reintegração da parte agravada aos quadros da Polícia Militar do

estado do Ceará, em decorrência da anulação da Portaria de nº. 180/DP1, do dia 02 de janeiro de 1995.

Em exame ao conjunto probatório, observa-se Boletim do Comando Geral da Polícia Militar de 23 de janeiro de 1995, o qual especifica o desligamento do Recorrente do Curso de Formação de Soldados da Fileira em virtude do “não aproveitamento devido e necessário no referido curso”.

Somente em 01 de setembro de 2014, o postulante veio ao Poder Judiciário impetrar Mandado de Segurança contrapondo-se ao ato de desligamento. O Mandado de Segurança de nº. 0883108-58.2014.8.06.0001, fora distribuído a Relatoria da Exma. Desa. Maria Iraneide Moura Silva, em que restou indeferida a petição inicial apresentada em face da inexistência de prova constituída a ser apresentada pelo Impetrante, *in verbis*:

[...]

Com efeito, a meu sentir e ver, a presente segurança não transpõe o juízo de admissibilidade concernente à prova pré-constituída, senão vejamos.

Consoante explicitado alhures, é vetusta a lição de que o processo mandamental constrói-se mediante rito angusto, destituído de dilação probatória, de sorte que, o demandante deve necessariamente alicerçar a sua causa de pedir em prova pré-constituída por si próprio.

Nesse trilhar, alega o impetrante que a autoridade coatora praticou ato abusivo e ilegal, haja vista que o processo administrativo que lhe aplicou a penalidade de demissão baseou-se em denúncia anônima, bem como inobservou os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo, por isso, afirma, nulo de pleno direito.

Na hipótese *sub oculi* não há como verificar a alegada ilegalidade e abusividade perpetrada pela autoridade coatora, conseqüentemente a lesão a direito líquido e certo do impetrante, haja vista a vestibular do *writ of mandamus* não é instruída com a prova pré-constituída com vistas à aferição do ato administrativo supostamente ilegal, melhor dizendo, inexistente nos autos a cópia do processo administrativo em que foi aplicada a penalidade de demissão.

[...]

Em sequência, ajuizou o recorrente a presente Ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico, em 27 de janeiro de 2015, buscando novamente a reintegração ao cargo público do qual fora afastado. O Magistrado de Plano, titular da Vara Única da Justiça Militar do Estado do Ceará, reconheceu a prescrição administrativa, sob os seguintes ditames:

[...]

Compulsando os autos, constata-se que o ato administrativo atacado pelo autor fora levado a efeito no dia 1º de março de 1990, ingressando o autor com a presente ação no dia 07 de janeiro de 2015, ou seja, quase 20 (vinte) anos depois. A prescrição administrativa, na esfera do poder disciplinar, significa a impossibilidade de ser aplicada punição por parte da Administração Pública após o decurso de certo lapso de tempo, vigorando, portanto, no universo da estrutura organizacional do Estado, o princípio da prescritibilidade da sua pretensão punitiva. Não importa se o ato punitivo esteja eivado de nulidade por defeito de competência, de finalidade, de forma, de motivo, e defeito de objeto; o certo é que ocorre a prescrição, que a Administração não pode relevar. Em se tratando de relação jurídica que tem como parte a Fazenda Pública, o autor teria cinco anos para exercer seu direito de ação, a partir da data da violação de seu direito, segundo estabelece o art. 1º do Decreto nº 20.910/32, *in verbis*:

“Art 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

O autor somente ajuizou a presente demanda decorridos mais de vinte e cinco anos, o que importa reconhecer a prescrição do direito invocado diante do lapso temporal decorrido. Sobre o tema é importante destacar que prescrição quinquenal abrange tanto o ato nulo, quanto o anulável, por se tratar de instituto da prescrição administrativa, elemento fundamental e indispensável à estabilidade das relações entre o administrado

e a Administração e entre esta e seus servidores, consignando Clóvis Beviláqua que “a prescrição é uma regra de ordem, de harmonia e de paz imposta pela necessidade de certeza nas relações jurídicas” (Tratado Geral do Direito Civil, C ed., 1972, p. 310.).

E a prescrição não possui como finalidade apenas regular o ingresso de ações por parte dos interessados contra o poder público, funcionando também como freio a revogabilidade dos atos administrativos baixados quando o Poder Público, utilizando-se da faculdade do seu autocontrole, pretende revogar ou até mesmo anulá-los.

Tal raciocínio lógico depreende-se do próprio texto legal, visto que o artigo 2º do Decreto 20.910/32 impõe o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o exercício de “todo o direito”, sem exceção, conforme o princípio da igualdade, norma assente no capuz do art. 5º da C.F., a consumação do lapso prescricional é endereçada tanto para o ente público como também para o administrado.

[...]

Tendo como embasamento o conteúdo probatório e o exame da matéria pelo Juízo *a quo*, há que se considerar a incidência da prescrição quinquenal, nos termos do art. 1º, do Decreto nº. 20.910/32. Colaciono alguns recentes julgados desta Corte de Justiça em que se perfilha do mesmo entendimento:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EXONERAÇÃO DE SERVIDORES E CONSEQUENTE SUPRESSÃO DE VENCIMENTOS. PLEITO DE REINTEGRAÇÃO E CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS REFERENTES AO PERÍODO DO AFASTAMENTO. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 1º DO DECRETO Nº 20.910/1932. APELO DESPROVIDO.

1. Tratando-se de ação que visa assegurar a reintegração dos promoventes ao quadro funcional do Município de Caucaia, caberia aos prejudicados intentar a demanda dentro do quinquênio seguinte à data da exoneração, sob pena de ver o seu direito prescrito, consoante estipulado no art. 1º do Decreto 20.910/1932.

2. *In casu*, está claramente demonstrada a ocorrência da prescrição, pois, apesar de terem sido tacitamente exonerados em fevereiro de 1997, quando deixaram de receber a remuneração relativa ao cargo que até então exerciam, os recorrentes somente manejaram a presente ação ordinária em 2012, ou seja, mais de 10 (dez) anos após a exoneração e consequente supressão dos seus vencimentos.

3. Apelação conhecida e desprovida, sem condenação em honorários recursais (Enunciado administrativo nº 7, STJ). (0036488-60.2013.8.06.0064 – Apelação, Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; Comarca: Caucaia; Órgão julgador: 1ª Câmara Direito Público; Data do julgamento: 23/01/2017; Data de registro: 23/01/2017).

DIREITO PÚBLICO. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO. PM/CE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL VERIFICADA. RECURSOS VOLUNTÁRIO E NECESSÁRIO CONHECIDOS PROVIDOS.

1. Cuida-se de Recurso de Apelação e Reexame Necessário em face de sentença de mérito que concedeu a segurança pleiteada pelo apelado, consistente na sua reintegração ao cargo de policial militar, tendo em vista não terem sido observados os princípios do contraditório e da ampla defesa no procedimento administrativo-disciplinar que o licenciou “ex-officio” do cargo. Alega o apelante, preliminarmente, a prescrição do direito em discussão, tendo em vista ter decorrido mais de cinco anos entre o afastamento do impetrante e o ingresso do presente *mandamus*. No mérito, refere-se a legalidade do procedimento administrativo-disciplinar.

2. Inicialmente, cumpre referir-se à prejudicial de prescrição do direito do impetrante. Em análise aos documentos acostados aos autos pelas partes, constata-se ter sido o impetrante/recorrido licenciado de ofício pelo Comando da PM em 19/07/1993, conforme Boletim do Comando Geral nº 134. Contudo, somente em 01/02/2002 ingressou ele com a presente Ação Mandamental no intuito de anular o respectivo procedimento administrativo disciplinar.

3. Merece acolhida a prejudicial de prescrição do direito autoral, tendo em vista o decurso de quase mais de cinco anos desde o licenciamento de ofício até o ingresso do presente *mandamus*. Por conseguinte, resta prescrita a pretensão autoral. Precedentes.

4. Conheço a Apelação Cível e o Reexame Necessário para dar-lhes provimento, cassando a sentença recorrida e acolhendo a prejudicial de prescrição do direito autoral, extinguindo o feito com apreciação do mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC/15.

(0586872-19.2000.8.06.0001 – Apelação, Relator(a): PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Direito Público; Data do julgamento: 07/11/2016; Data de registro: 08/11/2016).

Nestes termos, não há que se afastar a cognição do Magistrado de plano, uma vez que a pretensão de reintegração às fileiras milicianas, pois o termo inicial da prescrição observa a teoria da *actio nata*, em sua feição subjetiva, devendo ser contado a partir do conhecimento da violação ou da lesão ao direito subjetivo, o que ocorreu quando da publicação da demissão do autor em 23 de janeiro de 1995. Vide-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. POLICIAL MILITAR. ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DE DEMISSÃO OCORRIDO NO ANO DE 1991. AÇÃO ORDINÁRIA MANEJADA NO ANO DE 2009. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR DESPROVIDO.

1. O art. 174 da Lei 8.112/1990, disciplinando a revisão do Processo Administrativo, estabeleceu que este poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

2. Ocorre que, no caso dos autos, como consignado pelo Tribunal de origem, a parte autora limita-se a sustentar a

nulidade do PAD, por suposta violação ao contraditório e a ampla defesa e por ausência de parecer técnico.

3. Não há qualquer demonstração que tais alegações caracterizem-se como fatos novos, desconhecidos ao tempo do processo disciplinar ou que não poderiam ser alegados à época, evidenciando-se a intenção de rever, de forma indireta, penalidade aplicada há quase 20 anos.

4. O julgado estadual não se afastou do entendimento desta Corte de que, mesmo em se tratando de ato administrativo nulo, não há como afastar a prescrição quinquenal para a propositura da ação em que se pretende a reintegração de Policial Militar. Precedentes: AgRg no REsp. 1.323.442/AM, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.8.2012 e AgRg no AREsp. 750.819/GO, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 25.9.2015.

5. Agravo Interno do particular desprovido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1340026/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 27/03/2017).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECUSO ESPECIAL. MILITAR. REINTEGRAÇÃO. PROCESSO DISCIPLINAR. ACÓRDÃO RECORRIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADO. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. No tocante ao art. 535 do CPC, inexistente a violação apontada. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada.

2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte de que, mesmo em se tratando de ato administrativo nulo, não é possível afastar o reconhecimento da prescrição de fundo de direito se decorridos mais de 5 anos entre o ato administrativo que se busca anular e a propositura da ação. Precedentes: AgRg no AREsp 750.819/GO, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 25.9.2015; AgRg no

AREsp 470.175/PE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 14.4.2014; AgRg no AREsp 451.683/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 27.3.2014 e AgRg no AREsp 366.866/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 12.11.2013.

3. Decorridos mais de 13 anos entre a exclusão do Militar e o ajuizamento da ação de revisão, impõe-se o reconhecimento da ocorrência da prescrição de fundo de direito.

4. Agravo Interno desprovido.

(AgInt no AREsp 273.298/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/09/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO DA CORPORAÇÃO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. PRECEDENTES DO STJ.

1. O Tribunal de origem não se pronunciou sobre a matéria versada nos arts. 145, III do CCB/1916, 200 do CCB/2002, apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração. Nesse contexto, caberia à parte recorrente, nas razões do apelo especial, indicar ofensa ao art. 535 do CPC, alegando a existência de possível omissão, providência da qual não se desincumbiu. Incide, pois, o óbice da Súmula 211/STJ (“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.”).

2. O julgado estadual não se afastou do entendimento desta Corte no sentido de que, mesmo em se tratando de ato administrativo nulo, não há como afastar a prescrição quinquenal para a propositura da ação em que se pretende a reintegração de policial militar (AgRg no REsp 1.323.442/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 22/08/2012).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 750.819/GO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 25/09/2015).

Por estas razões, CONHEÇO do presente recurso, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO mantendo a decisão vergastada em todos os seus termos, de modo a reconhecer a prescrição administrativa em face da pretensão de reintegração do Recorrente, nos termos do art. 1º, do Decreto nº. 20.910/32.

É como voto.

Fortaleza, 23 de agosto de 2017.

PROCESSO: 0456760-59.2000.8.06.0001.

APELAÇÃO.

APELANTE: AURILENE SARAIVA RAMOS SOARES.

APELANTE: PAULO MARCOS BANTIM SOARES.

APELANTE: AURILEIDE RAMOS BARBOSA.

APELANTE: JULIERME GOMES BARBOSA.

APELANTE: GABRIEL SALES QUEIROZ, REPRESENTADO POR
DAIENA SALES QUEIROZ.

APELADA: MARIA IRACEMA CARVALHO SAMPAIO.

APELADA: CRISTIANE CARVALHO SAMPAIO.

APELADA: JOSÉ EDWARD SAMPAIO JUNIOR.

APELADA: TÉRCIA CARVALHO SAMPAIO.

APELADA: ELIANE CARVALHO SAMPAIO.

APELADO: JOSÉ SÁVIO DE OLIVEIRA CÂMARA.

APELADO: ELAYNE WEYNE GALVÃO.

APELADO: ARIOSVALDO GADELHA DE OLIVEIRA.

APELADA: MARIA DO SOCORRO PEREIRA SILVA.

APELADA: ANA GLAÚCIA CAVALHO GADELHA.

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CIVIL. APELAÇÃO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TRANSMISSÃO DA POSSE PELO ANTIGO POSSUIDOR A SEUS HERDEIROS. SUCESSÃO CAUSA MORTIS. PRINCÍPIO DA SAISINE. INEXISTÊNCIA DE MEAÇÃO. CASAMENTO REALIZADO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. MAIOR DE SESENTA ANOS. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. MERA PERMISSÃO DOS SUCESSORES FINDA COM A MORTE DO CÔNJUGE VIRAGO. RECUSA DOS OCUPANTES EM DEIXAR O IMÓVEL. ESBULHO CONFIGURADO. POSSE INJUSTA

E PRECÁRIA. ART. 927, CPC. REQUISITOS ATENDIDOS. PERDAS E DANOS. ALUGUÉIS. EXIGÊNCIA DESDE A CIÊNCIA INEQUÍVOCA DOS OCUPANTES DA VONTADE DE RETOMAR O BEM. RECURSO DESPROVIDO.

1- Ante o princípio da *saisine* (art. 1784, CC/2002, correspondente ao art. 1.572, CC/1916), com a morte do titular do direito há a transmissão imediata e automática da posse e domínio dos bens e dos direitos aos herdeiros, independentemente de inventário ou partilha.

2- A posse que detinha o *de cujus* sobre o imóvel em questão passou, em decorrência da sucessão, a seus herdeiros, visto a inexistência de meação por disposição legal do regime de bens do casamento do maior de 60 (sessenta) anos. Desde então, até o falecimento do cônjuge sobrevivente, resta evidenciada nos autos a mera permissão com base na confiança, que não induz à posse (art. 497, CC/1916), resultando na permanência da viúva durante sua velhice no imóvel em disputa, a qual cessou com a notificação judicial para a desocupação após o óbito daquela.

3- O esbulho, a sua data e a perda da posse estão suficientemente demonstrados nos autos, mediante a resistência dos apelantes em desocupar voluntariamente o imóvel após o prazo contido na notificação judicial, além do ajuizamento – por aqueles – de ação para o reconhecimento da posse *ad usucapionem*, posteriormente julgada improcedente. Atendidos os requisitos do art. 927, CPC e configurada a posse injusta e precária dos apelantes, não há reparos a serem feitos à sentença

quanto ao direito à reintegração de posse dos recorridos.

4- É válida a notificação judicial para a desocupação do imóvel realizada por Oficial de Justiça na pessoa que atualmente o ocupa, a despeito de aquela a quem é originalmente dirigida restar ausente. Suficientemente comprovada a comunicação da vontade de retomar o bem, pois houve a ciência inequívoca do fim da liberalidade. A condenação ao pagamento de alugueres após 30 (trinta) dias a contar da notificação constitui indenização por perdas e danos decorrente da indisponibilidade do bem pelos legítimos possuidores, em virtude do esbulho.

5- Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e decisão unânime, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 10 de novembro de 2015

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Aurilene Saraiva Ramos Soares e outros, contra a sentença do Juiz de Direito Fernando César Barbosa de Souza, da 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, na qual, em sede de ação de reintegração de posse com pedido de liminar (Proc. 0456760-59.2000.8.06.0001) ajuizada por Maria Iracema Carvalho Sampaio e outros, **julgou procedente o pedido inicial**, em face da comprovação nos autos

de que o imóvel em disputa pertence aos herdeiros de Francisco Leopoldo de Oliveira, além de condenar os ora apelantes em verba honorária fixada em 10% (dez por cento) do valor da causa, atualizada pelo INPC desde a citação, excetuadas as custas judiciais, por serem beneficiários da gratuidade da justiça os sucumbentes, ora recorrentes.

Também determinou o MM. Juiz a expedição de mandado de reintegração de posse, independentemente do trânsito em julgado do decisório, e condenou os réus ao pagamento, como perdas e danos, do aluguel mensal arbitrado em R\$ 200,00 (duzentos reais), a partir do prazo de trinta (30) dias da notificação judicial dos ocupantes do imóvel, ocorrida em 07.12.1998, com correção pelo INPC e juros de mora de 0,5 % (meio por cento), a ser apurado em liquidação de sentença (p. 264-270).

Em razões recursais (p. 277-284), asserem os apelantes a contrariedade da sentença à prova dos autos, uma vez que são herdeiros e sucessores de Berenice de Queiroz Ramos, filha de Hedwirges de Queiroz Saraiva (ou Hedwirges de Queiroz Oliveira, nome adotado após casada de 28.06.1958 até 02.07.1988 sob o regime de comunhão de bens com Francisco Leopoldo Oliveira).

Esclarecem que após a morte de Francisco Leopoldo Oliveira, em 02.07.1988, a viúva Hedwirges de Queiroz Oliveira continuou a ter o imóvel sob sua posse, sem oposição, *animus domini*, até seu falecimento em 08.04.1997, momento em que a posse do bem em comento passou a sua filha Berenice de Queiroz Ramos até 13.05.1999, data de sua morte.

Pugnam, assim, pelo reconhecimento da ocorrência da prescrição aquisitiva para fins de usucapião (arts. 550 a 552, CC/1916) após o falecimento de Francisco Leopoldo Oliveira, é dizer, desde 02.07.1988 (p. 28), quando deixou de ser obrigacional, tornando-se de fato a posse exercida pela viúva Hedwirges Queiroz de Oliveira e, por conseguinte, a de sua herdeira Berenice Queiroz Ramos.

Referem que, aberta a sucessão com a morte de Francisco Leopoldo Oliveira, seus filhos e únicos herdeiros Maria Iracema Carvalho Sampaio e Ari Oswaldo Carvalho de Oliveira jamais reclamaram a posse do imóvel, mesmo após a *saisine* e durante os dez anos que se seguiram.

Defendem que a condenação em perdas e danos, consoante a sentença, tem como marco inicial uma notificação judicial realizada em 07.12.1998 (p. 22-23), mas que dita comunicação não foi realizada na pessoa de Berenice Saraiva Ramos, a quem se destinava o ato originalmente, mas a ocupantes não nominados, de modo a não se poder levá-la em consideração para impor encargos aos recorrentes sucessores de Berenice Saraiva Ramos.

Explicitam litigar sob os auspícios da gratuidade judiciária, de sorte que não caberia condená-los em verba honorária.

Por fim, requerem a reforma do *decisum* de primeiro grau.

Intimados a contra-arrazoar (p. 291, 292), os apelados o fizeram às p. 295-302, ao afirmar haver existido, na hipótese, contrato verbal de comodato a título gratuito, o que se tornou incontroverso nos autos, de maneira que os recorridos tiveram de manejar a respectiva ação de reintegração de posse ante a recusa dos comodatários de entregar a coisa, a configurar o esbulho possessório com a efetiva notificação judicial.

Aduzem constar dos autos do Proc. 98.02.31157-0 (usucapião), em curso na 30ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, conforme declarações de Edson Saraiva do Nascimento, de José Jairo de Moura e de Aurilene Saraiva Ramos Soares que a Sra. Berenice de Queiroz Ramos recebeu, sim, notificação judicial para desocupar o imóvel descrito na ação de reintegração, restando preclusa tal matéria em face do silêncio da contraparte.

Pugnam pela manutenção do julgado.

Em parecer de p. 325-329, a representante do Ministério Público opinou pelo desprovemento do apelo.

É o relatório.

Ao e. Desembargador-Revisor.

VOTO

Conheço do apelo, presentes os requisitos de admissão.

O *thema decidendum* gira em torno da discussão, no âmbito de ação de reintegração, quanto ao direito à posse dos apelados, herdeiros de

Francisco Leopoldo de Oliveira, ou dos apelantes, sucessores de Hedwirges de Queiroz Oliveira, falecida esposa de Francisco Leopoldo de Oliveira.

Infere-se dos autos que Francisco Leopoldo de Oliveira tinha primitivamente a posse do imóvel em comunhão com sua esposa Filismina Sousa Oliveira – legítima proprietária do bem em questão, a qual não deixou descendência. Com sua morte, o cônjuge varão supérstite manteve-se na posse do imóvel, inclusive depois do falecimento de sua segunda esposa Iracema Carvalho Oliveira, quando contraiu novas e terceiras núpcias com Hedwirges de Queiroz Saraiva (que passou a chamar-se Hedwirges de Queiroz Oliveira após o casamento, de 28.06.1958 até **02.07.1988**, data da morte de Francisco Leopoldo Oliveira; certidão de óbito à p. 28, não tendo sido aberto inventário).

Quando do terceiro casamento, Francisco Leopoldo Oliveira, nascido em 22.01.1898, **contava 60 (sessenta) anos de idade** (*vide* art. 258, p. ún. e incisos I e II, CC/1916), sendo cogente por disposição legal o **regime de separação de bens, a afastar a possibilidade de meação**.

Desde então e até sua morte, em **08.04.1997**, o cônjuge sobrevivente Hedwirges de Queiroz Oliveira habitou o imóvel em comento, na companhia de sua filha Berenice de Queiroz Ramos (enteada de Francisco Leopoldo Oliveira) e até o casamento desta última, em 1984, quando tornou a residir com a genitora somente em 1996, para dela cuidar em vista de seu precário estado de saúde.

Falecida Hedwirges de Queiroz Oliveira, os apelados, filhos do segundo casamento de Francisco Leopoldo Oliveira, interpuseram, outubro de 1998, notificação judicial em face de Berenice de Queiroz Ramos, para que deixasse o imóvel; em 26.11.1999, ajuizaram a presente ação de reintegração de posse.

Como sabido, ante o princípio da *saisine* (art. 1784 do Código Civil, correspondente ao artigo 1.572 do Código Civil de 1916), com a morte do titular do direito, há a transmissão, **imediata e automática**, da posse e domínio dos bens e dos direitos aos herdeiros, independentemente de inventário ou partilha.

Contudo, os herdeiros, neste primeiro momento, entrarão na posse indireta dos bens transmitidos, se a posse direta estiver a cargo de quem

detém a posse de fato dos bens deixados pelo *de cujus* ou do inventariante, a depender da existência ou não de inventário aberto.

Desse modo, com o falecimento de Francisco Leopoldo Oliveira, a posse que detinha o *de cujus* sobre o imóvel em questão passou, em decorrência da sucessão, a seus herdeiros, visto a inexistência de meação por disposição legal do regime de bens do casamento do maior de 60 (sessenta) anos. Desde então, até o falecimento do cônjuge sobrevivente, resta evidenciada nos autos a mera permissão com base na confiança, que não induz a posse (art. 497, CC/1916), resultando na permanência da viúva durante sua velhice no imóvel em disputa, a qual cessou com a notificação judicial para a desocupação após o óbito daquela.

A propósito:

DIREITO CIVIL. POSSE. MORTE DO AUTOR DA HERANÇA. SAISINE. AQUISIÇÃO EX LEGE. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO FÁTICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Modos de aquisição da posse. Forma *ex lege*: Morte do autor da herança. Não obstante a caracterização da posse como poder fático sobre a coisa, o ordenamento jurídico reconhece, também, a obtenção deste direito na forma do art. 1.572 do Código Civil de 1916, em virtude do princípio da *saisine*, que confere a transmissão da posse, ainda que indireta, aos herdeiros, independentemente de qualquer outra circunstância.

2. A proteção possessória não reclama qualificação especial para o seu exercício, uma vez que a posse civil – decorrente da sucessão –, tem as mesmas garantias que a posse oriunda do art. 485 do Código Civil de 1916, pois, embora, desprovida de elementos marcantes do conceito tradicional, é tida como posse, e a sua proteção é, indubitavelmente, reclamada.

3. A transmissão da posse ao herdeiro se dá *ex lege*. O exercício fático da posse não é requisito essencial, para que este tenha direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbacão ou esbulho, tendo em vista que a transmissão da posse (seja ela direta ou indireta) dos bens da herança se dá *ope legis*, independentemente da prática de qualquer outro ato.

4. Recurso especial a que se dá provimento.

(STJ, REsp 537.363/RS, Relator Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 07/05/2010).

Resta evidente, a partir da prova testemunhal, que a posse exercida pelos recorrentes era injusta e precária, além da simples permissão dos herdeiros para que o cônjuge virago permanecesse no imóvel até sua morte, *in verbis*:

EDSON SARAIVA DO NASCIMENTO (p. 75; 136-137)
[...] que não tem parentesco com nenhuma das partes, nem interesse na causa; que conhece a casa questionada desde os seus dois anos de idade; que a casa em questão pertencia ao Sr. Francisco Leopoldo de Oliveira, até a sua morte, que não lembra com exatidão, mas acha que o Sr. Leopoldo morreu há cerca de sete anos; que quando do falecimento, Leopoldo morava na casa com sua mulher de nome Edvirgens; que **era avó do declarante**; que com o falecimento de Leopoldo, ficaram de posse da casa, sua mulher, Edvirgens, sua filha Berenice e o marido desta de nome Minervino; que o depoente é neto de D. Edvirgens; que D. Edvirgens também faleceu, ficando na casa D. Berenice; que D. Berenice também já faleceu; com a morte de D. Berenice, há mais ou menos um ano, a casa ficou na posse de uma filha dela, de nome Aurilene, **que veio para a casa cuidar da mãe que estava doente**; que com a morte de D. Berenice, Aurilene ficou morando na casa e ainda mora até hoje, juntamente com uma outra irmã, de nome Aurileide, que divide a casa com ela; que os autores nunca moraram na casa em questão, **embora sempre fossem lá visitar o pai, quando em vida**. [...] que o imóvel em questão não era emprestado a D. Berenice.

[...] que o único interesse nesta causa é que resolvam logo; que é primo legítimo de Aurilene e Aurileide Saraiva, promovidas na ação; que mora neste terreno desde 1957, mais ou menos, passando apenas um ano fora; que ali foram construídas duas casas; que numa delas morou Francisco Leopoldo e dona Eduvirges, esta avó do depoente; que Leopoldo morreu primeiro; que Eduvirges continuou morando lá e quando

adoeceu, **a tia do depoente chamada Berenice foi para a companhia da mãe dela Eduvirges para dar-lhe assistência;** que não lembra o ano em que Berenice foi morar com sua mãe Eduvirges; que Berenice e seu marido Minervino foram morar ali, levando o filho Benício, ainda pequeno; que não sabe a idade de Benício; que dona Eduvirges morreu, não lembrando a data e Berenice continuou morando só com o filho Benício, pois Minervino morreria antes de Eduvirges; que na época, os outros filhos de Eduvirges eram casados, quais sejam Aurilene, Aurileide e Benaías; que após a morte de Berenice, as duas filhas foram morar com marido e filhos, todos juntos na mesma casa, a qual dividiram no meio para acomodá-los; que Minervino e Berenice tinham uma casa no bairro Presidente Kennedy e **Leopoldo, na época casado com Eduvirges, mãe de Berenice, permitiu que esta, o marido e o filho viessem morar ali enquanto terminavam a reforma da casa deles; que daí em diante o casal Berenice e Minervino não saiu mais da casa; que Aurilene foi morar na casa quando a mãe Berenice ainda viva, e Aurileide só veio depois da morte da mãe; que os autores são filhos de Francisco Leopoldo de Oliveira com outra mulher de nome Iracema; que quando o depoente era pequeno, Maria Iracema, co-autora, morou no imóvel com o pai e a segunda mulher dele; que sempre Maria Iracema andava por lá, mesmo depois da morte de seu pai, Francisco Leopoldo, e ainda hoje anda; que não lembra quanto tempo Maria Iracema morou lá, pois o depoente era pequeno; que o terreno foi adquirido por Francisco Leopoldo o qual construiu a casa; que quando casou com Eduvirges, avô do depoente, a casa já existia, pois o depoente foi morar lá com dois anos de idade, estando atualmente com quarenta e cinco anos; que com a morte de Berenice, quem ficou na casa foi Aurilene, o marido e os filhos, permanendo até hoje; que desconhece se dona Berenice foi alguma vez notificada judicialmente para desocupar o imóvel; que depois da morte de Berenice, os autores tentaram um acordo com Aurilene pois pretendiam vender-lhe os direitos do imóvel, mas sequer discutiram o preço; que não sabe o motivo da recusa de Aurilene; que ouviu muitas vezes o senhor Leopoldo dizer que depois da morte dele a casa ficaria para os filhos Maria Iracema e Ari**

Oswaldo; que dona Eduvirges, avó do depoente, não era contra porque pensava em receber alguma compensação dos filhos de Leopoldo; que dona Berenice sabia disso, bem como Aurilene e Aurileide; que Eduvirges e Leopoldo não tiveram filhos, sendo Berenice filha de Eduvirges com outro esposo; que nunca ouviu Berenice falar que iria pedir o usucapião do imóvel, pois todos sabiam que tinha dono; que depois da morte de Berenice, só houve benfeitorias realizadas por Paulo e Aurilene; que eles fizeram parede divisória para acomodar Aurileide e a família; que a casa onde morou Aurileide está desocupada; que Paulo tem um comércio na parte da frente de onde mora. [...] que nos últimos vinte anos, nenhum dos autores teve posse no imóvel; que o depoente comprou o imóvel onde mora ao avô Leopoldo; que a compra não está regularizada por condição financeira e também pela briga na divisão deste terreno; que acha que se tivesse condições financeiras, a família lhe autorizaria a regularizar o imóvel; que Aurilene e Aurileide não nasceram no imóvel.

RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS (p. 76)

[...] que não tem parentesco com nenhuma das partes, nem interesse na causa; que conhece o terreno em questão; que o terreno fica localizado na Rua Porfírio Sampaio, não lembrando o número; que não sabe a área do terreno; que conhece o terreno em questão desde a ano de 1949; que o terreno pertencia ao Sr. Leopoldo até a sua morte; **que o Sr. Leopoldo morreu há mais ou menos dois anos; que o Sr. Leopoldo sempre falava que com a sua morte o terreno ficaria para as duas filhas suas, do primeiro casamento**, cujos nomes não lembra, mas **identifica uma delas como sendo a autora que aqui está**; que no terreno em questão existe uma casa residencial onde o Sr. Leopoldo viveu até a morte; que ao morrer o Sr. Leopoldo estava vivendo com a terceira mulher, cujo nome não lembra; que essa terceira mulher do Sr. Leopoldo, cujo nome não lembra, foi quem ficou morando no imóvel após a morte dele; que a mulher tinha uma filha que não era do Sr. Leopoldo; que a mulher ficou morando com a filha em casa; que tanto a terceira mulher como a sua filha também já faleceram; **que com a morte da terceira mulher**

e de sua filha, a casa foi ocupada pelas netas da terceira mulher em número de duas, cujos nomes não lembra; [...] segundo ouviu falar, o Sr. Leopoldo havia emprestado a casa a filha da terceira mulher, de nome Berenice; que não tem conhecimento que D. Berenice falou que iria entrar com ação de usucapião [...] não tem conhecimento que os autores tenham morado no imóvel alguma vez; que no imóvel tem apenas uma casa; que antes havia um quartinho ao lado, que foi vendido pelo finado, quando em vida, para um neto seu; que conheceu o Sr. Minervino, que era casado com D. Berenice (filha da terceira mulher); que o Sr. Minervino tinha um pequeno boteco na Rua Pe. Cícero e com a morte do Sr. Leopoldo, ele levou o boteco para a casa em questão, onde ficou morando com a mulher e a sogra.

HELOÍNA MARIA DE CASTRO NASCIMENTO (p. 138-139) [...] que Berenice, filha de dona Eduvirges, pediu ao senhor Leopoldo para morar lá enquanto reformavam ajeitava a casa dela, com problemas de alagamento; que foram para lá Berenice, o marido Minervino e o filho Benício, isso há mais ou menos quinze anos; [...] que Minervino morreu antes de Leopoldo e Eduvirges; que Berenice continuou na casa, **mas sabendo que era de Maria Iracema e Ari Osvaldo**, pois seu Leopoldo sempre deixou isso muito claro, ou seja, que quando morresse, a casa seria dos filhos dele; que seu Leopoldo pedia aos filhos para Eduvirges morar lá até morrer; que depois da morte de Eduvirges, Maria Iracema procurou acordo com Berenice no sentido de dividirem a casa, chegando a propor comprar outra menor para resolver o problema com ela; que Berenice ouvia os filhos, Aurilene, Aurileide e Benaías, mas esses não quiseram acordo; que nunca Berenice recebeu notificação para entregar o imóvel, que nunca ouviu Berenice dizer que ia entrar com usucapião do imóvel, e só houve isso quando ela estava muito doente; que os filhos de Leopoldo, Maria Iracema e Ari Osvaldo, sempre deram assistência ao pai, inclusive com a ajuda da depoente; que antes de casar, tanto Maria Iracema quanto Ari Osvaldo moraram lá; que Aurilene foi morar na casa quando Berenice, mãe dela, adoeceu e continua lá até hoje; que já faz uns quatro anos que Aurilene mora lá com o marido e filhos; que antes moravam num

apartamento no conjunto Esperança; que Aurileide também morou na casa depois que Berenice morreu; que para isso, Aurilene e Aurileide dividiram a casa; que atualmente só Aurilene mora lá; que o casal Leopoldo e Eduvirges não tiveram filhos; [...] que há pouco tempo, Paulo, marido de Aurilene, colocou um comércio no imóvel, onde vende pastéis; que Aurilene e Paulo fizeram parede divisória no imóvel, se é benfeitoria [...] que quando Maria Iracema e Ari Osvaldo moraram no imóvel, a depoente sequer era nascida e sabe disso por informação do pai deles, o senhor Leopoldo; que não regularizaram a compra do imóvel enquanto senhor Leopoldo era vivo, por descuido; que atualmente há necessidade de desmembrar o terreno para obter o documento, que Maria Iracema e Ari não se negavam a passar o documento do imóvel.

MARIA ANGELINA QUEIROZ DOS SANTOS (p. 140-141) [...] que não tem interesse na causa; que mora na rua Porfírio Sampaio desde 1950 e por isso conheceu seu Leopoldo e as falecidas esposas, Felismina e Eduvirges; que Leopoldo só teve filhos do primeiro matrimônio, no caso Iracema e Ari, ignorando o nome da mãe deles; que Leopoldo e Felismina compraram o terreno e construíram a casa; que ele ficou viúvo e casou-se com dona Eduvirges, indo morar na mesma casa; que Berenice era filha de dona Eduvirges e morou ali com a mãe antes de casar; que depois de casa Berenice foi morar na rua Pe. Cícero e depois voltou para morar com a mãe, trazendo o marido Minervino e o filho Benício, este com mais ou menos dois anos de idade; que o casal veio morar ali porque houve problemas na casa dele; que Aurilene foi morar na casa quando ainda vivas Eduvirges e Berenice, isso porque a mãe dela enviuvou; que a depoente ouviu seu Leopoldo dizer que por morte dele, o imóvel era pra ficar com os filhos Iracema e Ari, e dona Eduvirges sabia disso, ignorando se Berenice tinha conhecimento; que a depoente se dava bem com Berenice desde quando ela era moça; **que soube que Iracema, filha do senhor Leopoldo, depois da morte de dona Eduvirges, procurou Berenice para fazer acordo; que a proposta de Iracema era vender a parte dela para Berenice; que desconhece o motivo de não haver acordo; que Aurilene e o marido moram no imóvel desde antes da mãe dela morrer; que isso ocorreu quando Berenice adoeceu e Aurilene continua lá até hoje; [...]**

Eis o entendimento doutrinário sobre a mera permissão ou tolerância, características da posse precária exercida pelos apelantes, *in verbis*:

O papel da vontade torna-se importante para proceder à distinção entre posse e detenção.

Ensina Adroaldo Furtado Fabrício ser a atitude psicológica daquele que possui, diante da coisa e diante do alter, diversa daquela de quem simplesmente detém. O possuidor tem consciência de exercitar por si mesmo, independentemente da vontade de outrem, os poderes inerentes ao domínio: ainda que se trate de posse derivada, e ele reconheça a posse mediata de outrem, tem noção dos limites em que o exercício de seus poderes não conflita com os inerentes à posse indireta.

O simples detentor, ao contrário, tem consciência de estar a serviço da posse de outrem, e de que os poderes que exerce não são seus, mas alheios; ou de achar-se à mercê da vontade do possuidor no respeitante à continuidade ou não da detenção. A consciência da submissão à vontade de outrem é a nota distintiva.

Falta ao detentor a vontade de deter a coisa como se fosse dono (*affectio tenendi*), ânimo ínsito no espírito do possuidor e sem a interferência de outrem para o exercício da posse.

O Código Civil define o detentor como aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas (art. 1.198).

Na doutrina alemã o detentor é o chamado fâmulos da posse e ainda gestor da posse, detentor dependente e servidor da posse. O parágrafo único contém presunção *iuris tantum*, **impondo ao detentor ônus contrário, isto é, deve ele provar que a sua posse não constitui detenção.**

(RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. v. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 724-725).

Enquanto permitida a relação com a coisa, não há esbulho. **Suprimida a permissão ou tolerância, abre-se ensanча à defesa da turbação, que então passa a existir.**

[...]

A mera permissão ou tolerância não podem converter-se em posse.

(VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 98-99).

Os atos de mera permissão ou tolerância não se prestam para constituir a posse. É o que promanava o art. 497 do Código de 1916, e se encontra no art. 1.208 do atual Código: “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”.

Da regra acima **deparamo-nos com duas espécies de atos que não formam a posse. A primeira é relativa aos atos de simples permissão ou tolerância.** Ou seja, diz respeito aos atos que formam a detenção. Exemplos claros desta classe são a permissão para a passagem em terreno alheio, **a ocupação de uma moradia por determinado tempo**, e a utilização de uma fonte de água alheia.

O proprietário ou qualquer pessoa que seja titular de um direito sobre uma coisa permite que outrem tire proveito desta coisa, mais ou menos limitadamente, sem com isso renunciar ao seu direito, como explica Astolpho Rezende, fornecendo os seguintes exemplos: “A relação que com essa permissão se constitui é assemelhada ao precário, porquanto os atos que o vizinho, por exemplo, tolera por cortesia, familiaridade ou relações de boa vizinhança, pressupõem sempre uma permissão revogável ao arbitrio do que a conferiu. Assim, aquele que permite a um outro passar pelo seu terreno, tirar água na sua fonte, gozar da sombra de suas árvores etc., entende-se que concede estas vantagens por mero favor, e, portanto, que reservou o direito de retirar a sua permissão quando julgue não dever mantê-la; e ao que usufrui esta permissão entende que pratica tais atos só e enquanto tem a permissão daquele que lha’s pode vedar”.

(RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 38).

Consoante dispõe o art. 927, CPC, “Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse; II - a turbação ou esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração”.

O esbulho, a sua data e a perda da posse estão suficientemente demonstrados nos autos, mediante a resistência dos apelantes em desocupar voluntariamente o imóvel após o prazo contido na notificação judicial, além do ajuizamento – por aqueles – de ação para o reconhecimento da posse *ad usucapionem*, posteriormente julgada improcedente.

A reintegração é instituto possessório que visa à restituição da posse em favor daquele que tenha sido privado do poder físico sobre a coisa, em virtude de ato de esbulho praticado por terceiro, como se infere da dicção do art. 1.210 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, **restituído no de esbulho**, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

A esse respeito, ensinam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal:

[...] A pretensão contida na ação de reintegração de posse é a reposição do possuidor à situação pregressa ao ato de exclusão da posse, recuperando o poder fático de ingerência socioeconômica sobre a coisa. Não é suficiente o incômodo e a perturbação; essencial é que a agressão provoque a perda da possibilidade de controle e atuação material no bem antes possuído. Na dicção do art. 926, do Código de Processo Civil, “o possuidor tem direito de ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho”.

[...]

Frise-se que o esbulho não é apenas consequente a um ato de força ou ameaça contra a pessoa do possuidor ou de seus detentores. Seu espectro é mais amplo e abarca as situações em que a posse é subtraída por qualquer dos vícios objetivos, enumerados no art. 1.200 do Código civil. Vale dizer: violência, precariedade e clandestinidade. (Cf. *Direito reais*. 6ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 126).

Atendidos os requisitos do art. 927, CPC e configurada a posse injusta e precária dos apelantes, não há reparos a serem feitos à sentença quanto ao direito à reintegração de posse dos recorridos.

Com respeito à condenação em perdas e danos na forma de aluguéis mensais devidos a partir do término do prazo de trinta (30) dias da notificação judicial dos ocupantes do imóvel (ocorrida em 07.12.1998), corrigida pelo INPC e com juros de mora de 0,5% (meio por cento), **a ser apurada em liquidação de sentença, entendendo de todo acertada** a decisão, porque em consonância com a jurisprudência pátria e com princípios assentes em nosso ordenamento jurídico, os quais vedam o enriquecimento sem causa e estabelecem que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem (*neminem laedere*).

É que, nada obstante o mandado de notificação ter sido dirigido à Sra. Berenice Saraiva Ramos, essa deixou de recebê-lo porque, segundo informação do morador do imóvel, achava-se hospitalizada, mas **o Oficial de Justiça notificou inequivocamente “os ocupantes do imóvel para que o desocupassem dentro do prazo legal”** (p. 23).

Suficiente, pois, a comprovação de comunicação da vontade de retomar o bem, pois houve a ciência inequívoca do fim da liberalidade.

A condenação ao pagamento de alugueres após 30 (trinta) dias a contar da notificação constitui indenização por perdas e danos decorrente da indisponibilidade do bem pelos legítimos possuidores, em virtude do esbulho.

Nesse sentido:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA AFASTADA. OITIVA DE TESTEMUNHAS DESPICIENDA À SOLUÇÃO DA LIDE. POSSE DOS DEMANDADOS FUNDADA EM LIBERALIDADE DA ANTERIOR PROPRIETÁRIA. PRECARIÉDADE. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA ALIENAÇÃO DO BEM E DO INTENTO DE SUA RETOMADA. RECUSA DE DESOCUPAÇÃO QUE CARACTERIZA ESBULHO. POSSE INJUSTA. REINTEGRAÇÃO QUE SE IMPÕE. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE ALUGUÉIS CONSISTENTE EM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. MARCO INICIAL. DATA DA CIÊNCIA

INEQUÍVOCA DA INTENÇÃO DE RECUPERAR A POSSE DO IMÓVEL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJSC, 2014.074959-0 Apelação Cível, de São João Batista, rel. Des. RONEI DANIELLI, j. 03-03-2015).

Do exposto, conheço do apelo para negar-lhe provimento.
É como voto.

Desembargador FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA
Relator

PROCESSO: 0908259-94.2012.8.06.0001 - REEXAME NECESSÁRIO

AUTOR: JUSTINA QUEIROZ ARRUDA

REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RÉU: SUPERINTENDENTE DO INSTITUTO DE SAÚDE DOS
SERVIDORES DO ESTADO DO CEARÁ – ISSEC

RELATOR: DES. JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. INSTITUTO DE SAÚDE DOS SERVIDORES DO ESTADO DO CEARÁ – ISSEC. SEGURADO FALECIDO. DEPENDÊNCIA RECONHECIDA. FORNECIMENTO DE CARTEIRA DE ATENDIMENTO MÉDICO. OBRIGATORIEDADE. IMPETRANTE PORTADORA DE MOLÉSTIA GRAVE. DIREITO À SAÚDE E A UMA VIDA DIGNA. PREVISÃO CONSTITUCIONAL.

1. Reexame necessário da sentença em mandado de segurança que julgou procedente o pedido para que o Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará forneça carteira de atendimento médico necessário à sobrevida de paciente portador de doença grave.

2. A saúde, posta na Constituição Federal como direito fundamental de caráter positivo, é concebida como direito de todos e dever do Estado - leia-se, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, de modo que todos os entes são responsáveis solidariamente pelo atendimento a tal direito fundamental.

3. O servidor público estadual, assim como seus dependentes e pensionistas, têm direito à

assistência médica, hospitalar, odontológica e complementar de saúde, a cargo do Estado e gerida pelo Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará - ISSEC (Lei nº 14.687/20100).

4. Havendo laudo pericial médico dando conta da necessidade de medicamento e tratamento de doença grave para assegurar a sobrevivência do paciente, e reconhecida a dependência para com o segurado falecido, deve o ISSEC, como gestor da saúde do servidor estadual, fornecer a carteira de atendimento, independente de tramitação burocrática, para permitir o tratamento. REEXAME DESPROVIDO. SENTENÇA EFICAZ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Reexame Necessário nº 0908259-94.2012.8.06.0001, em que figuram as partes acima indicadas, ACORDA a 8ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao reexame necessário para conferir eficácia à sentença, de acordo com o voto do relator.

Fortaleza, 21 de julho de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário para apreciação da sentença prolatada em sede de Mandado de Segurança ajuizada por Justina Queiroz Arruda para obtenção de carteira de atendimento junto ao Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará – ISSEC.

Quanto aos fatos, Justina Queiroz Arruda era dependente de seu pai Francisco Arruda Filho, servidor público estadual, que faleceu em 2011.

A impetrante é portadora de lupus eritematoso sistêmico, de caráter crônico, incurável, que traz complicações, às vezes letais, para os rins, pulmões, coração, vasos sanguíneos, articulações, retina e membranas serosas (meninges, pericárdio, pleura), além de câncer tireoidiano.

O quadro clínico da paciente obriga acompanhamento ambulatorial contínuo, mas o Instituto de Saúde não lhe forneceu a carteira para atendimento, só o fazendo provisoriamente, enquanto não se concluir o processo de habilitação para recebimento da pensão devida pela morte do servidor Francisco Arruda Filho, o que gerou a presente demanda.

A sentença examinada, considerando a documentação acostada, que comprova a situação emergencial da autora, e a obrigação constitucional a que se sujeitam os entes públicos no trato da subsistência e dignidade da vida humana, julgou procedente o pedido para que o Instituto de Saúde, sem maiores trâmites burocráticos, forneça o documento que permite a continuidade do tratamento necessário à sobrevivência dela, Justina – fls. 88/92.

Não foi interposto recurso contra a decisão – certidão fl. 97.

Cumpridas as formalidades, subiram os autos a esta Corte.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça através da eminente Procuradora Ângela Maria Góis do Amaral Albuquerque Leite, opinando pelo cabimento do reexame necessário, mas por seu desprovimento, mantendo a sentença em todo os seus termos – fls. 107/115.

Eis o relatório.

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que encontram-se presentes os requisitos necessários ao reexame de ofício, quanto aos pressupostos de admissibilidade, devendo, assim, ser conhecido.

No caso, trata-se de reexame da sentença prolatada em sede de Mandado de Segurança para fornecimento de carteira de atendimento pelo Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará – ISSEC.

Como relatado, a impetrante é portadora de lupus eritematoso sistêmico, de caráter crônico, incurável, que traz complicações, às vezes

letais, para os rins, pulmões, coração, vasos sanguíneos, articulações, retina e membranas serosas (meninges, pericárdio, pleura), além de câncer tireoidiano.

Merece destaque o laudo pericial emitido pelo mesmo sistema de saúde do Estado, à época exercido pelo IPEC, o qual atesta a invalidez total e permanente de Justina para atividades laborativas, decorrente da doença por ela sofrida, ainda causando comprometimento articular temporomandibular e sintomas para a musculatura esquelética com mialgias e astenia, necessitando de acompanhamento ambulatorial e uso de medicação contínuo, a ser procedido pelo Estado através do ISSEC – vide fl. 16.

A sentença julgou procedente o pedido para compelir o ente público estadual a fornecer o documento necessário ao atendimento clínico da paciente, considerando sua condição de dependente de servidor, com direito à percepção da assistência médica prestada pelo Instituto de Saúde.

Neste tocante, a decisão reflete sua justeza, demonstrando que o exame da causa foi realizado sob cognição plena e exauriente, de acordo com a jurisprudência firmada sobre a matéria em foco, deslindando a demanda com esteio na melhor doutrina.

Restou comprovado nos autos que a impetrante necessita urgentemente de acompanhamento ambulatorial intermitente, de uso contínuo de medicação, além de tratamento específico para debelar a neoplasia maligna da tireoide que a acomete, considerando a preservação do bem maior da própria vida. De fato, a situação por que passa encontra-se sintetizada no laudo pericial acima destacado (fl. 16).

Assim, razão assiste à magistrada em considerar o direito da impetrante em ter assegurada a assistência médica necessária à sua sobrevivência, porquanto é dependente de servidor falecido, o que lhe confere prerrogativa legal por sua condição de pensionista.

Com efeito, o art. 2º e o art. 3º da lei estadual nº 14.687/2010 expressa o seguinte:

“Art. 2º - O Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará - ISSEC, tem como finalidade prestar aos seus beneficiários assistência médica, hospitalar, odontológica e complementar de saúde, através de rede credenciada, dentro de

seu limite orçamentário, observando os atendimentos clínicos e cirúrgicos, o fornecimento de órteses, próteses, materiais especiais, os anexos e as tabelas de materiais, medicamentos e procedimentos, constantes do Edital de Chamamento Público, publicado em jornal de grande circulação e Diário Oficial do Estado. - (Nova redação dada pela Lei nº 15.026, de 25.10.11).

Art. 3º - São beneficiários do Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará - ISSEC, os servidores públicos civis, ativos e inativos, e seus respectivos dependentes e pensionistas, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Ministério Público Estadual, dos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios, dos órgãos e entidades da administração pública estadual direta, autárquica e fundacional.”

Comprovado, então, que a impetrante é dependente do servidor falecido, o que assegura sua condição de beneficiária do ISSEC, patente o seu direito à percepção da assistência médica praticada pelo referido Instituto para continuidade de amparo às suas necessidades, a fim de permitir sobrevida da paciente ante as enfermidade que lhe acometem.

Tal condição decorre da disposição contida na mesma lei, através do art. 4º, pelo qual o filho inválido é dependente do segurado, desde que comprovada a invalidez.

No caso, o próprio Instituto atestou a invalidez total e permanente da impetrante, cuja condição de dependente assegura a assistência na forma pretendida.

O que se verifica, com pesar, são as picuinhas burocráticas entre o ente impetrado e o representante jurídico do Estado, ambos a se atribuírem recíprocas obrigações enquanto o quadro clínico da paciente exige imediata providência para o restabelecimento de sua saúde.

É o que expõe a Procuradoria Geral do Estado, ao asseverar não ser de sua responsabilidade a defesa processual do ISSEC (fls. 54/55), enquanto este rebate no mesmo tom, aduzindo ser a expedição da carteira ato administrativo composto a depender da ultimação do processo de habilitação à pensão por morte pelo Estado do Ceará, porquanto a expedição da carteira

é ato acessório dependente da legitimidade da condição de dependência dela, paciente (fls. 67/77).

Menos mal a atitude do ISSEC, reconhecendo o direito da paciente em receber assistência médica e expedindo carteira provisória para concretizar o atendimento, mesmo precariamente.

Ademais, parece-me adequada a aplicação dos princípios que regem o obrigatoriedade do Poder Público em efetivar o direito à saúde do cidadão ao ente estatal em relação ao seus segurados.

Ou seja, deve prevalecer o direito à vida do segurado, ou de seu dependente, como regra básica a ser adotada pelo sistema de saúde do Estado do Ceará, igualmente ao que se considera para os casos de necessidades apresentadas por qualquer cidadão, conforme previsão constitucional (art. 196 da CF).

Embora vinculada à caso comum de necessidade médica, entendo pertinente a decisão adiante à presente situação, porquanto, como explanado, o segurado da assistência de saúde o Estado também é cidadão, titular, portanto, do mesmo direito à vida, conforme a Constituição Federal.

“Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS A PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. DIREITO À SAÚDE, ASSEGURADO PELA CARTA MAGNA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO ESTADO DO CEARÁ.

I - A saúde, posta na Constituição Federal como direito fundamental de caráter positivo, é concebida como direito de todos e dever do Estado - leia-se, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, de modo que todos os entes são responsáveis solidariamente pelo atendimento a tal direito fundamental. II - Vislumbra-se inafastável a superioridade do valor da vida frente a princípios e normas regedores das relações administrativas. III - Irreprochável a determinação de que a parte recorrente ultime o fornecimento dos medicamentos necessários ao autor, porquanto presentes

os requisitos autorizadores da concessão do provimento tutelar antecipatório, quais sejam, a prova inequívoca, advinda de um juízo de verossimilhança provém da própria condição econômico-financeira do agravado, bem como o perigo de dano irreparável, que se revela na medida em que o próprio direito poderá perecer com o agravamento de seu estado de saúde. Agravado conhecido, mas desprovido.” (TJCE; 2ª Câmara Cível; Rel. Des. Fco. de Assis Filgueira Mendes; AI nº 24699-43.2005.8.06.0000/0).

Assim, considerando a comprovação do vínculo de dependência da impetrante para com o segurado falecido, além de seu direito quanto à assistência médica necessária à sobrevivência dela, paciente, deve ser fornecida a carteira de atendimento necessária à continuidade do tratamento necessário, ou fornecimento de remédios, independentemente de tramitação burocrática.

Pelo exposto, conheço do reexame necessário por seus requisitos, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO no sentido de conceder eficácia à sentença reexaminada quanto à procedência do pedido inaugural para, reconhecendo a dependência da impetrante para com seu genitor, servidor público estadual, compelir o ISSEC a fornecer a carteira de atendimento médico necessário à continuidade de seus tratamentos.

É como voto.

Fortaleza, 21 de julho de 2015.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

PROCESSO:0001992-32.2015.8.06.0000 – AGRAVODEINSTRUMENTO
AGRAVANTE: VILANI DA SILVA MOREIRA
AGRAVADO: IQSC – INSTITUTO DE QUÍMICA DE SÃO CARLOS E
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA. PACIENTE PORTADORA DE CÂNCER DE OVÁRIO. COMPOSTO AINDA EM ESTUDO. MANTIDA A DECISÃO AGRAVADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Ressai do contexto fático, correção da decisão do Juízo de primeiro grau, visto que não se afigura prudente a liberação da “Fosfoetanolamina sintética”, que se propõe à cura do câncer, sem ter sido submetida às necessárias pesquisas científicas e clínicas.
2. O Instituto Nacional de Câncer não recomenda o uso da substância, em parecer técnico enviado ao Ministério da Saúde.
3. Sabe-se que o direito à vida é uma garantia constitucional, todavia, entendendo que a disponibilização de medicamentos deve ter como pré-requisito a aprovação pela ANVISA, reconhecendo a eficácia terapêutica, como forma de assegurar a sobrevivência e de garantir a qualidade de vida do paciente.
4. O registro confere garantia ao fármaco, por isso, aplicação direta do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

5. Não pode o Poder Judiciário, em razão de tantas lacunas científicas e éticas, permitir que substância de duvidosa eficácia e de desconhecida toxicidade seja distribuída indiscriminadamente.
4. Recurso conhecido, porém desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do Agravo de Instrumento e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 6 de junho de 2016.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por VILANI DA SILVA MOREIRA, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer com Pedido de Tutela Antecipada (nº 0213430-68.2015.8.06.0001), na qual contende com UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP por sua Unidade de Pesquisa IQSC - INSTITUTO DE QUÍMICA DE SÃO CARLOS, em face da decisão interlocutória de fls. 28/32, que denegou a liminar sob o argumento de que a substância Fosfoetanolamina Sintética não possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e de que não há nos autos indicação médica para o tratamento.

Nas razões recursais, em suma, a agravante informa que é portadora de câncer no ovário (Carcinoma Seroso de Alto Grau) em fase terminal, rogando o fornecimento da referida substância em quantidade suficiente para viabilizar o tratamento.

Adverte, tendo em vista que o produto não possui autorização da ANVISA, que assume todos os riscos, pois é a sua única e última esperança de melhora de sua condição de saúde. Ainda, quanto à autorização da Autarquia,

invoca o art. 24 da Lei nº 6.360/76, prevendo que para medicamentos novos, destinados ao uso experimental, afasta-se a obrigatoriedade do registro da ANVISA.

Junta aos autos receituário médico, recomendando o uso da Fosfoetanolamina, ao tempo que requer o provimento para reformar a decisão agravada.

Liminar deferida em plantão, às fls. 144/154, determinou que a agravada “forneça, autorize e/ou viabilize todo o tratamento medicamentoso através da SINTÉTICA, conforme pleiteado na inicial e orientação médica necessária.”

Contrarrazões, às fls. 252/266, a USP alega ausência de *fumus boni iuris* e a presença do risco de dano irreparável contra o interesse público, em virtude de o fornecimento de substância sem registro na ANVISA ser expressamente vedado pelo art. 19-T, da Lei nº 8.080/90. Defende que o efeito anticancerígeno da substância fosfoetanolamina é desprovido de comprovação científica. Conclui sustentando a impossibilidade de figurar como responsável pelo fornecimento da referida substância.

Manifestação do Ministério Público, às fls. 366/372, entende pelo conhecimento e desprovimento do Agravo, mantendo-se inalterada a decisão agravada.

É o relatório.

Inclua-se em pauta para julgamento.

Fortaleza, 18 de maio de 2016.

VOTO

Conheço do agravo de instrumento, por tempestivo e atender aos requisitos específicos do recurso.

Da análise dos fatos, deduz-se escorreita a decisão do Juízo de primeiro grau, visto que não se afigura prudente a liberação da Fosfoetanolamina Sintética, que se propõe à cura do câncer, sem ter sido submetida às necessárias pesquisas científicas e clínicas.

Evidente que o difícil diagnóstico de câncer desestabiliza emocionalmente o doente e sua família, entretanto, não se justifica a distribuição de substância cuja eficácia e efeitos nos seres humanos sejam desconhecidos.

O próprio Instituto Nacional de Câncer não recomenda o uso da substância, em parecer técnico enviado ao Ministério da Saúde, no início de 2016, adverte a entidade:

“procedimentos terapêuticos recomendados, necessariamente, são embasados em evidências científicas. Por isso, somente ao término dos estudos clínicos com a substância será possível elencar as possibilidades ou não de seu uso como medicação anti-cancerígena. Não há prazo determinado para o término do estudo, em função das variáveis que envolve.”¹

Sabe-se que o direito à vida é uma garantia constitucional, todavia, entendo que a disponibilização de medicamentos deve ter como pré-requisito a aprovação pela ANVISA, reconhecendo a eficácia terapêutica, como forma de assegurar a sobrevivência e de garantir a qualidade de vida do paciente.

Salienta-se que a análise acerca da possibilidade de registro de quaisquer medicamentos no Brasil é de competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, como se infere do art. 2º, da Lei 9.872/99:

Art. 2º. Compete à União no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária:

- I - definir a política nacional de vigilância sanitária;
- II - definir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária;
- III - normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde;
- IV - exercer a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo essa atribuição ser supletivamente exercida pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios;

1 Disponível em: http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2016/ministerio_saude_recebe_primeiro_relatorio_de_atividades_do_grupo_trabalho_que_estuda_fosfoetanolamina

V - acompanhar e coordenar as ações estaduais, distrital e municipais de vigilância sanitária;

VI - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

VII - atuar em circunstâncias especiais de risco à saúde; e

VIII - manter sistema de informações em vigilância sanitária, em cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

§ 1º. A competência da União será exercida:

I - pelo Ministério da Saúde, no que se refere à formulação, ao acompanhamento e à avaliação da política nacional de vigilância sanitária e das diretrizes gerais do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária;

II - pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVS, em conformidade com as atribuições que lhe são conferidas por esta Lei; e

III - pelos demais órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, cujas áreas de atuação se relacionem com o sistema.

Entre as atribuições da ANVISA, está a de conceder registros de produtos segundo as normas de sua área de atuação, tarefa que fica claramente evidenciada ao se analisar os arts. 6º, 7º e 8º, da Lei 9.782/99.

Além disso, a Lei 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária, a que ficam sujeitos os medicamentos e correlatos, é clara quanto à impossibilidade de comercialização de fármacos sem a autorização do Ministério da Saúde:

“Art. 11 - As drogas, os medicamentos e quaisquer insumos farmacêuticos correlatos, produtos de higiene, cosméticos e saneantes domissanitários, importados ou não, somente serão entregues ao consumo nas embalagens originais ou em outras previamente autorizadas pelo Ministério da Saúde.
Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.”

Observa-se, ainda, que o artigo 19-T, da Lei nº 8080/90, incluído pela Lei nº 12.401/11 prevê que:

“Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.”

Tal redação não conflita com o artigo 196 da Constituição da República, o qual estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, porquanto, se mostra necessária a adoção de medidas que não coloquem em risco os pacientes sujeitos a tratamentos experimentais.

Ressalto, ainda, que o referido registro atribui garantia ao fármaco, por isso, aplicação direta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, bem como do direito fundamental à vida e à saúde, também constitucionalmente afirmados e tutelados.

Nesse sentido, julgado desta Corte versando sobre a mesma substância pretendida pela autora, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO, PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, DA SUBSTÂNCIA FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA. PACIENTE PORTADORA DE CÂNCER DE MAMA (CID 10 – C50.9). ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INDEFERIDA (ART. 273, *CAPUT*, CPC). COMPOSTO AINDA EM ESTUDO, QUE PRECEDE APROVAÇÃO DO COMITÊ DE ÉTICA, COM PROTOCOLO DE PESQUISA APROVADO PELA ANVISA. EXPERIMENTOS REALIZADOS APENAS EM CÉLULAS E EM CAMUNDONGOS. LIBERAÇÃO

QUE SE APRESENTA TEMERÁRIA, ANTE A INEXISTÊNCIA DE TESTES CLÍNICOS EM HUMANOS. DESCONHECIMENTO A RESPEITO DE SUA EFICÁCIA E POSSÍVEIS EFEITOS COLATERAIS. ASPECTOS QUE SE MOSTRAM ANTAGÔNICOS AO DIREITO À SAÚDE CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICA. ALEGAÇÕES QUE CARECEM DE DE PROVA INEQUÍVOCA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. Colhe do caderno procedimental virtualizado, que a agravante é portadora de câncer de mama metastático (CID 10 - C50.9) e sustenta necessitar da manipulação da substância “fosfoetanolamina sintética”, para o melhoramento do seu quadro clínico. Nesse sentido, por entender presentes o justificado receio de lesão grave ou de difícil reparação, e prova inequívoca da verossimilhança das alegações, persegue a antecipação do efeitos da tutela, na forma do art. 273, I, do CPC, no sentido de compelir a parte adversa a fornecer o composto químico entelado.

2. A recorrida (Universidade de São Paulo – USP), por sua vez, sustenta que não produz em larga escala a substância epigrafada; que esta foi pesquisada e patenteada por docente já aposentado, químico, que não pertence mais aos quadros da Universidade; que não há comprovação científica de sua eficácia; e que a sua elaboração é feita em laboratório universitário de química, incompatível com a produção para consumo humano.

3. Pois bem, traçados os limites do mérito recursal, assevero, inicialmente, que o direito à saúde é assegurado a todo cidadão decorrente do dever do “Estado” em sentido amplo, sendo consagrado constitucionalmente como direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Todavia, a princípio, a autora, aqui agravante, não demonstrou, de maneira satisfatória, o preenchimento de todos os requisitos legais para a obtenção da substância vindicada, mesmo sob esse enfoque. Explico.

4. Após uma análise pormenorizada da questão posta em destreame, e das manifestações de entidades de renome nacional, que repugnam a utilização da fosfoetanolamina, é possível afirmar que o composto epigrafado está em fase experimental,

não tem registro da ANVISA e inexistente comprovação científica da sua eficácia em seres humanos, havendo apenas estudos para avaliação dos efeitos antitumorais em células e em camundongos.

5. Nesse sentido, entendo que a exigência de registro e de estudos clínicos em relação à prefalada substância sintética é uma garantia à saúde pública. E as etapas para a sua liberação como fármaco não são arbitrárias e existem justamente para garantir a segurança e saúde das pessoas.

6. Nessa perspectiva, não pode o Poder Judiciário, em razão de tantas lacunas científicas e éticas, permitir que substância de duvidosa eficácia e de desconhecida toxicidade seja distribuída indiscriminadamente, pois não se trata de medicamento aprovado e não tem um mínimo de rigor científico, na medida em que não foram realizadas pesquisas exaurientes pelas comunidades científicas internacional e nacional que permitam estabelecer uma correlação segura e indubitável entre seu uso e a hipotética evolução relatada.

7. Por tais aspectos, o emérito Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em recente sessão, datada de 11 de novembro de 2015, houve por bem determinar a suspensão do fornecimento da substância em questão, em v. acórdão de relatoria do eminente Desembargador Sérgio Rui, proferido nos autos do processo autuado sob o nº. 2205847-43.2015.8.26.0000/50000.

8. Registre-se, por fim, que a liminar concedida pelo Min. Edson Fachin, do STF, na Petição de nº. 5828, no sentido de garantir o acesso à substância contra o câncer fornecida pela USP, foi medida “excepcional” e não abre precedente, pois naquele caso a paciente estava em fase terminal grave da doença e, ante a ineficácia de todos os procedimentos médicos recomendados, lhe foi indicada a utilização da substância fornecida pela Universidade, a fim de mitigar os sintomas apresentados, tendo em vista que a espera de um provimento final poderia tornar-se ineficaz, situação diversa da narrada nos autos.

9. Desta feita, não vislumbro a prova inequívoca ao convencimento da verossimilhança das alegações formuladas pela parte agravante, apta a justificar o deferimento da tutela pretendida, nos termos do art. 273, do CPC, pelo que

a respeitável decisão aqui adversada deve permanecer hígida, em todos os seus termos.

10. Recurso conhecido e desprovido. Decisão mantida.” (Relator(a): LISETE DE SOUSA GADELHA; proc. Nº 0628022-55.2015.8.06.0000, Comarca: Barbalha; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 22/02/2016; Data de registro: 22/02/2016)” (negritei)

Portanto, não cabe a esta Corte de Justiça fazer o papel da ANVISA para estabelecer critérios de seleção de medicamentos, pois, estaria o Poder Judiciário a ferir o princípio da separação dos poderes, violando norma constitucional e causando insegurança jurídica e administrativa.

A Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) destaca que medicamento feito a partir da substância química fosfoetanolamina ainda necessita de estudos para ser considerado eficaz ou seguro para uso clínico. Ressalta, no que pertine ao processo de aprovação de substância terapêutica para o combate a neoplasias ou qualquer doença, que são necessários, primeiramente, estudos precedidos de aprovação do Comitê de Ética (Conep), com protocolo de pesquisa clínica aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).²

Destaco que o Enunciado Nº 9 aprovado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, dispõe:

“ENUNCIADO Nº 9 - As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e Anvisa, não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais.”

Registre-se que o Ministro Ricardo Lewandowski, no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 828, suspendeu a execução da tutela antecipada no Agravo de Instrumento nº 2242691-89.2015.8.26.0000,

2 Disponível em: portal.fiocruz.br/pt-br/content/fiocruz-esclarece-duvidas-sobre-suposto-medicamento-contra-o-cancer

assim como todas as concedidas em âmbito nacional, que determinaram o fornecimento da fosfoetanolamina pela USP.

Portanto, em virtude de não terem sido realizadas pesquisas exaurientes pelas comunidades científicas internacional e nacional, a permitir se estabelecer uma correlação segura e indubitável entre o uso e a hipotética evolução relatada, reputo acertada o *decisum* prolatado pelo Juízo de origem.

DIANTE DO EXPOSTO, conheço do Agravo de Instrumento, e nego-lhe provimento, revogando a liminar deferida nesta instância.

É como voto.

Fortaleza, 6 de junho de 2016.

PROCESSO: 0620987-78.2014.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ

AGRAVADOS: RAIMUNDO CARLOS FORTUNA E LUIZA VENÂNCIO DE MELO

RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMUNHÃO DE PEDIDOS E CAUSA DE PEDIR. JULGAMENTO CONEXO. PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA. ALEGADA PARTICIPAÇÃO DA UNIÃO E DA CEF. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA OBJETIVO. CARÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS A EVIDENCIAR A PARTICIPAÇÃO NA LIDE DA UNIÃO E DA CEF. PRELIMINAR REJEITADA.

MÉRITO. AÇÃO CAUTELAR. DESAPROPRIAÇÃO. SUSPENSÃO DE OBRAS PÚBLICAS. IMÓVEL DESAPROPRIADO NÃO CONFERE COM AS DELIMITAÇÕES APRESENTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DISCUSSÃO PENDENTE SOBRE IMÓVEL EM AÇÃO DIVERSA. JUSTA E PRÉVIA INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO. ART. 5º, INCISO XXIV, CF. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Cogita-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Estado do Ceará visando impugnar decisão oriunda do Juízo da 1ª Vara da Comarca de Tauá nos autos da Ação Cautelar Inominada de nº. 0008409-75.2012.8.06.0171 em que se determinou

a paralisação das obras de construção de uma praça na referida localidade.

2. De início, deve-se observar que a presente lide deve ser examinada conexamente ao Agravo de Instrumento de nº. 0803224-17.2013.8.06.0000, em face da comunhão do pedido e da causa de pedir efetivados pelo Município de Tauá. Sob tal prisma, o Município de Tauá e o Estado do Ceará figuram como litisconsortes ativos na ação de origem, devendo haver julgamento conjunto dos Agravos de Instrumento ajuizados isoladamente, nos moldes do art. 55, §1º, do CPC.

3. Em exame a postulação preliminar, o Estado do Ceará levanta a tese de incompetência absoluta do Juízo de Plano, pois a construção da praça teria como agentes participantes o Governo do Estado do Ceará e a União, através do Ministério do Esporte, além de contar com os incentivos da Caixa Econômica Federal.

4. Tratando-se da competência da Justiça Federal, em matéria cível, conforme previsto no art. 109, I, da Constituição Federal, possuir critério objetivo, sendo fixada tão somente em razão dos figurantes da relação processual, e ante a carência de elementos probatórios apresentados nos autos a demonstrar a participação dos mesmos, tenho por REJEITADA, a preliminar de incompetência da Justiça Estadual, sem prejuízo de melhor análise da matéria por parte do Juízo de Plano, em sede de instrução processual e análise do mérito da demanda.

5. Passando ao exame das argumentações recursais, tem-se que o Município procura afastar os efeitos

da suspensão das obras, então determinada pelo Magistrado da 1ª Vara da Comarca de Tauá. O Estado do Ceará sustenta em suas razões haver regularidade do desapropriatório, incorrendo vícios suficientes para afastar a elaboração da obra pública.

6. No caso em epígrafe, a Lei Municipal de nº. 1.780, de 07 de abril de 2011 autorizou o Município de Tauá a adquirir e doar área de 1.73 ha de imóvel descrito no diploma legislativo com o objetivo de construir no local a denominada “Praça da Juventude”. Ocorre que, conforme restou referenciado na decisão vergastada, o imóvel objeto da aquisição e cessão não confere com as delimitações apresentadas.

7. Pelo que se observa das conclusões periciais acima há indícios de que a Lei Municipal editada pelo Município de Tauá, e a consequente obra pública de construção da praça, perpetraram apossamento administrativo ou desapropriação indireta do imóvel cuja propriedade pertence aos Agravados, uma vez que os mesmos perderam o domínio sobre o imóvel por conta da afetação do bem ao uso público.

8. Os Agravados também apontam de modo satisfatório que há discussão pendente sobre o imóvel apossado pelo Município de Tauá no cerne do processo de Inventário de nº. 979-14.2008.8.06.0171/0, conforme publicação do Edital em Diário da Justiça, de 20 de março de 2009, e da decisão autorizando a medição dos terrenos em litígio.

9. Diante de todos os elementos acima pontuados, pode-se evidenciar que o Magistrado de Plano atuou de forma escoreita ao suspender provisoriamente a construção das obras realizadas pelo Governo do Estado e do Município de Tauá, de modo a verificar com exatidão as confrontações do imóvel público e a possível desapropriação indireta do bem de propriedade dos Agravados, de modo a deferir-lhes a justa e prévia indenização em dinheiro, conforme preceito do art. 5º, inciso XXIV, da Magna Carta.
10. Recurso conhecido e improvido. Decisão mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do Agravo de Instrumento nº 0620987-78.2014.8.06.0000, mas julgá-lo improvido, nos termos do voto da Eminente Relatora.

Fortaleza, 16 de agosto de 2017

RELATÓRIO

Cogita-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Estado do Ceará visando impugnar decisão oriunda do Juízo da 1ª Vara da Comarca de Tauá nos autos da Ação Cautelar Inominada de nº. 0008409-75.2012.8.06.0171 em que se determinou a paralisação das obras de construção de uma praça na referida localidade.

Nas razões de fls. 01/08, o Estado agravante sustenta que os autores ajuizaram Ação Cautelar Inominada com pedido de suspensão liminar pleiteado a paralisação das obras de construção da Praça da Juventude até o julgamento do processo de Inventário nº 979-14.2008.8.06.0171/0, sob pena de multa cominatória diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Narra que os pleitos autorais se basearam em suposta nulidade do processo de desapropriação do imóvel, matriculado sob o nº 6368, no Registro de Imóveis da Comarca de Tauá, o que a levaria à nulidade da doação feita ao Estado do Ceará para a construção da aludida Praça. Continua afirmando que a liminar foi concedida em 24.10.2013 determinando a imediata paralisação das obras, contudo, sem a cominação da multa por descumprimento.

Disserta, em sede preambular, subsistir incompetência absoluta uma vez que a construção da Praça tem como agentes participantes o Governo do Estado do Ceará e a União, através do Ministério do Esporte, além de contar com os incentivos da Caixa Econômica Federal, havendo incompetência da Justiça Estadual para deslindar a presente ação.

Adentrando ao mérito, discorre acerca da supremacia do interesse público sobre o particular, uma vez que a área em litígio já se encontra em posse e ocupação pelo Estado do Ceará e a paralisação representaria privilegiar o interesse privado, prejudicando toda coletividade municipal.

Aponta restar ausente a fumaça do bom direito aos autores, pois conforme Decreto-Lei 3.365/41 somente caberiam aos Agravados a resolução em perdas e danos. Pugna pela urgência da concessão da liminar, sob pena de falecimento do interesse público para promover o lazer e esporte.

Ao cabo, postula pela concessão de medida liminar para declarar a incompetência da Justiça Estadual, remetendo os autos para Justiça Federal, e acaso não acolhida tal postulação, que seja concedido o efeito suspensivo ao recurso, permitindo-se a imissão provisória na posse do imóvel e a continuação das obras de construção da “Praça da Juventude”.

Documentos fls. 09/176.

Em despacho de fl. 183, a Desembargadora Maria Iracema Martins do Vale apresentou reserva à análise de efeito suspensivo após a manifestação das partes agravadas.

As partes agravadas, devidamente intimadas do feito deixaram transcorrer o prazo sem nada apresentar ou requerer nos autos, cf. fl. 187.

Os autos foram transferidos ao Desembargador Francisco Pedrosa Teixeira, em face da substituição, cf. fl. 205.

Em decisão interlocutória às fls. 219/220 foi rejeitada a arguição preliminar e indeferido o efeito suspensivo ao recurso.

Em manifestação, o Ministério Público opina em seu parecer pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Os autos foram redistribuídos às Câmaras de Direito Público, e chegaram conclusos à minha relatoria.

É o breve relato.

VOTO

Com efeito, em relação à matéria recursal, cumpre a autoridade judicante investigar, antes que se adentre ao juízo de mérito, se há conformação da via eleita às exigências impostas pelo próprio processo, bem assim, se a mesma atende aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos, gerais e específicos do recurso interposto, verdadeiras questões de ordem pública, assim como o cabimento, a legitimação, o interesse recursal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, a tempestividade, a regularidade formal e o preparo. Trago o escólio do Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e professor de Direito Processual Civil em diversas instituições de ensino, Dr. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara:

Assim sendo, todos os atos postulatórios devem ser apreciados em dois momentos distintos: admissibilidade e mérito. Dessa regra não fogem os recursos, que devem ser apreciados primeiramente quanto à admissibilidade e, sendo admitido o recurso, deve-se então passar ao exame de seu mérito. Vê-se, pois, que os recursos devem ser examinados preliminarmente quanto à admissibilidade e, apenas no caso de serem admissíveis é que terão seu conteúdo examinado. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Requisitos de admissibilidade dos recursos civis. Dos Recursos. V, v. 1, 2013).

De início, deve-se observar que a presente lide deve ser examinada conexamente ao Agravo de Instrumento de nº. 0803224-17.2013.8.06.0000, em face da comunhão do pedido e da causa de pedir efetivados pelo Município

de Tauá. Sob tal prisma, o Município de Tauá e o Estado do Ceará figuram como litisconsortes ativos na ação de origem, devendo haver julgamento conjunto dos Agravos de Instrumento ajuizados isoladamente, nos moldes do art. 55, §1º, do CPC.

A postulação recursal visa o afastamento dos efeitos da decisão prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Tauá, o qual determinou a suspensão das obras de construção de uma praça no Município recorrente.

Em exame a postulação preliminar, o Estado do Ceará levanta a tese de incompetência absoluta do Juízo de Plano, pois a construção da praça teria como agentes participantes o Governo do Estado do Ceará e a União, através do Ministério do Esporte, além de contar com os incentivos da Caixa Econômica Federal.

Contudo, como restou firmado na decisão interlocutória preteritamente prolatada, não se demonstram nos autos elementos que apontem a participação da União, através do Ministério dos Esportes ou ainda das subvenções da Caixa Econômica Federal para provisionar a construção da obra pública.

Portanto, tratando-se da competência da Justiça Federal, em matéria cível, conforme previsto no art. 109, I, da Constituição Federal, possuir critério objetivo, sendo fixada tão somente em razão dos figurantes da relação processual, e ante a carência de elementos probatórios apresentados nos autos a demonstrar a participação dos mesmos, tenho por REJEITADA, a preliminar de incompetência da Justiça Estadual, sem prejuízo de melhor análise da matéria por parte do Juízo de Plano, em sede de instrução processual e análise do mérito da demanda.

Passando ao exame das argumentações recursais, tem-se que o Município procura afastar os efeitos da suspensão das obras, então determinada pelo Magistrado da 1ª Vara da Comarca de Tauá. O Estado do Ceará sustenta em suas razões haver regularidade do desapropriatório, incorrendo vícios suficientes para afastar a elaboração da obra pública.

No caso em epígrafe, a Lei Municipal de nº. 1.780, de 07 de abril de 2011 (fl. 51) autorizou o Município de Tauá a adquirir e doar área de 1.73 ha de imóvel descrito no diploma legislativo com o objetivo de construir

no local a denominada “Praça da Juventude”. Ocorre que, conforme restou referenciado na decisão vergastada, o imóvel objeto da aquisição e cessão não confere com as delimitações apresentadas. Através de Laudo Pericial (fls. 59/64) restou esclarecido que o seguinte em suas conclusões:

“ Por força da Lei nº 1.780/2011 do Município de Tauá, o imóvel desapropriado pelo município é outro diverso do que está sendo construído, com distância mínima de 1.200 m do local onde se realiza a obra do Governo Estadual.

A Lei Municipal é bastante específica em apresentar as coordenadas da área desapropriada, e somente a área estabelecida pelas coordenadas ali determinadas é que poderia ser objeto da construção, conforme se verifica no processo de autorização do Governo Estadual”.

Pelo que se observa das conclusões periciais acima há indícios de que a Lei Municipal editada pelo Município de Tauá, e a consequente obra pública de construção da praça, perpetraram apossamento administrativo ou desapropriação indireta do imóvel cuja propriedade pertence aos Agravados, uma vez que os mesmos perderam o domínio sobre o imóvel por conta da afetação do bem ao uso público.

Pelo que se visualiza do art. 4º, do Decreto-Lei n. 3.365/41, a desapropriação poderá abranger a área contígua necessária para futuras ampliações da obra e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço, o que não se evidencia no presente contexto. Ademais, pelo teor do art. 46, da Lei Complementar n. 101/2000, “é nulo de pleno direito ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3º do art. 182 da Constituição, ou prévio depósito judicial do valor da indenização”.

Os Agravados também apontam de modo satisfatório que há discussão pendente sobre o imóvel apossado pelo Município de Tauá no cerne do processo de Inventário de nº. 979-14.2008.8.06.0171/0, conforme publicação do Edital em Diário da Justiça, de 20 de março de 2009, e da decisão autorizando a medição dos terrenos em litígio, à fl 39.

Diante de todos os elementos acima pontuados, pode-se evidenciar que o Magistrado de Plano atuou de forma escorreita ao suspender provisoriamente a construção das obras realizadas pelo Governo do Estado e do Município de Tauá, de modo a verificar com exatidão as confrontações do imóvel público e a possível desapropriação indireta do bem de propriedade dos Agravados, de modo a deferir-lhes a justa e prévia indenização em dinheiro, conforme preceito do art. 5º, inciso XXIV, da Magna Carta.

Vide-se precedente em semelhante sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. TERRAS SITUADAS EM FAIXA DE FRONTEIRA. REGULARIZAÇÃO DE QUESTÕES FUNDIÁRIAS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. DISCUSSÃO ACERCA DO DOMÍNIO NO ÂMBITO DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. POSSIBILIDADE. RETITULAÇÃO DO IMÓVEL EXPROPRIADO EM NOME DO SEU ANTIGO PROPRIETÁRIO. INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE AOS PREJUÍZOS SOFRIDOS.

1. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia. 2. Para que a ação de desapropriação possa desenvolver-se validamente, como qualquer outra, devem estar presentes as chamadas condições da ação, tais como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual. 3. A ausência das condições da ação, aliás, por constituir matéria de ordem pública, pode ser reconhecida até mesmo de ofício pelas instâncias ordinárias, não se podendo falar, desse modo, em julgamento extra ou ultra petita. 4. A questão relativa ao domínio, por situar-se, na presente hipótese, entre as condições da ação, pode ser analisada nos próprios autos da desapropriação, desde que a controvérsia acerca do tema se estabeleça entre expropriante e expropriado. Com efeito, não se pode retirar a propriedade de quem não a tem, daí a necessidade de se analisar a validade dos títulos de propriedade

das terras situadas em faixa de fronteira, alienadas a terceiros pelo Estado do Paraná. 5. Por outro lado, se a dúvida sobre o domínio estiver situada entre a parte expropriada e um terceiro, particular, que também diz ter o domínio do bem expropriado e, por esse motivo, pretende entrar na disputa da indenização que vier a ser fixada, deve predominar a regra contida no parágrafo único do art. 34 do Decreto-Lei 3.365/41, que ressalva aos interessados a ação própria para disputa do preço, o qual deverá ficar em depósito. 6. “O afastamento da orientação jurisprudencial dominante torna-se, na hipótese, medida imperiosa, sem caracterizar violação à uniformização, porquanto a dúvida quanto à legitimidade dos títulos é real e concreta, demonstrável *prima facie* evidente, inclusive com orientações firmadas há décadas pelo Pretório Excelso” (REsp 784.167/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 5.5.2008; REsp 752.944/PR, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, julgado na sessão de 24.6.2008 - acórdão pendente de publicação). 7. O desapropriado figura em primeiro lugar na ordem preferencial de distribuição dos imóveis rurais expropriados, conforme disposição contida nos arts. 25, da Lei 4.504/64, e 19 da Lei 8.629/93, e a lei não lhe retira, nessa circunstância, o direito de ser indenizado pela perda de parte da propriedade. 8. Entretanto, “na peculiar situação em que, promovida a regularização, os desapropriados acabam contemplados com o título de domínio sobre a própria área objeto de desapropriação, sem qualquer ônus e sem jamais terem sido privados da posse ou do uso normal do imóvel no curso do processo desapropriatório, não há fundamento jurídico para pagamento de indenização” (REsp 614.738/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 14.2.2008). 9. Ocorre, no entanto, que o INCRA, em situações como a presente, cobrava do titular do direito à retitulação, para a emissão do título definitivo, uma determinada importância, ainda que em valores módicos, valor esse que, devidamente corrigido, deverá ser restituído aos expropriados, conforme a jurisprudência desta Corte. 10. Não há falar, por outro lado, em indenização decorrente da retitulação dos expropriados em área menor à anteriormente ocupada, na medida em que “as concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados anteriormente à vigente Constituição, devem ser interpretadas como legitimando o uso, mas não a transferência do domínio de tais terras,

em virtude da manifesta tolerância da União, e de expresse reconhecimento da legislação federal” (EDcl no RE 52.331/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Evandro Lins, DJ de 24.6.1964). Precedente do STJ: REsp 680.860/PR, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 12.2.2008. 11. Recurso especial provido, para limitar a indenização dos expropriados aos prejuízos efetivamente sofridos. (REsp 904.425/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 24/09/2008).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL – ÁREA SITUADA EM FAIXA DE FRONTEIRA – BEM DOMINICAL DA UNIÃO TRANSFERIDO PELO ESTADO DO PARANÁ A TERCEIRO – INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 20 E 34 DO DECRETO-LEI N. 3.365/41 – NULIDADE DO ATO JURÍDICO – POSSIBILIDADE DE DEBATE SOBRE DOMÍNIO NA AÇÃO DESAPROPRIATÓRIA – PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Ações de desapropriações ajuizadas pelo INCRA com dois objetivos: questionar a validade da transferência da propriedade de bem pertencente à União, e propiciar a regularização fundiária de terras situadas em faixa de fronteira. Inaplicabilidade dos arts. 20 e 34 do Dec. Lei n. 3.365/41. 2. Viável debate sobre domínio em ação expropriatória movida pelo INCRA contra particulares que receberam do Estado do Paraná títulos de propriedade de terras devolutas da UNIÃO situadas em faixa de fronteira. 3. Impedir o INCRA de discutir a regularidade do título dominial em desapropriações de terras localizadas na faixa de fronteira implica impor à União a obrigação de indenizar área de sua propriedade para, só depois e em ação distinta, discutir a nulidade do título translativo da propriedade. O que, segundo os modernos princípios processuais, mostra-se desarrazoado. Embargos de divergência conhecidos e improvidos. (REsp 753.188/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJe 16/11/2009).

Valho da manifestação do Ministério Público, às fls. 225/232, ao arrazoar a subsistência dos requisitos para a concessão de liminar em favor dos Agravados.

Para a concessão da liminar, necessário se faz a comprovação da presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, pressupostos da tutela liminar.

O *periculum in mora* consiste na comprovação do fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, possa haver a prejudicialidade do provimento final de mérito. Tal requisito resultou demonstrado através das alegações dos agravados nos autos da ação Cautelar (docs. Fls. 83/94), tendo em vista que a continuidade das obras de construção da praça, com a respectiva conclusão, causaria prejuízo irreparável aos agravados e caracterizaria a irreversibilidade do estado anterior do imóvel. Percebe-se, portanto, que o risco de dano grave e de difícil reparação não está presente em favor do agravante, e sim, dos agravados, já que as obras de construção da praça poderão ser retomadas no caso de improcedência da ação principal.

Feita a análise do *periculum in mora*, necessário se faz a comprovação do *fumus boni iuris*, definido doutrinariamente como o juízo de probabilidade e verossimilhança do direito liminarmente pleiteado ou, ainda, a plausibilidade das alegações. Assim, o pressuposto do *fumus boni iuris* demonstra-se por meio da comprovação da existência da ação de Inventário proposta pelos agravados (proc. nº 979-14.2008.8.06.0171/0) na qual foi arrolado o referido imóvel. Tal pressuposto demonstra-se inequivocamente caracterizado.

Por tais razões, CONHEÇO do recurso, mas para NEGAR-LHE provimento, mantendo-se integralmente a decisão de primeiro grau, a qual determinou a suspensão das obras de construção da “Praça da Juventude”, mantendo-se suspensa a execução das obras até o julgamento do processo de Inventário nº 979-14.2008.8.06.0171/0, o qual tramita na instância de origem.

É como voto.

Fortaleza, 16 de agosto de 2017.

PROCESSO: 0621808-48.2015.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: J. É. DE M. R.

AGRAVADO: S. R. G. A. R.

RELATOR: DES. JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA

EMENTA: CIVIL. DIREITO DO MENOR. GUARDA COMPARTILHADA x GUARDA UNILATERAL. INTERESSE DO MENOR. SUPREMACIA. ESPÉCIE QUE MELHOR SE ADEQUE A NECESSIDADE DO INFANTE. SITUAÇÃO CONFLITUOSA. SUPOSTA SEVÍCIA. APURAÇÃO. GUARDA UNILATERAL PARA RESGUARDO DA INTEGRIDADE DO MENOR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Trata-se de Agravo de Instrumento contra decisão que modificou a espécie de guarda judicial, antes compartilhada, para unilateral em favor da mãe do menor nos autos da ação de Guarda c/c Alimentos e Visitas que a agravada ajuizou contra o agravante.

2. “Impõe-se, relativamente aos processos que envolvam interesse de menor, a predominância da diretriz legal lançada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, de proteção integral à criança e ao adolescente como pessoa humana em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, garantidos, originariamente, na Constituição Federal – CF. Devem, pois, as decisões que afetem a criança ou o adolescente em sua subjetividade, necessariamente, pautar-se na premissa básica de prevalência dos interesses do menor”. Precedente do STJ.

3. A evidência de situação conflituosa entre o casal afasta a possibilidade da guarda compartilhada, porquanto deve sempre prevalecer o interesse do menor, mormente se há relatos de suposta agressão praticada pelo genitor a ser devidamente apurada para verificar a verdadeira relação pai e filho e ensejar melhor cuidado no desenvolvimento regular do infante. Agravo de Instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 0621808-48.2015.8.06.0000, em que figuram as partes acima indicadas, ACORDA a 8ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso, de acordo com o voto do relator.

Fortaleza, 14 de julho de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação de tutela, interposto por J. É. de M. R. contra decisão do MM Juiz de Direito da 7ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza – Ceará, nos autos da Ação de Alimentos c/c Guarda e Regulamentação de Visita que a agravada promove contra o agravado – fls. 01/13.

Quanto aos fatos, a agravada requereu a guarda judicial de seu filho J. S. A. R., bem como alimentos e regularização do direito de visita, através do processo nº 0914897-75.2014.8.06.0001 em tramitação perante a 7ª Vara de Família de Fortaleza.

A decisão recorrida concedeu à agravada a guarda unilateral provisória do filho comum dos litigantes, conferindo ao agravante o direito

de visitas em finais de semana alternados, sem pernoite, devendo ocorrer na presença de uma babá ou de pessoa de confiança da genitora do menor.

O fundamento da decisão se pauta no poder de cautela do magistrado para resguardar o interesse do menor, tendo em vista situação conflituosa do casal, com relatos de agressão por parte do agravante.

Em suas razões, o agravante alega que o magistrado estabeleceu uma relação de subordinação entre ele e a mãe do menor, pois seu direito de visitação se submete exclusivamente ao arbítrio da agravada.

Afirma que, no primeiro final de semana após a publicação da decisão, a genitora impediu sua visita ao filho sob argumento de que não dispunha de babá ou de pessoa de confiança para acompanhar o encontro, argumentando que tais requisitos, impostos pela decisão vergastada, inviabilizam a eficácia da relação jurídica de visitação.

Ressalta que, em nenhum momento, a agravada argumentou que haveria necessidade de limitar ou de estabelecer restrições de convívio entre ele e seu filho, mas somente pediu a concessão da guarda unilateral do menor, com o direito de visitação em finais de semanas alternados, tendo como única condição que lhe fosse comunicado caso desejasse viajar ou se ausentar da cidade na companhia do filho.

Destaca que, na petição inicial da ação de origem, proposta pela esposa, não se verificou nenhuma intenção de manter a integridade física da criança ou protegê-la de alguma situação de risco iminente.

Afirma ainda que, apesar da agravada ter se queixado do comportamento de seu marido, não manifestou nenhuma insinuação de que o agravante agisse com violência em desfavor do menor.

Requer, finalmente, que a decisão recorrida seja anulada, com o restabelecimento de decisão anterior, que havia determinado a guarda compartilhada, com visitação paterna em fins de semana alternados e com direito à pernoite, conforme pág. 168 dos presentes autos.

Acosta aos autos copiosa documentação (fls. 14/216), dentre as quais destaco cópia da decisão recorrida (fl. 15).

Por decisão interlocutória, este Relator indeferiu a antecipação da tutela considerando descaracterizado o risco de dano ao agravante, porquanto

a decisão atacada ainda permitia sua convivência com o filho, apesar das limitações. – fls. 223/226.

Contrarrazões da parte agravada, asseverando que a decisão se pautou em alentado parecer ministerial, sem motivo para reforma, requerendo, então, sua manutenção – fls. 230/233.

Informações do juízo – fls. 235/236.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça através da eminente Procuradora Maria Neves Feitosa Campos, pugnando pelo desprovemento do recurso, porquanto a decisão atendeu ao melhor interesse do menor diante da situação conflituosa do casal – fls. 240/245.

É o breve relatório.

VOTO

Como relatado, pretende o agravante, na origem, a modificação da espécie de guarda judicial determinada em juízo para que seja exercida na modalidade compartilhada, como anteriormente estipulada.

Em juízo de admissibilidade o recurso apresenta os requisitos para sua propositura, merecendo, assim, apreciação.

Pela análise da decisão prolatada na origem, denota-se que foi fundada, principalmente, no poder de cautela do juízo para resguardar o interesse do menor, ante situação conflituosa do casal e relato de agressão física por parte do agravante.

Sobre a guarda aqui discutida, o magistrado da causa determinou, de início, que fosse exercitada na modalidade compartilhada, mas fixando data e horário para visitação – vide fl. 168.

Em pedido de reconsideração, a agravada requereu que fosse estipulada a guarda unilateral, ressalvado o direito de visita, tendo em vista o comportamento agressivo do agravante – fls. 170/172.

Ouvido o nobre representante ministerial de primeiro grau, este emitiu parecer favorável ao tipo de guarda pretendido considerando a situação conflituosa do casal, além de, “*ad cautelam*”, opinar por visita acompanhada – vide fls. 211/212.

Acatado o parecer, o magistrado deferiu a guarda do menor na espécie reivindicada pela agravada – fl. 15 e reproduzida à fl. 213.

Sobre esta decisão foi interposto o presente agravo.

Em suas razões o agravante discorre sobre a dificuldade de exercício da guarda na forma determinada ante as restrições impostas, como a presença de babá ou de pessoa de confiança, alegando que não foram solicitadas no requerimento da agravada, assim como inexistiu intenção de manter a integridade física do menor ou insinuação de que ele, recorrente, fosse agressivo com o filho.

Cediço que, em questões desta natureza, deve prevalecer o interesse da menor. A espécie de guarda a ser adotada decorre de disposição contida no art. 1.584 do Código Civil, observada sempre a necessidade específica do filho.

Embora o legislador tenha priorizado o exercício da guarda compartilhada, cabe ao magistrado definir o melhor modo de convivência do filho com seus genitores, cuja prevalência deve impor alteração na espécie de guarda, se assim exigir o interesse e a segurança do menor.

No presente caso, merece destaque que o acompanhamento exigido na visita partiu do bem elaborado parecer ministerial, “... em nome do resguardo da integridade da criança envolvida...”

Considerando que o órgão ministerial possui legitimidade para orientar sua opinião no melhor interesse do infante, é irrelevante que a genitora do menor omita em seu pedido as restrições tidas como necessárias pelo nobre representante do *parquet*.

Assim, não procedem as ilações do agravante sobre a inexistência de solicitação de restrição por parte da agravada, cabendo ao magistrado, verificada sua necessidade, a obrigação de impor todas as condições para efetivar a visitação de modo seguro e que melhor atenda ao interesse do infante.

Ainda quanto à inexistência de insinuação sobre agressividade do pai para com o menor, destaco que a agravada inseriu nos autos fotos comprometedoras de maus tratos, cuja origem deve, efetivamente, ser apurada minuciosamente a fim de verificar o verdadeiro tipo de relação existente entre pai e filho, vez que fora ele o acusado pela suposta sevícia.

Para resumir com propriedade as efetivas condições para o deferimento da guarda, transcrevo adiante julgado da Corte Superior de Justiça sobre o tema:

“Ementa: Direito de Família. Recurso especial. Pedido de guarda de menor formulado pelo pai em face da mãe. Melhores condições. Prevalência do interesse da criança.

- Impõe-se, relativamente aos processos que envolvam interesse de menor, a predominância da diretriz legal lançada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, de proteção integral à criança e ao adolescente como pessoa humana em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, garantidos, originariamente, na Constituição Federal – CF. Devem, pois, as decisões que afetem a criança ou o adolescente em sua subjetividade, necessariamente, pautar-se na premissa básica de prevalência dos interesses do menor.

- Nos processos em que se litiga pela guarda de menor, não se atrela a temática ao direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sim, e sobretudo, ao direito da criança a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado.

- Sob a ótica do interesse superior da criança, é preferível ao bem estar do menor, sempre que possível, o convívio harmônico com a família – tanto materna, quanto paterna.

- Se a conduta da mãe, nos termos do traçado probatório delineado pelo Tribunal de origem, denota plenas condições de promover o sustento, a guarda, a educação do menor, bem assim, assegurar a efetivação de seus direitos e facultar seu desenvolvimento físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, com todo o amor, carinho e zelo inerentes à relação materno-filial, deve-lhe ser atribuída a guarda da filha, porquanto revela melhores condições para exercê-la, conforme dispõe o art. 1.584 do CC/02.

- Melhores condições para o exercício da guarda de menor, na acepção jurídica do termo, evidencia não só o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor, mas, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, nos sentido mais completo alcançável.

- Contrapõe-se à proibição de se reexaminar provas em sede

de recurso especial, rever a conclusão do Tribunal de origem, que repousa na adequação dos fatos analisados à lei aplicada. Recurso especial não conhecido.” (STJ; REsp 916350/RN Recurso Especial 2007/0002419-2; Rel. Min. Nancy Andrighi; Órgão: 3ª Turma; Julg. 11/03/2008; Fonte DJe 26/03/2008).

Assim, para comprovação cabal da situação fática apresentada que justifique a concessão da modalidade de guarda mais adequada ao desenvolvimento regular e o bem estar do menor, mister que se mantenha a decisão de primeiro grau até melhor avaliação da situação, inclusive com o exame social e psicológico que o caso requer, conforme já determinada na decisão agravada.

Portanto, considerando a especialidade do caso e o poder de cautela atinente à espécie, e ainda a devida precaução deste Relator no trato com as questões envolvendo menores, além de considerar o elaborado opinativo ministerial, hei por bem NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto para manter a guarda unilateral do menor em favor da agravada, de maneira provisória, até a ultimação da demanda.

É como voto.

Fortaleza, 14 de julho de 2015.

PROCESSO: 0622420-83.2015.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA QUITÉRIA

AGRAVADO: FRANCISCO GUEDES DA SILVA JÚNIOR

RELATOR: DES. JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDATO LEGISLATIVO. VEREADOR. AFASTAMENTO. DECISÃO JUDICIAL. TEMPO INDETERMINADO. SUPLENÇA. NOMEAÇÃO NEGADA. ILEGALIDADE DA CÂMARA MUNICIPAL. CONVOCAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PREVISÃO LEGAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO E REGIMENTO LEGISLATIVO MUNICIPAL. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA AGRAVO DESPROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação de tutela, para suspender a decisão que determinou a posse imediata de suplente de vereador, cujo titular foi afastado temporariamente por força de determinação judicial.

2. A convocação de suplente somente deve ocorrer após prazo razoável de afastamento do titular. Não é apropriado que, qualquer que seja o prazo do afastamento (temporário) do titular, ainda que mínimo, o suplente assuma, implicando em ônus ao erário.

3. É obrigatória a convocação imediata do suplente de vereador se o titular for afastado por prazo indeterminado e inexistir previsão legal na Lei Orgânica ou em Regimento Legislativo fixando prazo mínimo para sua convocação.

4. No caso em que o afastamento do edil titular

excede o prazo de 120 dias previsto para licença de trato particular, é direito legítimo do suplente ser empossado para evitar prejuízo na produção legislativa do município.

5. A decisão que imite na posse o suplente de vereador, mesmo em sede de mandado de segurança, não possui natureza exauriente, porquanto pode ser revista em recurso apropriado.

6. Decisão mantida. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 0622420-83.2015.8.06.0000, em que figuram as partes acima indicadas, ACORDA a 8ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso, de acordo com o voto do relator.

Fortaleza, 18 de agosto de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Câmara Municipal de Santa Quitéria em face da decisão proferida pela MM. Juíza da 2ª Vara da Comarca de Santa Quitéria, nos autos de Mandado de Segurança c/c pedido de Liminar nº 4768-10.2015.8.06.0160.

Na decisão atacada, de fls. 93/96, foi determinado ao presidente da agravante que agendasse, em caráter de “*urgência e emergência*”, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a solenidade de posse do suplente de vereador Francisco Guedes da Silva Júnior.

Fundamentou a magistrada *a quo* sua decisão no *fumus boni iuris* evidenciado na disposição do art. 21, inc. XXI da Lei Orgânica do Município, que prevê expressamente que à Câmara compete privativamente convocar

suplente de vereador nos casos de licença, morte, renúncia ou impedimento legal de outra natureza, sendo que o afastamento do titular e da primeira suplente de vereador se deu em razão de decisão judicial proferida nos autos da Ação Penal nº 4579-32.2015.8.06.0160/0, ajuizada pelo Ministério Público, em tramitação na 2ª Vara da Comarca de Santa Quitéria.

No que se refere ao *periculum in mora*, entendeu o juízo de primeiro grau que a não concessão de medida cautelar implicaria em efeitos irreversíveis, vez que o mandato parlamentar deixaria de ser exercido no todo ou em parte por quem de direito, gerando prejuízo aos atos praticados pelo legislativo municipal nesse período, que desenvolveria seu trabalho sem o número necessário de integrantes para o seu adequado funcionamento.

A agravante, inicialmente, sustenta sua legitimidade ativa para recorrer, destacando sua condição de terceiro interessado na lide. No mérito, alega que deixou de convocar, de imediato, o segundo suplente do vereador afastado, ora agravado, por ausência de previsão legal tanto na Lei Orgânica do Município quanto no Regimento Interno, vez que não havia sido estabelecido um prazo para o afastamento na decisão judicial, além de a medida ter caráter precário e os subsídios do vereador titular terem sido preservados pela mesma decisão.

Suscita as disposições do art. 21, inc. XXI da Lei Orgânica municipal, acentuando que determina a convocação do suplente em caso de licença, morte, renúncia ou impedimento legal de outra natureza, não dispondo, entretanto, sobre a situação sob análise, que trata da convocação de suplente por afastamento temporário do vereador titular.

Transcreve, ainda, a agravante o art. 56, inc. II e § 1º da Constituição Federal, que estabelece, com relação aos Deputados Federais e Senadores, que o suplente será convocado no caso de licença superior a cento e vinte dias, dispondo de igual forma a Constituição do Estado do Ceará em seu art. 54, inc. II e §1º, com relação aos Deputados Estaduais, interpretando tal preceito é aplicável aos Municípios, considerando que a lei orgânica municipal deve guardar, no que couber, correspondência com o modelo federal acerca das proibições e incompatibilidades dos vereadores.

Alega que o vereador titular foi afastado em caráter temporário e por prazo indeterminado, a partir de uma decisão judicial de caráter precário, não se enquadrando, seu afastamento, em nenhuma das hipóteses legais autorizadoras da convocação do suplente, nem se encaixando como “impedimento legal de outra natureza”.

Defende que a convocação do suplente importará em aumento de despesa não previsto no orçamento, pois terá que pagar a remuneração para 14 vereadores, e não 13 como previsto, comprometendo sobremaneira as finanças do poder legislativo, afetando os limites e os índices legais permitidos, além de afrontar o princípio da moralidade.

Por fim, aduz que a liminar deferida pela magistrada *a quo* violou a ordem pública por ter concedido medida de urgência exauriente, no todo ou em parte, do objeto da ação, malferindo, assim, o disposto no art. 1º, *caput* e §3º, da Lei nº 8.437/92, requerendo a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, seu provimento.

Recebido o presente recurso, reservei-me ao direito de somente apreciar o pedido de tutela antecipada após a apresentação de contrarrazões e informações do juízo de origem, providências que determinei no despacho à fl. 115.

Devidamente intimado, o agravado apresentou contraminuta, às fls. 119/132, em que pugna pelo desprovimento do recurso e manutenção da decisão agravada.

O juízo de primeiro grau prestou as informações, às fls. 134/157, detalhando o andamento do processo e esclarecendo que o mesmo se encontra concluso aos 13.05.2015.

O Ministério Público manifestou-se pelo provimento do recurso e manutenção da decisão atacada, por entender que inexistente amparo legal na exigência de que a convocação do suplente somente poderia ocorrer após 120 (cento e vinte) dias de afastamento do titular, subsistindo garantia líquida e certa de nomeação do suplente no caso de vacância (fls. 161/163).

É o relatório.

VOTO

Verifico, em juízo de admissibilidade, que se encontram presentes os requisitos para interposição do recurso, quanto à tempestividade, documentação e preparo, este dispensável pela natureza da pessoa da parte agravante.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Câmara Municipal de Santa Quitéria em face da decisão, proferida pela MM. Juíza da 2ª Vara da Comarca de Santa Quitéria, que determinou ao Presidente da agravante que agendasse, em caráter de “urgência e emergência”, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a solenidade de posse do suplente de vereador Francisco Guedes da Silva Júnior – fls. 93/96.

A decisão agravada, ao conceder a liminar postulada pelo agravado, considerou devida a imediata nomeação do suplente porque assim prevê o art. 21 da Lei Orgânica do Município de Santa Quitéria, mesmo que temporária a vacância do titular. Além de ter reputado presente o *periculum in mora* porque o mandato parlamentar deixaria de ser exercido no todo ou em parte por quem de direito, gerando prejuízo aos atos praticados pelo Legislativo municipal nesse período, que desenvolveria suas atividades sem o número necessário de integrantes para o seu adequado funcionamento.

Consta dos autos que o Vereador Francisco Carlos Mesquita Ribeiro foi liminarmente afastado de seu cargo, assim como sua primeira suplente – Sandra Quitéria Braga de Farias Vasconcelos – impedida de ser convocada, em virtude de decisão proferida nos autos de Ação Penal, a bem da instrução processual.

No que tange ao afastamento liminar do cargo, é possível verificar, pelos documentos trazidos aos autos, que a decisão ocorreu em 26.02.2015 (fl. 54) e a presidência da Câmara Municipal de Santa Quitéria notificada em 10.03.2015 (fl. 56), perfazendo, à época da interposição do presente agravo, conforme informado pelo agravante (fl. 19), exatos 48 (quarenta e oito) dias de afastamento do titular do cargo, preservados seus subsídios na integralidade.

Acerca da convocação de suplente, a Constituição Federal, em seu CAPÍTULO I (Do Poder Legislativo), Seção V, (Dos Deputados e Dos Senadores), estabelece que:

“Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador (...)
§ 1º O suplente será convocado nos casos de vaga, de investidura em funções previstas neste artigo ou de licença superior a cento e vinte dias.”

A Constituição Estadual, ao tratar do tema, espelhou-se em regra de reprodução obrigatória (princípio da simetria), *in verbis*:

“Art. 54. Não perderá o mandato o Deputado:
(...)
§ 1º. Far-se-á a convocação do suplente, respeitada a ordem da diplomação na respectiva legenda partidária, nos casos de vaga, de investidura nas funções previstas neste artigo ou de licença por prazo igual ou superior a cento e vinte dias.”

A Lei Orgânica do Município de Santa Quitéria estabelece que:

“Art. 21. A Câmara, entre outras atribuições, compete, privativamente:
(...)
XXI – convocar suplente de Vereadores nos casos de licença, morte, renúncia ou impedimento legal de outra natureza, do titular;

Art. 48. Não perderá o mandato o vereador :
I – investido no cargo de Secretário Municipal ou Secretário da Estado, ou equivalentes ou de interventor, podendo optar pela remuneração de Vereador ou do cargo a exercer; (NR)
II – licenciado, por motivo de doença devidamente comprovada ou, para tratar de interesse particular, desde que o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por Sessão Legislativa;
III – Para desempenhar missão cultural de caráter temporário ou de interesse do Município;

§1º. Ocorrida a hipótese prevista neste artigo, far-se-á convocação do suplente, respeitada a ordem de colocação na respectiva legenda, coligação ou aliança partidária.

§2º Ocorrendo vaga, sem que haja suplente, e faltando mais de quinze meses para o término do mandato a Câmara através da Presidência, provocará a Justiça Eleitoral, para o cumprimento da Constituição Estadual e, art. 56, §2º da Constituição Federal.”

No mesmo sentido, dispõe o Regimento Interno da Câmara Municipal de Santa Quitéria:

“Art. 85. Não perderá o mandato o vereador :

I – investido no cargo de Secretário Municipal ou Secretário da Estado, ou equivalentes ou de interventor, podendo optar pela remuneração de Vereador ou do cargo a exercer; (NR)

II – licenciado, por motivo de doença devidamente comprovada ou, para tratar de interesse particular, desde que o afastamento não ultrapasse cento e vinte (120) dias por Sessão Legislativa;

III – Para desempenhar missão cultural de caráter temporário ou de interesse do Município;

§1º. Ocorrida a hipótese prevista neste artigo, far-se-á convocação do suplente, respeitada a ordem de colocação na respectiva legenda, coligação ou aliança partidária.

§2º Ocorrendo vaga, sem que haja suplente, e faltando mais de quinze meses para o término do mandato a Câmara através da Presidência, provocará a Justiça Eleitoral, para que sejam adotadas as devidas providências.”

A interpretação conjugada da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Município de Santa Quitéria e do Regimento Interno da Câmara Municipal permite concluir, ao menos por ora, que a convocação do suplente, no âmbito da Câmara de Vereadores de Santa Quitéria, far-se-á em somente duas situações: a) em caráter permanente, tal como ocorre nos casos de morte, renúncia e perda do mandato; b) em caráter temporário, como ocorre nas hipóteses de licença ou impedimento legal de outra natureza.

No caso dos autos, tratando-se de afastamento do Vereador (ainda que por força de ordem judicial), o caso de assunção do cargo pelo seu suplente, ora agravado, deve se dar em caráter temporário, observado um prazo mínimo razoável.

Em tais casos, resta claro que o suplente irá desempenhar o mandato parlamentar, em caráter transitório, apenas enquanto perdurar o motivo determinante do afastamento do titular do cargo político. A reassunção do cargo pelo edil afastado, caso seja cassada a liminar deferida ou absolvido na ação penal, fará cessar as funções do seu suplente.

De todo o modo, na forma do artigo 21, inc. XXI da Lei Orgânica do Município de Santa Quitéria, pode-se concluir que o Vereador Francisco Carlos Mesquita Ribeiro foi afastado de suas funções perante a Câmara por “impedimento legal de outra natureza”.

Sob a ótica perfunctória do presente recurso, os argumentos trazidos pelo Agravante são relevantes, parecendo mesmo lógico que a convocação do suplente somente ocorra após um prazo razoável do afastamento de algum de seus membros (como, por exemplo, os cento e vinte dias para licença de trato particular), mesmo porque não seria apropriado que, qualquer que fosse o prazo do afastamento temporário do titular, ainda que mínimo, o suplente fosse convocado.

Além disso, é inegável que o pagamento de remuneração para o suplente, enquanto o titular continua a receber o mesmo subsídio, causará impacto financeiro na CÂMARA LEGISLATIVA, mais uma razão que reforça a tese de observância de prazo mínimo razoável de afastamento antes da convocação do suplente.

Ocorre que, sob a ótica estrita dos dispositivos da Lei Orgânica do Município de Santa Quitéria e do Regimento Interno da Câmara Municipal, a decisão atacada está correta, vez que não há nenhuma determinação acerca de prazo mínimo para convocação de suplente. Mas, ao contrário, constam apenas determinações acerca do prazo máximo de duração da licença para trato de interesse particular, sendo possível concluir inexistente a obrigatoriedade de prazo mínimo de afastamento do titular para convocação de suplente.

Por outro lado, considerando a constitucionalidade e a razoabilidade da observação do prazo mínimo de afastamento do titular, como os mencionados 120 (cento e vinte) dias para trato particular, antes de a Câmara Municipal convocar o suplente habilitado para substituí-lo, esta exigência já foi cumprida pelo próprio processamento deste agravo, pois, hoje, o afastamento do Vereador Francisco Carlos Mesquita Ribeiro, determinado judicialmente em 26.02.2015, conforme decisão do juízo de primeiro grau, completa 137 (cento e trinta e sete dias) dias, restando prejudicado este argumento.

Com relação ao direito à convocação do suplente, verifico jurisprudências de outros tribunais:

“Ementa: 1) DIREITO ADMINISTRATIVO. VEREADOR. CONDENAÇÃO CRIMINAL. SUSPENSÃO / PROIBIÇÃO CAUTELAR DE EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. CÂMARA MUNICIPAL QUE NÃO ADOTOU OPORTUNAMENTE AS MEDIDAS ATINENTES À POSSE DO SUPLENTE. VAGA QUE DEVE SER PREENCHIDA PELO SUPLENTE MAIS VOTADO DA COLIGAÇÃO.

a) Observa-se dos autos que há prova de que **o Vereador eleito do Município de Londrina para a legislatura 2013/2016, teve contra si ordem judicial criminal cautelar de proibição do exercício de qualquer função pública, proferida pelo Juízo de Londrina e mantida pelo Tribunal de Justiça.**

b) Nota-se, ainda, da análise dos autos que a Autoridade apontada Coatora admite que o Vereador impedido de exercer função pública, enquanto viger a medida judicial cautelar, não poderá exercer o mandato, de modo que o ato administrativo objeto da impetração consiste apenas na omissão de oportuna convocação do terceiro Impetrante como Vereador suplente. c) Noutro aspecto, o artigo 109 do Código Eleitoral e a jurisprudência são no sentido de que havendo coligações partidárias em determinada eleição (como ocorreu no caso), e sendo o quociente eleitoral obtido pela votação dos candidatos da coligação (e não individualmente por partido), eventuais vagas devem ser preenchidas de acordo com a ordem dos suplentes da coligação e não do partido individualmente considerado. d) O Vereador suplente deveria

ter sido imediatamente convocado, conforme prevê o artigo 23, parágrafo 4º, da Lei Orgânica do Município de Londrina, segundo o qual “o suplente também será convocado nos casos de afastamento de Vereador por determinação do Poder Judiciário e permanecerá no cargo enquanto durar o afastamento”, com idêntica redação no artigo 107-A do Regimento Interno da Câmara Municipal de Londrina. e) É bem de ver, ainda, que a convocação fazia-se necessária naquele momento, sobretudo porque no início da legislatura define-se a composição da Mesa Diretora, com mandato de 02 (dois) anos, conforme artigo 16 da Lei Orgânica do Município de Londrina, evento político de grande relevância no âmbito da Câmara. **f) Nessas condições, correta a decisão que concedeu a segurança, ordenando a imediata posse do terceiro Impetrante como primeiro suplente da coligação a que pertence no mandato 2013/2016, enquanto perdurar o impedimento cautelar judicial do Vereador eleito.** 2) APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.” (Destaquei) (TJ-PR, APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO Nº 1116623-3, Relator: Leonel Cunha, 5ª Câmara Cível)

“Ementa: CONSTITUCIONAL. REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. CANDIDATA ELEITA SUPLENTE DE VEREADOR. AFASTAMENTO DO EDIL TITULAR PARA TRATAR DE ASSUNTOS PARTICULARES. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA AÇÃO INICIAL E DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO LITISCONORTE PASSIVO NECESSÁRIO, SUSCITADAS PELA AUTORIDADE COATORA. REJEITADAS. MÉRITO: REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PROTOCOLIZADO PELA IMPETRANTE JUNTO À MESA DA CÂMARA MUNICIPAL ALMEJANDO VIABILIZAR A SUA CONVOCAÇÃO PARA OCUPAR O CARGO DE VEREADOR NO INTERREGNO TEMPORAL DE AFASTAMENTO DO TITULAR. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER AMPARADO POR MANDADO DE SEGURANÇA. **DIREITO NEGADO PELA AUTORIDADE IMPETRADA. ILEGALIDADE.**

PRETENSÃO QUE ENCONTRA RESPALDO NA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. NECESSIDADE DE NOMEAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO QUE SE RECONHECE. SENTENÇA CONFIRMADA. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E NÃO PROVIDA.”

(Destaquei) (TJ-RN - Remessa Necessária: 61927 RN 2006.006192-7, Relator: Juíza Francimar Dias (Convocada), Data de Julgamento: 01/07/2008, 1ª Câmara Cível)

No que se refere ao pagamento de remuneração para 14 vereadores, e não 13 como previsto, verifico que esta duplicidade de pagamento, desde que observado um prazo mínimo razoável para afastamento do titular, como acima explanado, entendo legalmente amparado pela possibilidade de convocação do suplente, como estabelecido na Constituição Federal.

Atento ainda à demais argumentações do agravante, não considero exauriente a decisão emitida em primeiro grau, mesmo em sede de mandado de segurança, mercê da inconformidade da parte submetidas ao crivo desta Corte mediante recursos apropriados, onde as decisões podem ser revertidas, como no presente caso.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento do recurso para lhe NEGAR PROVIMENTO, mantendo a decisão agravada.

É como voto.

Fortaleza, 18 de agosto de 2015.

PROCESSO: 0622653-46.2016.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: TELEMAR NORTE LESTE S/A

AGRAVADO: DEPARTAMENTO ESTADUAL DE RODOVIAS – DER

RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE PERMISSÃO ESPECIAL DE USO DE FAIXA DE DOMÍNIO. PACTO DE NATUREZA ONEROSA. SUPERVENIÊNCIA DE LEI A AUTORIZAR A GRATUIDADE DA PERMISSÃO. NÃO APLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO ANTERIOR. EXCEPCIONALIDADE PREVISTA NA LEI. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A permissão especial de uso de faixa de domínio constitui-se em pacto oneroso, nos termos da Lei nº 13.327/2003, que serviu de base para a contratação havida entre os litigantes.

2. A superveniente Lei nº 13.116/2015, a instituir a gratuidade do serviço em liça, terá efeito a partir de sua vigência, excetuados, porém, os contratos que decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei, caso da espécie (art. 12).

3. Agravo de Instrumento conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do Agravo de Instrumento, negando-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 18 de julho de 2016

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por TELEMAR NORTE LESTE S/A, contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 15ª Vara da Fazenda Pública, nos autos da Ação Ordinária deduzida em desfavor do DEPARTAMENTO DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES DO CEARÁ – DER/CE, que indeferiu a tutela antecipada, porquanto reconhecida a validade de contrato oneroso de permissão especial de uso de faixa de domínio, para implantação de sistema de telecomunicações por cabos ópticos.

Nas razões recursais, aduz a agravante que firmou contrato oneroso de permissão especial de uso de faixa de domínio público com a autarquia estadual demandada, no ano de 2001, com validade até 2011. Explica que a superveniente Lei nº 13.116/2015 passou a estipular a gratuidade do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens de uso comum do povo, ainda que explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, excetuando-se apenas contratos oriundos de licitações anteriores à data de sua promulgação. Porque expirado o contrato de permissão travado entre as litigantes, e, por força da recitada lei federal, assevera inexigível a cobrança de remuneração pelo uso de faixa de domínio. Requer a suspensão da exigibilidade do débito consolidado pela agravada, a exclusão do nome da agravante dos registros do CADINE, a determinação de abstenção da agravada quanto a impedir ou condicionar a pagamento a utilização gratuita da faixa de domínio necessária à instalação de equipamentos da agravante, ou mesmo de condicioná-la a assinar novo termo de permissão especial de uso oneroso, sob pena de multa pecuniária.

Indeferida a tutela de urgência, a agravada ofertou contrarrazões, corroborando a tese recorrida.

É o relatório.

Inclua-se em pauta de julgamento.

Fortaleza, 22 de junho de 2016.

VOTO

Presentes os pressupostos recursais, passo à análise da controvérsia.

Segundo dispõe o art. 2º da Lei nº 13.327/2003, *verbis*:

Art. 2º. Considera-se **faixa de domínio**, para os efeitos desta Lei, a área sobre a qual se assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros centrais, obras de arte, acostamentos, sinalizações e faixas laterais de segurança, podendo vir a ser utilizada de acordo com as normas estabelecidas nesta Lei, mediante o **pagamento de remuneração anual**, para os seguintes fins:

[...]

II – **ocupação de faixas, transversais ou longitudinais, ou de áreas, para a instalação de:**

a) **linhas de** transmissão ou **distribuição** de energia ou **de comunicação**;

Tendo isso em mente, compete ao Departamento de Infraestrutura de Transportes do Ceará – DER permitir licença para uso da faixa de domínio das rodovias estaduais, caso da espécie, propiciando a instalação de equipamentos técnicos necessários à atividade econômica da concessionária agravante (art. 3º, Lei nº 13.327/2003).

Essa permissão, denominada especial, observará os termos instituídos pela Lei nº 8.666/1993, conforme preconiza o § 2º do art. 3º, da Lei nº 13.327/2003, que diz:

§ 2º **No caso de utilização das faixas transversal ou longitudinal, por empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviço público ou diretamente pelo Poder Público, a contratação se dará de forma direta, nos termos do caput do art. 25, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, mediante a formalização de Termo de Permissão de Uso Especial.**

Assim, é que aprouve às partes firmarem o aludido contrato de permissão especial de uso nº 268/2001 (fls. 301/309), mediante prévio processo de inexigibilidade de licitação (art. 25, Lei nº 8.666/93), com vistas à implantação de sistema de telecomunicações por cabos ópticos, pela Telemar Norte Leste S/A, concessionária do serviço público telefônico (fls. 237/300).

O caráter oneroso da permissão especial telada é extraído do § 1º do art. 4º, da Lei nº 13.327/2003, que assenta:

§ 1º. A instalação de dispositivos visuais em terrenos lindeiros somente será permitida após pagamento da remuneração anual, cujo valor será equivalente a 20% (vinte por cento) do valor calculado para a instalação na faixa de domínio correspondente, sem prejuízo do pagamento das taxas de serviços.

E da cláusula terceira do contrato em tablado, revista algumas vezes ao longo do prazo de duração do pacto (fls. 301/309; 310/312; 313/315). Vejamos a redação original da previsão remuneratória:

CLÁUSULA TERCEIRA – DO VALOR E DO PAGAMENTO

3.1 Para os exercícios dos anos seguintes a 2001, a PERMISSONÁRIA se obriga a pagar pela ocupação, o preço unitário de 2.320,37 UFIRCE's – Km/ano, ou seja, R\$ 2.723,89 Km/ano, ficando o valor anual do contrato em 4.659.999,40 UFIRCE's, **correspondente a R\$ 5.479.373,38 (cinco milhões, quatrocentos e setenta e nove mil, trezentos e setenta e três reais e trinta e oito centavos), a serem pagos em quatro parcelas iguais e sucessivas com vencimentos trimestrais**, relativos à ocupação de 2.011,60 (dois mil e onze reais e sessenta) Km/ano, conforme discriminado no anexo II deste Termo.

Não obstante, sobreveio a Lei nº 13.116/2015, prevendo a inexigibilidade de contraprestação em razão do direito de passagem em faixas de domínio, nos seguintes termos:

Art. 12. **Não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei.**

§ 1º O disposto no *caput* não abrange os custos necessários à instalação, à operação, à manutenção e à remoção da infraestrutura e dos equipamentos, que deverão ser arcados pela entidade interessada, e não afeta obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano efetivo ou de restrição de uso significativa.

§ 2º O direito de passagem será autorizado pelos órgãos reguladores sob cuja competência estiver a área a ser ocupada ou atravessada.

Eis a razão pela qual afirma a agravante o direito de não mais pagar a contraprestação prevista no recitado contrato de permissão especial de uso, somada ao fato de ter expirado a vigência do contrato, em 2011.

A cláusula contratual em referência ostenta a seguinte redação (fls. 301/309):

CLÁUSULA QUARTA – DO PRAZO

4.1 O prazo de vigência do presente Contrato é de 10 (dez) anos, contados a partir da data de publicação do seu extrato, **podendo ser prorrogado, caso haja interesse das partes.**

Ora, tendo sido firmado em 2001, é certo que o prazo inicial do contrato findou-se em 2011, porém, pelo que se depreende dos autos, as partes convencionaram em prorrogá-lo, tanto que as prestações reclamadas pela agravada, não negadas pela agravante, remontam ao segundo e terceiro trimestres de 2015, totalizando R\$ 3.295.796,37 (três milhões duzentos e noventa e cinco mil setecentos e noventa e seis reais e trinta e sete centavos) (fls. 326/327).

Nesses moldes, entendo legítima a cobrança realizada pela autarquia estadual agravada, dada a prorrogação do contrato telado, cuja celebração antecede a data de promulgação da mencionada Lei nº 13.116/2015 (art. 12).

Convém ressaltar que os precedentes colacionados pela agravante, nos autos do Agravo Regimental nº 0622653-46.2016.8.06.0000, ora em apenso, não traduzem idêntica situação tal qual a dos litigantes, na medida em que não revelam a existência de prorrogação do contrato de permissão especial, como ocorrente na espécie, a justificar a cobrança em curso, nos moldes da última parte do *caput* do art. 12 da Lei nº 13.116/2015.

Nos termos do art. 300 do CPC, **“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”**.

Na espécie, mesmo ciente de que a inscrição do nome da agravante nos registros do CADINE (fl. 384) possa prejudicá-la em suas transações mercantis; ainda que esteja premida de continuar a manter ou instalar equipamentos técnicos necessários à atividade econômica por ela empreendida; forçoso é admitir que não há elementos que evidenciem a probabilidade do direito da concessionária de serviço público, ora agravante.

Diante do exposto, **CONHEÇO** do Agravo de Instrumento, **NEGANDO-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Fortaleza, 18 de julho de 2016.

PROCESSO: 0624957-52.2015.8.06.0000.

AGRAVO DE INSTRUMENTO.

AGRAVANTE: RF PARTICIPAÇÕES LTDA.

AGRAVANTE: SOBRAL MOTOS VEÍCULOS LTDA.

AGRAVADO: FLORÊNCIO FLÁVIO FONTENELE MARTINS.

RELATOR: FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. PAGAMENTO DE PRÓ-LABORES E DE MULTA. NOMEAÇÃO DE INTERVENTOR JUDICIAL COM PODERES DE ADMINISTRAÇÃO. AFASTAMENTO DE TODOS OS SÓCIOS. DECISÃO UNIPESSOAL EM PROCESSO DIVERSO COMUNICADA NOS AUTOS DA EXECUÇÃO. FATO SUPERVENIENTE DESCONSIDERADO PELO JULGADOR A QUO. ARBITRAMENTO DE ASTREINTES. SUCESSIVAS MAJORAÇÕES. MONTANTE QUE EM MUITO EXTRAPOLA O PRINCIPAL. CONCESSÃO DE ALVARÁ. LEVANTAMENTO DE VALORES MEDIANTE CAUÇÃO FIDEJUSSÓRIA PRESTADA PELO CREDOR EM DIFICULDADES FINANCEIRAS. DESATENDIMENTO À DECISÃO JUDICIAL DO RELATOR QUANTO À NÃO LIBERAÇÃO DE VALORES OU SUA DEVOLUÇÃO, ACASO LEVANTADOS. MEDIDA TEMERÁRIA. LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO CONFIGURADA. DEVER DE O EXEQUENTE RESTITUIR AS QUANTIAS RECEBIDAS APÓS A CIÊNCIA NO PROCESSO ACERCA DA DECRETADA INTERVENÇÃO JUDICIAL

NA SOCIEDADE EMPRESÁRIA, SOB PENA DE EXECUÇÃO. PRÓ-LABORES. NATUREZA ALIMENTAR. IRREPETIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1- Decidiu-se no acórdão exequendo “reformular a sentença no tocante à declaração total de nulidade do aditivo nº 7 ao contrato social de Sobral Motos Veículos Ltda., cuja abrangência fica restrita especificamente ao ato de transferência das 2.383 (duas mil, trezentas e oitenta e três) quotas do sócio Florêncio Flávio Fontenele Martins para RF Participações Ltda.”, com seu retorno ao *status quo ante*, e “Respeitante aos pró-labores, [...] serem estes devidos, inclusive retroativamente à declaração de nulidade do 7º aditivo, consoante explicitado na decisão de primeiro grau”. Tal comando judicial, por óbvio, está adstrito à existência e à capacidade econômica da sociedade empresária de arcar com essas obrigações, em consonância com as disposições de seu contrato social e deliberações futuras dos responsáveis por sua administração.

2- Constitui medida temerária o desatendimento à decisão monocrática exarada nos autos do Processo 0622392-18.2015.8.06.0000/50000 (Agravado Regimental), na qual determinara o Desembargador-Relator ao Magistrado *a quo* a não liberação de valores ou sua devolução, acaso já levantados.

3- O fato ganha ainda maior gravidade diante das seguidas determinações judiciais para pagamento de pró-labores, sob pena da aplicação de *astreintes* que foram continuamente majoradas,

após já ter sido cientificado o Julgador singular, naquele processo, acerca da decisão monocrática expedida nos autos da Medida Cautelar Incidental 0042642-97.2010.8.06.0000, na qual fora nomeado interventor com amplos poderes, o qual comunicara ao MM. Juiz o afastamento de todos os sócios da administração da sociedade empresária, circunstância superveniente que inviabilizaria a posterior penhora e o levantamento dos valores (pró-labores e multa) mediante caução fidejussória prestada pelo próprio credor, que confessara nos autos sua inadimplência em face de múltiplas obrigações financeiras.

4- Evidenciada a lesão grave e de difícil reparação, é dever do exequente devolver os valores já levantados e que dizem respeito às multas arbitradas desde 15.09.2011, monetariamente atualizados, sob pena de execução e penhora *on line*.

5- Excetuada a má-fé, a quantia percebida pelo agravado a título de pró-labores é irrepetível.

6- Enquanto perdurar a intervenção judicial na sociedade empresária recorrente, determinada nos autos do Proc. 0042642-97.2010.8.06.0000 (ação cautelar incidental), os pró-labores a ser eventualmente percebidos pelos sócios dependerão de manifestação dos interessados naqueles autos.

7- O Julgador singular deve abster-se de penhorar ou de ordenar o levantamento de valores concernentes a pró-labores, bem como de quantias relativas a multas (*astreintes*) pelo não pagamento de pró-labores, de arbitrar novas *astreintes*, assim como de liberar dinheiro sem a correspondente prestação de caução idônea.

8- Ficam desconstituídas quaisquer penhoras já realizadas com relação ao objeto em discussão nestes autos.

9- Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e decisão unânime, em conhecer do recurso para **dar-lhe parcial provimento**, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 27 de novembro de 2015

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo aforado por RF Participações Ltda. e por Sobral Motos Veículos Ltda., ante a decisão do Juiz de Direito Onildo Antônio Pereira da Silva, respondendo pela 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, na qual, em sede de cumprimento provisório de sentença (Proc. 0473790-24.2011.8.06.0001), julgou improcedente a impugnação das devedoras, fixando como verba honorária o percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor levantado nos autos (R\$ 211.800,00 – duzentos e onze mil e oitocentos reais), corrigido monetariamente, mais o restabelecimento dos pagamentos dos pró-labores mensais do sócio-credor e multa anteriormente fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de descumprimento da ordem judicial de reinserção daquele nos quadros societários, devidos desde a intimação do *decisum sub examine* (p. 35-54).

Em razões recursais, asserem as sociedades empresárias recorrentes que o valor originário da execução promovida pelo agravado Florêncio Flávio Fontenele Martins é de R\$ 48.608,23 (quarenta e oito mil,

seiscentos e oito reais e vinte e três centavos), decorrente de sentença que determinou o pagamento de pró-labore a partir de maio de 2005, tendo em vista o reconhecimento da nulidade do 7º Aditivo ao Contrato Social da empresa Sobral Motos Ltda., corrigidos pelo INPC, bem como a incidência de juros de 1% (um por cento) ao mês.

Defendem não ter havido descumprimento da decisão judicial, tanto no que concerne à reintegração do agravado aos quadros societários – pois não há prova nos autos de que esse, por residir em Fortaleza, se deslocasse diariamente a Sobral, onde fica a sede da empresa – quanto ao pagamento dos pró-labores, tendo em conta que os respectivos depósitos foram suspensos em relação a todos os sócios, inclusive o agravado, por decisão do Magistrado da 3ª Vara Cível (Proc. 0204745-77.2012.8.06.0001), até hoje em vigor, ao considerar manifestamente indevido o pagamento de tal contraprestação, uma vez que a Sobral Motos Veículos Ltda. encontra-se sob intervenção judicial, tendo o interventor suspenso o pagamento de pró-labores a todos os sócios, inexistindo serviço de administração na empresa a remunerar, motivo pelo qual reputam as recorrentes temerário o bloqueio *on line* de valores atinentes à multa diária por descumprimento da obrigação de fazer sem comprovação do inadimplemento (art. 333, I, CPC).

Apontam o desrespeito pelo Magistrado *a quo* à minha decisão nos autos do Proc. 0622392-18.2015.8.06.0000 (agravo de instrumento), de 15.06.2015, porquanto o Julgador singular não determinou a pronta devolução do numerário em comento, acaso já levantado.

Alegam, igualmente, que até o dia 24.02.2015 estavam as agravantes obrigadas a cumprir a decisão do Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que suspendera o pagamento de pró-labores ao exequente, não sendo possível, pois, fixar-se *astreintes* retroativas.

Realçam a reprovabilidade do decisório recorrido, diante da impossibilidade de se promover uma única execução em face do valor principal (R\$ 6.800,00), da multa (R\$ 205.000,00) e da obrigação de fazer; da inadequação da via eleita para impugnar decisão proferida em outro processo (Agravo de Instrumento 0026957-45.2013.8.06.0000) e do descabimento da aplicação de *astreintes* na espécie (art. 461, § 6º, CPC), bem como sua

desproporcionalidade (pró-labore de R\$ 850,00 e multa de R\$ 5.000,00 por dia), a acarretar enriquecimento sem causa ao credor, questões não enfrentadas pelo Julgador *a quo* e que violam pacífica jurisprudência do STJ.

Por fim, afirmam a necessidade de suspender-se o *decisum* impugnado (arts. 527, III, e 558, CPC), visto que o levantamento de R\$ 211.800,00 (duzentos e onze mil e oitocentos reais) importaria sérias dificuldades à manutenção das atividades mercantis das recorrentes, inclusive o cumprimento de obrigações de ordem trabalhista (*periculum in mora*).

O *fumus boni juris*, têm-no como presente nas disposições de anterior decisão deste Relator, nos autos do Proc. 0026957-45.2013.8.06.0000 (agravo de instrumento), além da desproporcionalidade entre os valores do suposto débito perseguido (R\$ 850,00 ao mês) e da multa arbitrada (R\$ 5.000,00 ao dia por descumprimento).

Determinei, em decisão interlocutória de p. 685-689, a suspensão da decisão agravada e o sobrestamento do Proc. 0473790-24.2011.8.06.0001 até ulterior deliberação.

Intimado a contra-arrazoar, o recorrido fê-lo às p. 696-720, ao argumentar que o recurso em análise objetiva tão somente postergar o pagamento de pró-labores ao agravado, como de há muito acontece, além de as agravantes se esquivarem do pagamento das *astreintes* a que deram causa em vista da reiterada desobediência a determinações judiciais, atentando contra a dignidade da Justiça.

Refere que a controvérsia em exame teve início com o pedido de penhora *on line* da quantia de R\$ 205.000,00 (duzentos e cinco mil reais) formulado pelo agravado, atinente à multa por descumprimento da decisão judicial que ordenara aos agravantes o pagamento mensal do pró-labore, tendo sido as *astreintes* estipuladas da seguinte forma: R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia, de 09.09.2011 a 13.10.2011, totalizando R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais); e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia, de 14.10.2011 a 16.11.2011, somando a quantia de R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais).

Pontua que após o último período de descumprimento (14.10.2011 a 16.11.2011), a agravante Sobral Motos Veículos Ltda. realizou o pagamento mensal dos pró-labores do agravado, mediante transferências

efetuadas para a conta bancária do credor, restando decidir na execução provisória apenas a questão da multa diária, o que foi objeto de decisão singular posteriormente anulada por este Tribunal, datada de 25.11.2014, em face da ausência de fundamentação.

Salienta que em 27.08.2014 uma outra decisão foi proferida nos autos do Proc. 0204745-77.2012.8.06.0001, na qual o MM. Juiz singular determinara a sustação do pagamento dos pró-labores que já estavam sendo pagos nos autos do Proc. 0473790-24.2011.8.06.0001 (execução provisória), decisão ulteriormente reconsiderada por aquele Julgador – para reestabelecer referidos pagamentos, de agosto/2014 a março/2015 (com vencimento a cada dia 30 do mês) e para depositar em juízo o valor da multa de R\$ 205.000,00 (duzentos e cinco mil reais), sob pena de penhora.

Segundo o agravado, de tal *decisum* houve embargos de declaração (desprovidos) aforados pelas agravantes, dando-se em seguida a penhora *on line* do principal (pró-labores de R\$ 6.800,00) e do acessório (multas diárias no importe de R\$ 205.000,00), totalizando R\$ 211.800,00 (duzentos e onze mil e oitocentos reais).

Assere que as recorrentes protocolaram em 16.04.2015 agravo de instrumento (Proc. 0622392-18.2015.8.06.0000), sobrevivendo em 15.06.2015 decisão unipessoal deste Relator que por ausência de fundamentação anulou a decisão adversada, a qual autorizara, em 17.04.2015, o levantamento da quantia total de R\$ 211.800,00 (duzentos onze mil e oitocentos reais) mediante caução fidejussória, inobservando a determinação desta Corte acerca da pronta devolução daqueles valores, acaso levantados.

Da nova decisão proferida pelo MM. Juiz é que sobreveio o presente agravo de instrumento.

Defende que a multa diária por descumprimento, objeto da penhora, nada tem a ver com a suposta recalcitrância das agravantes à reintegração do recorrido aos quadros societários, mas unicamente à resistência das recorrentes ao não pagamento mensal do pró-labore do recorrido do período de 09.09.2011 a 16.11.2011, e que desde 15.09.2010 todos os sócios foram afastados da sociedade empresária Sobral Motos Veículos Ltda., por determinação judicial proferida nos autos de medida

cautelar incidental (Proc. 0042642-97.2010.8.06.0000) da relatoria do Des. Emanuel Leite Albuquerque, o qual nomeou interventor para administrar e gerir com exclusividade a sociedade, cabendo-lhe realizar o pagamento mensal dos pró-labores aos sócios.

Argumenta que apesar de a decisão na cautelar ter sido proferida no dia 15.11.2010, o agravado dela tomou conhecimento apenas no dia 15.09.2011, quando o interventor judicial peticionou nos autos e colacionou a decisão cautelar supramencionada, uma vez que o recorrido não é parte no processo cautelar.

Aduz não haver reproche na decisão agravada, pois o *decisum* que suspendeu o pagamento dos pró-labores do recorrido foi proferido em autos distintos da execução provisória (Proc. 0204745-77.2012.8.06.0001), em procedimento ordinário (ação de conhecimento) cujo objeto não está abrangido na ação executiva, sendo a decisão de sobrestamento do pagamento do pró-labore de 27.08.2014, ao passo que as recorrentes deixaram de pagar tal verba de agosto/2014 a março/2015, consistindo em ofensa à sentença de mérito proferida no Proc. 0473790-24.2011.8.06.0001, ao acórdão deste TJCE, de minha relatoria, e à decisão da lavra do Des. Emanuel Leite Albuquerque em sede de medida cautelar incidental.

Afirma ainda que as agravantes violaram o princípio da unirrecorribilidade ao não recorrerem da decisão proferida nos autos do Proc. 0204745-77.2012.8.06.0001 (que suspendeu o pagamento dos pró-labores), de sorte que a decisão transitada em julgado (Proc. 0675796-06.2000.8.06.0001) e que garante o pagamento dos pró-labores não foi revogada ou modificada pelas instâncias superiores, sendo perfeitamente exequível, não padecendo de qualquer mácula o decisório recorrido.

Aponta que a determinação contida no decisório monocrático deste Relator – de devolução dos valores já levantados – consiste em obrigação acessória dirigida ao Julgador *a quo*, sendo a obrigação principal exarar uma nova decisão motivada, de maneira que, prolatada essa nova decisão fundamentadamente, restou superada a obrigação de devolução do *quantum* levantado, sobretudo quando tal matéria foi referida na decisão agravada, entendendo o Magistrado singular pela desnecessidade de devolução dos

valores já levantados, sendo igualmente possível executar a um só tempo os pró-labores e a multa (obrigações principal e acessória).

Explicita não ser desproporcional a elevação da multa diária (de R\$ 1.000,00 para R\$ 5.000,00) quando comparada ao valor mensal do pró-labore (R\$ 850,00), haja vista que a sua majoração considerou a capacidade econômica das empresas devedoras e decorreu do descumprimento contumaz de inúmeras ordens judiciais para pagamento dos pró-labores, podendo o Juiz, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, acaso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva (art. 461, § 6º, CPC), como na hipótese, considerando a lei atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos (art. 600, II, CPC).

Pugna pelo desprovimento do recurso.

Consoante certidão de p. 1.045, não foram apresentadas informações pelo Magistrado *a quo*, nada obstante oficiado a tanto (Ofício nº 6048/2015).

Ausente no processo interesse público primário a justificar a intervenção ministerial.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissão.

Como visto, o *thema decidendum* no presente agravo de instrumento cinge-se ao risco de lesão grave e de difícil reparação decorrente da decisão singular que, exarada em sede de cumprimento provisório de sentença, julgou improcedente a impugnação das devedoras, ora agravantes, considerando idônea a cobrança de multa diária, por inexistirem elementos que justificassem o descumprimento da obrigação, e determinou, mediante caução fidejussória, o levantamento dos valores já penhorados nos ativos financeiros das executadas, atinentes às *astreintes* e aos pró-labores reclamados pelo credor, no montante de R\$ 211.800,00 (duzentos e onze mil e oitocentos reais), mais o restabelecimento dos pagamentos de pró-labores mensais ao

agravado, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de descumprimento da ordem judicial de reinclusão daquele nos quadros das sociedades empresárias, devidos desde a intimação.

Transcrevo, abaixo, as ementas e excertos dos votos dos acórdãos provisoriamente executados (inclusive da decisão em embargos de declaração), bem como a parte dispositiva da sentença, respectivamente, *in verbis*:

EMENTA: PROCESSO CIVIL E EMPRESARIAL. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. ADITIVO AO CONTRATO SOCIAL. TRANSFERÊNCIA DE QUOTAS. NEGÓCIOS JURÍDICOS. EXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. **PRÓ-LABORES DEVIDOS AO SÓCIO RESTITUÍDO AO STATUS QUO ANTE**. PREJUDICIAL. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA.

1. Não havendo o autor pleiteado ressarcimento por danos morais, tampouco fazendo a sentença qualquer alusão a condenação do apelante nesse sentido (princípio da congruência), impende refutar a arguição de prejudicial aventada pela apelante quanto à ocorrência de julgamento *extra petita*.

2. **Irreprochável o decisório que — louvando-se na ausência de comprovação nos autos quanto à existência dos sucessivos negócios jurídicos que supostamente legitimaram a transferência de quotas de participação entre os sócios — decretou a nulidade de aditivo a contrato social da sociedade empresária, reconduziu o sócio irresignado ao *status quo ante*, e reconheceu, inclusive, fazer-lhe jus perceber os respectivos e retroativos pró-labores.**

3. Recurso conhecido e desprovido. (APELAÇÃO 0675796-06.2000.8.06.0001/1, disponibilizada no *Diário da Justiça Eletrônico* em 28.06.2010; grifamos).

[...]

Não há reproche na sentença que, ao declarar a nulidade do 7º aditivo ao contrato social da sociedade empresária Sobral Motos Veículos Ltda., fê-lo com fundamento na integralização

das quotas pelo autor, a ressaltar que “as promovidas não conseguiram provar nos autos o pagamento realizado para a aquisição das cotas, devidamente previsto no supracitado aditivo, o que, de alguma forma, sujeitaria o promovente a cumprir com a obrigação contratada” (fl. 273).

Respeitante aos pró-labores, entendendo serem estes devidos, inclusive retroativamente à declaração de nulidade do 7º aditivo, consoante explicitado na decisão de primeiro grau. Tal se dá em decorrência dos efeitos da sentença, a qual reconheceu inexistente o negócio jurídico mencionado, a conduzir o autor ao *status quo ante* em que figurava como integrante quotista da sociedade empresária. Em face da decretação de invalidade do negócio jurídico em tablado, faz jus o autor a perceber pró-labores como remuneração pelo trabalho que deixou de realizar, não por causa sua.

Do exposto, conheço e **nego provimento ao apelo**, mantendo os termos em que exarada a sentença.

É como voto. Desembargador FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA RELATOR (TRECHO DO VOTO NA APELAÇÃO 0675796-06.2000.8.06.0001/1; **grifamos**).

EMENTA: PROCESSO CIVIL E EMPRESARIAL. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. DECRETAÇÃO DE NULIDADE. DESNECESSIDADE. SANAÇÃO DA PARTE EXCEDENTE. QUESTÃO INOVADORA. NÃO CONHECIMENTO. EMBARGOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Havendo o aresto procedido ao acurado exame em cotejo das provas coligidas por ambas as partes, inclusive pronunciando-se sobre os principais elementos de informação constantes dos fôlios, deles extraindo a confirmação de regular participação do embargado na sociedade, a integralização das quotas, bem como a falta de prova do adimplemento da obrigação constante do aditivo ao contrato social por parte da embargante, não há falar em falta de fundamentação do decisório recorrido.

2. A existência de simples erro material, como a menção equivocada a página do caderno processual, comporta correção de ofício.

3. É de se reconhecer omissão no acórdão embargado quando o órgão judicial deixa de se pronunciar sobre questão que, a despeito de não suscitada pelas partes, poderia ser apreciada de ofício. Demais questões, mormente aquelas de cunho inovador, não oportuna e devidamente exploradas no correr do procedimento, quer na contestação quer no apelo, não hão de ser conhecidas em sede de embargos de declaração.
4. Verificando-se que a sentença é *ultra petita* e desde que possível a correção do vício em segundo grau, prescinde-se da decretação de sua nulidade, sendo bastante a cassação da eficácia da parte exorbitante. Precedentes do STJ.
5. Recurso conhecido e parcialmente provido. (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO 0675796-06.2000.8.06.0001/2, disponibilizados no *Diário da Justiça Eletrônico* em 08.09.2010; grifamos).

[...]

Destarte, deve ser a sentença reformada, a fim de consignar-se a nulidade do aditivo nº 7 ao contrato social de Sobral Motos Veículos Ltda., mas unicamente no que tange ao ato de transferência das quotas do sócio Florêncio Flávio Fontenele Martins (embargado) à embargante RF Participações Ltda., mantendo-se quanto ao mais o citado instrumento.

Do exposto, conheço dos embargos de declaração, para dar-lhes parcial provimento e, por conseguinte, **reformular a sentença no tocante à declaração total de nulidade do aditivo nº 7 ao contrato social de Sobral Motos Veículos Ltda., cuja abrangência fica restrita especificamente ao ato de transferência das 2.383 (duas mil, trezentas e oitenta e três) quotas do sócio Florêncio Flávio Fontenele Martins para RF Participações Ltda.**

É como voto. Desembargador FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA RELATOR (TRECHO DO VOTO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO 0675796-06.2000.8.06.0001/2; grifamos).

[...]

Diante do exposto, defiro o pedido dos efeitos da Tutela Antecipada requestada às. Fls. 277/278 do processo conexo (2000.0122.5763-0), para que surta seus efeitos legais, no

sentido de **determinar que seja a promovida SOBRAL MOTOS VEÍCULOS LTDA., intimada pessoalmente para efetuar o pagamento no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a contar da publicação da presente sentença, dos pro labores^[sic] do sócio promovente, do mês de maio de 2005 até a presente data, corrigidos pelo INPC, mais juros legais de 1% ao mês, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais), além de outras sanções legais.** (EXCERTO DO CAPÍTULO DISPOSITIVO DA SENTENÇA; grifamos).

Ocorre que, em decisão monocrática proferida em 15.09.2010, nos autos do Proc. 0042642-97.2010.8.06.0000 (ação cautelar incidental), o então Relator Des. Emanuel Leite Albuquerque assim se pronunciou (p. 230-242), *verbis*:

Daí, em razão destes fundamentos, defiro, em parte, a medida liminar requerida pelo Autor, o que faço para, por primeiro, determinar a imediata suspensão dos efeitos da sentença proferida nos autos do processo nº 51216-48.2006.8.06.0001/0; por segundo, **determinar, também, o imediato afastamento de ambos os sócios de qualquer atividade ou função de administração e de gestão da empresa SOBRAL MOTOS VEÍCULOS LTDA.;** por terceiro, **nomear o SR. ANTÔNIO MESQUITA DO BONFIM**, brasileiro, casado, contador, inscrito no RG sob o nº 469.845 – SSP/CE, e no CPF sob o nº 037.200.043-68, e no CRC/CE sob o nº 5993, residente e domiciliado nesta Capital, à Rua Liberato Barroso, nº 1332, Centro, CEP 60.030-161, **para o cargo de interventor judicial, a quem caberá administrar e gerir, com exclusividade, a mencionada sociedade, adotando todos os atos necessários à consecução de seus fins e objetivos sociais, sempre sob a contínua e permanente regência deste Juízo, competindo-lhe, também, a prestação mensal de contas de sua administração, a distribuição periódica dos lucros sociais e o pagamento de pró-labores mensais aos sócios, estes últimos em valor equivalente ao que for oportunamente fixado a título de honorários interventivos, tudo até ulterior deliberação deste Juízo.**

A nomeação de interventor judicial (termo de compromisso à p. 229) na mencionada sociedade empresária Sobral Motos Veículos Ltda. é fato superveniente ocorrido logo após a prolação da decisão desta Primeira Câmara Cível, da lavra deste Relator, nos autos do Proc. 0675796-06.2000.8.06.0001, que deve ser levado em consideração no que respeita ao cumprimento da obrigação de pagar contida naqueles comandos judiciais, por neles repercutir.

É dizer, o dever de pagar pró-labores subsiste na medida em que haja razão legal para o seu percebimento, de sorte que alterações posteriores no contrato social da sociedade empresária, a retirada do sócio ou seu falecimento, o afastamento dos sócios da administração da pessoa jurídica por ato de interventor judicial, bem como a extinção da empresa, entre outras situações, implicariam modificação daquela obrigação.

In casu, apesar de a decisão nos autos do Proc. 0042642-97.2010.8.06.0000 (ação cautelar incidental) dizer respeito ao Proc. 051216-48.2006.8.0001 (ação ordinária), em que contendem RF Participações Ltda. e Henrique Augusto Pereira Pontes, partes distintas daquelas que litigam no presente feito, consta destes autos comunicação (p. 227-228) do interventor judicial ao MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, datada de 14.09.2011 (juntada aos autos em 15.09.2011), na qual informa que a sociedade empresária Sobral Motos Veículos Ltda. encontra-se sob intervenção judicial desde 30.09.2010 (data da nomeação do auxiliar do juízo), tendo sido afastados de suas atividades laborais todos os sócios-cotistas, administradores ou não, com a consequente perda de seus pró-labores, responsabilizando-se o interventor pela total administração da empresa.

Essa circunstância também é mencionada na decisão ora adversada, proferida em 24.06.2015 pelo Julgador *a quo* (Proc. 0473765-11.2011.8.06.0001 – cumprimento provisório de sentença), ao aludir à manifestação do interventor judicial, na qual noticia a sua condição de gestor da sociedade por força de ordem judicial desde 30.09.2010 (p. 227-228 destes autos).

Por conseguinte, seriam devidos pró-labores ao agravado tão só até 15.09.2011, data da colação aos fólios do documento em que o interventor judicial informa sua nomeação ao Juiz singular.

Nada obstante a comunicação feita pelo interventor judicial acerca do afastamento de todos os sócios da administração da empresa e da ausência de razões para o pagamento de pró-labores, constata-se que posteriormente, no desenrolar do cumprimento provisório de sentença, foram autorizados pelo Julgador *a quo* a penhora e o levantamento, precedido de caução fidejussória, das verbas atinentes aos pró-labores do sócio agravado e das *astreintes* em discussão, contrariando flagrantemente tanto a decisão unipessoal tomada pelo à época Relator do Proc. 0042642-97.2010.8.06.0000 (ação cautelar incidental), Des. Emanuel Leite Albuquerque, como o decisório monocrático deste Relator, que no âmbito do Proc. 0622392-18.2015.8.06.0000/50000 (AgRg no AI) ordenara a não liberação de valores ou sua devolução, porventura levantados.

Quanto aos pró-labores, ainda que liberados em sede de procedimento provisório de cumprimento de sentença e caucionados, entendo que em face de seu caráter alimentar, tais verbas são irrepetíveis, o que não se dá, todavia, com as *astreintes* impostas.

Ora, como desde 15.09.2011 não existe qualquer obrigação de pagar pró-labores (principal), decorrendo sua inexigibilidade de fato impeditivo posterior ao acórdão exequendo, tampouco subsistem as *astreintes* por seu alegado descumprimento.

Por outro lado, ainda que fosse possível – por intermédio de informações do interventor judicial – demonstrar a possibilidade de pagamento de pró-labores aos sócios que a ele fazem jus, as partes interessadas deveriam reportar-se nos autos da nomeação do interventor (Proc. 0042642-97.2010.8.06.0000 apenso ao Proc. 051216-48.2006.8.06.0001), haja vista que os atos desse auxiliar do juízo estão “sob a contínua e permanente regência” do Desembargador-Relator do feito cautelar, muito embora se observe dos presentes autos seguidas determinações do MM. Juiz, dirigidas ao administrador judicial, a fim de que este procedesse ao pagamento de pró-labores, tendo em vista os sucessivos requerimentos do sócio-credor, sob pena da aplicação de multas que foram progressivamente elevadas (de R\$ 100,00 a R\$ 5.000,00 por dia de descumprimento), a culminar em vultosa quantia que supera em muito a referida obrigação principal e descamba para inevitável enriquecimento sem causa.

Ademais, a admissão, pelo Judicante singular, de caução fidejussória para a liberação de quantia vultosa em cumprimento de sentença marcado pela precariedade constitui ato temerário apto a acarretar às recorrentes lesão grave e de difícil reparação, notadamente porque o próprio credor caucionante, a fim de salientar a premência da execução de verbas ditas alimentares, trouxe aos autos elementos de prova que apontam para situação de inadimplência de diversas obrigações por ele assumidas (p. 198 a 211).

Ressalte-se que a execução dos comandos assentes no *decisum* exequendo – “reformular a sentença no tocante à declaração total de nulidade do aditivo nº 7 ao contrato social de Sobral Motos Veículos Ltda., cuja abrangência fica restrita especificamente ao ato de transferência das 2.383 (duas mil, trezentas e oitenta e três) quotas do sócio Florêncio Flávio Fontenele Martins para RF Participações Ltda.,” com seu retorno ao *status quo ante*, e “Respeitante aos pró-labores, [...] serem estes devidos, inclusive retroativamente à declaração de nulidade do 7º aditivo, consoante explicitado na decisão de primeiro grau” – está adstrita à existência e à capacidade econômica da sociedade empresária de arcar com essas obrigações, em consonância com as disposições de seu contrato social e deliberações futuras dos responsáveis por sua administração.

Por todo o exposto, conheço e dou parcial provimento ao presente agravo de instrumento para reformar a decisão adversada e determinar que a quantia já levantada mediante caução fidejussória, atinente exclusivamente às multas aplicadas a partir de 15.09.2011, seja restituída pelo credor, monetariamente atualizada, no lapso de (5) cinco dias, contados da intimação desta decisão, sob pena de execução e penhora *on line*, mantendo-se o montante penhorado e já recebido até a presente data a título de pró-labore, em face de sua natureza alimentar, excepcionada a má-fé, porquanto irrepetível.

Determino, igualmente, que enquanto perdurar a intervenção judicial na sociedade empresária recorrente, deliberada nos autos do Proc. 0042642-97.2010.8.06.0000 (ação cautelar incidental), ora sob a Relatoria do Des. Paulo Francisco Banhos Ponte, os pró-labores a ser eventualmente recebidos pelos sócios dependerão de manifestação naqueles autos dos

interessados, devendo abster-se o Julgador singular de penhorar ou de ordenar o pagamento de valores relativos a pró-labores, bem como de penhorar ou de deferir o levantamento de dinheiro referente a multas (*astreintes*) pelo não pagamento de pró-labores, ou de arbitrar novas *astreintes*, bem como abster-se de autorizar a penhora e o levantamento de valores sem a correspondente prestação de caução idônea.

Por fim, ficam desconstituídas quaisquer penhoras já realizadas com relação ao objeto em discussão nestes autos.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0626400-04.2016.8.06.0000/0

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE HIDROLÂNDIA

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE PROCURADORIA MUNICIPAL. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. REQUISITOS PARA A TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA. REVOGAÇÃO. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Cuida-se de Agravo de Instrumento manejado no intuito de reforma da decisão interlocutória proferida pelo magistrado de piso e que deferiu a tutela antecipada pleiteada em sede de Ação Civil Pública, determinando ao agravante, em resumo, que se abstenha de admitir advogados/procuradores sem prévio concurso público, bem como abstenha-se de celebrar ou renovar contratos administrativos de prestação de serviços advocatícios/consultoria/assessoria jurídica quando relacionados com funções a serem desempenhadas por servidores públicos efetivos e que cumpra a obrigação de fazer consistente na deflagração de processo legislativo de criação de cargos de procuradores. Em suas razões, alega a edilidade que a CF/88 não obriga a criação e instituição de procuradorias judiciais no âmbito dos municípios; que a contratação ocorre mediante processo licitatório; que o valor despendido encontra-se de acordo aos princípios da economicidade e efetividade.

2. Urge no presente momento, apenas, verificar se presentes os requisitos necessários à concessão da tutela provisória de urgência em favor do agravado, consoante previsão contida no art. 300 do NCPC, quais sejam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

3. Verifica-se o *periculum in mora* inverso, ou seja, militante em favor da parte recorrente, administração municipal, posto que a consolidação dos efeitos da decisão agravada poderá causar riscos de ordem expressiva ao município agravante, vez que, com as determinações de deflagração de processo legislativo pelo Município de Hidrolândia, destinada para a criação de cargos de procuradores municipais e posterior realização de concurso público e da rescisão dos contratos advocatícios, o ente municipal terá que arcar com um alto custo financeiro, impactando em grande escala as searas financeira, orçamentária e administrativa do município.

4. Em relação ao segundo requisito, relevância da fundamentação, mais uma vez a análise da legislação aplicada, em especial dos dispositivos constitucionais, e da jurisprudência firmada na Corte Constitucional, mostram que os argumentos ventilados pelo ora recorrente encontram-se mais próximos da possibilidade de êxito.

5. A Constituição Federal, em seus artigos 131 e 132, prevê a obrigatoriedade de instituição de órgãos de advocacia pública em suas administração tão somente aos Estados, Distrito Federal e União, não fazendo qualquer referência aos Municípios. Precedentes.

6. Agravado de Instrumento conhecido e provido para revogar a decisão interlocutória recorrida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e à unanimidade, em conhecer o Agravo de Instrumento para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 16 de agosto de 2017.

RELATÓRIO

Cuidam-se os presentes autos de Agravo de Instrumento, manejado por MUNICÍPIO DE HIDROLÂNDIA em face do MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL visando a reforma da decisão interlocutória de fls. 493/501, proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Hidrolândia, que, em sede de Ação Civil Pública.

Na origem, o Ministério Público Estadual manejou Ação Civil Pública, às fls. 23/55, objetivando, em síntese, a determinação de que a Câmara Municipal e a Prefeitura de Hidrolândia abstenham-se de admitir advogados/procuradores do município sem prévio concurso público; deflagrem processo legislativo de criação de cargos de procuradores municipais; abstenham-se de celebrar contratos administrativos de prestação de serviços advocatícios/consultoria ou assessoria jurídica regidos pela Lei nº 8.666/93; abstenham-se de renovar contrato para terceirizar a prestação de serviço de assessoria jurídica e representação judicial. Requereu ainda a estipulação de multa diária para o caso de descumprimento.

Em análise ao pleito de tutela antecipada o magistrado de piso deferiu-o para que “os promovidos: a) *Abstenham-se de admitir advogados/procuradores sem prévio concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, nos conformes da CRFB/88; b) Abstenham-se de celebrar ou renovar contratos administrativos de prestação de serviços advocatícios/consultoria/assessoria jurídica quando*

relacionados com funções a serem desempenhadas por servidores públicos efetivos, salvo para suprir a falta do cargo de advogado, o que se dará apenas em caráter transitório e em razão da essencialidade do serviço, enquanto não nomeados os aprovados em concurso público para provimento dos cargos; c) Cumpram a obrigação de fazer consistente na deflagração de processo legislativo de criação de cargos de procuradores (encaminhamento de projeto de lei) em número compatível com a capacidade financeira e que atendam as necessidades dos entes promovidos, com a realização de concurso público para o provimento dos cargos, tão logo criados por lei.

Inconformado, o ente municipal, ora agravante, interpôs AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO, cujas razões repousam às fls. 01-22, alegando, em suma, que a Constituição Federal não obriga a criação e instituição de procuradorias judiciais no âmbito dos municípios; que a contratação de serviços de advocacia e assessoria jurídica ocorrem de forma legal e regular mediante processo licitatório; que o valor despendido com as assessorias jurídicas em Hidrolândia é menos oneroso e efetivam os princípio da economicidade e efetividade.

Em desfecho, requereu o efeito suspensivo ao presente recurso, determinando a suspensão da decisão liminar, restabelecendo a possibilidade de contratação do Município de Hidrolândia de advogados/procuradores, sem a exigência de prévia submissão a concurso público até o julgamento do feito principal e/ou posterior deliberação do juízo.

Em análise ao efeito suspensivo pleiteado no recurso, este Relator proferiu a decisão de fls. 511/522 por meio do qual suspendeu os efeitos da decisão agravada.

Contrarrazões às fls. 526/549 por meio do qual refere-se a inexistência de documentos instruindo o recurso e, no mérito, refere-se a ilegalidade das contratos realizados com escritórios de advocacia para representação judicial e assessoria jurídica, posto que violam a regra constitucional que prevê a necessidade de realização de concurso público.

É o breve relatório. Decido.

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade, conheço o presente recurso, pois presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos.

O cerne da questão controvertida consiste em averiguar a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo ativo à decisão prolatada pelo Órgão Judicante de piso, por meio da qual concedeu tutela de urgência em sede de Ação Civil Pública, determinando que o ente agravante e a Câmara Municipal de Hidrolândia abstenham-se de admitir advogados/procuradores sem prévio concurso público; abstenham-se de celebrar ou renovar contratos administrativos de prestação de serviços advocatícios/consultoria/assessoria jurídica quando relacionados com funções a serem desempenhadas por servidores públicos efetivos; cumpram a obrigação de fazer consistente na deflagração de processo legislativo de criação de cargos de procuradores (encaminhamento de projeto de lei) em número compatível com a capacidade financeira e que atendam as necessidades dos entes promovidos, com a realização de concurso público para o provimento dos cargos, tão logo criados por lei.

Destaque-se que não há que se adentrar em definitivo no mérito da demanda, sob pena de incorrer em supressão de instância. Assim, urge no presente momento, apenas, verificar se presentes os requisitos necessários à concessão da tutela provisória de urgência, descritos no art. 300 do NCPC, quais sejam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Consoante referido por ocasião do *decisum* interlocutório em segundo grau, entremostam-se presentes os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada recursal de sorte afastar o que fora decidido pelo magistrado de planície quando da apreciação da tutela antecipada pleiteada em sede de Ação Civil Pública. Explico.

Quanto ao perigo da demora apresentado pelo representante do Ministério Público, não verifico a sua presença, em especial diante da incontestada necessidade de dispêndio de numerário público com a realização de concurso público para o preenchimento das vagas eventualmente criada por processo legislativo local.

Outrossim, o que se vê no caso, isso sim, é um *periculum in mora* inverso, ou seja, militante em favor da administração local posto que a consolidação dos efeitos da decisão agravada poderá causar riscos de

ordem expressiva ao município agravante, vez que, com as determinações de deflagração de processo legislativo pelo Município de Hidrolândia, destinada a criação de cargos de procuradores municipais e posterior realização de concurso público e da rescisão dos contratos advocatícios, o ente municipal terá que arcar com um alto custo financeiro, impactando em grande escala as searas financeira, orçamentária e administrativa do município.

Em relação ao segundo requisito, relevância da fundamentação, mais uma vez a análise da legislação aplicada, em especial dos dispositivos constitucionais, e da jurisprudência firmada na Corte Constitucional, mostram, sem sombra de dúvidas, que os argumentos ventilados pelo ora recorrente encontram-se mais próximos da possibilidade de êxito.

O *fumus boni iuris*, como se convém chamar esse requisito, se mostra presente quando a tese jurídica exposta na petição é consistente, de onde extrai-se ser grande a possibilidade que venha ser efetivamente acolhida pelo órgão judicante de primeiro grau e confirmada por este Eg. Tribunal.

Assim, convém salientar que a Constituição Federal, em seus artigos 131 e 132, prevê a obrigatoriedade de instituição de órgãos de advocacia pública em suas administração tão somente aos Estados, Distrito Federal e União, não fazendo qualquer referência aos Municípios. Veja-se:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias

Em julgamento recente de processos envolvendo referidos dispositivos constitucionais, o Eg. STF teve oportunidade de pronunciar-se pela discricionariedade dos municípios em relação à instituição de órgãos de advocacia pública em suas administrações.

Nesse sentido:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AUSÊNCIA DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA CRIAÇÃO DE ÓRGÃO DE ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC/15, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, POR TRATAR-SE, AUSENTE SITUAÇÃO DE COMPROVADA MÁ-FÉ, DE PROCESSO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI Nº 7.347/85, ART. 18) – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (STF, RE 893694 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 21/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 16-11-2016 PUBLIC 17-11-2016)

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSIÇÃO AO ENTE MUNICIPAL DE VEDAR CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS E OBRIGATORIEDADE DE LEGISLAR PARA CRIAÇÃO DE CARGOS

PÚBLICOS DE PROCURADOR E TÉCNICO EM CONTABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO ANTE A AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 12.12.2012.

1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. Entender de modo diverso demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.
2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.
3. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF, RE 888327 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 16-09-2015 PUBLIC 17-09-2015)

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA . TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELO MUNICÍPIO. POSSIBILIDADE.

É manifesta a possibilidade de o ente municipal organizar sua própria procuradoria, podendo cometer a patronos diversos, mediante contratação de terceiros, algumas das atribuições que originariamente seriam de seu procurador, haja vista que em relação a ele não incidem as limitações dos artigos 131 e 132 da CF/88. No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alega-se contrariedade aos arts. 37, II, 131 e 132 da mesma Carta. Argumenta que pelo princípio da simetria, os municípios não podem desgarrar do modelo de organização estabelecido pela Constituição Federal para a União e os Estados. () () não pode o Município,

ainda que amparado pela Lei Municipal 1.736/05, delegar a terceiros a cobrança administrava e/ou judicial dos créditos tributários e não tributários inscritos na dívida. De outro lado, a previsão constitucional do concurso público, art. 37, inciso II, da CR/88, busca trazer para a Administração Pública as pessoas mais capacitadas para o exercício das funções, de forma que a população tem a segurança de que o dinheiro público está sendo bem empregado (fl. 503-504). Verifico que a pretensão recursal trazida no recurso extraordinário não merece acolhida. Consta do voto do Relator do acórdão recorrido: (...) não vejo impedimento para a terceirização de serviços jurídicos pelo ente municipal, ainda em sede de cobrança de dívida ativa do Município, uma vez que as normas dos artigos 131 e 132 da CF/88 têm sua aplicação restrita a Estados e União Federal, sendo cediço que não são normas de repetição obrigatória na federação brasileira, que, como se sabe é assimétrica. () Com efeito, ao Município foi concedido poder de autoorganizar-se mediante a edição de lei orgânica (artigo 29 da CF/88), inclusive com a faculdade de legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, I, da CF/88), como aquele ora em debate, que trata da organização municipal dos serviços advocatícios necessários à defesa e ao manejo de ações em sede judicial, sendo mesmo certo que a instituição de procuradoria em nível municipal é decisão a ser tomada mediante a observância das peculiaridades locais, perquirindo-se acerca da necessidade de criação de tal órgão (fl. 467). **Quanto à alegada obrigatoriedade dos municípios instituírem órgãos de advocacia pública em suas administrações, o acórdão recorrido harmoniza-se com o que assentado pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário 225.777/MG, Redator para o acórdão o Min. Dias Toffoli, pois não há na Constituição Federal previsão que os obrigue a essa instituição.** (STF - RE: 690765 MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 05/08/2014, Data de Publicação: DJe-154 DIVULG 08/08/2014 PUBLIC 12/08/2014)

Dessa forma, entende-se que a criação das procuradorias municipais é ato discricionário da administração pública municipal.

Assim, com base nos princípios federativo e da autonomia municipal, cada Município, ao organizar sua administração, decidirá pela criação ou não de Procuradorias, pela criação ou não de cargo ou cargos de Procuradores ou pela pura e simples contratação de Advogados externos por meio de procedimentos licitatórios, de acordo com suas necessidades, possibilidades e peculiaridades.

Ademais, descabida a intervenção do Judiciário para organização de carreira de Procuradores Municipais, posto que implicariam na espécie violação ao princípio da separação dos poderes e mácula ao princípio federativo, uma vez que, constitucionalmente, quem detém o poder de priorizar a aplicação das verbas públicas é o Executivo, dentro dos parâmetros orçamentários anteriormente aprovados pelo Legislativo. Cabe ao Administrador Público, portanto, dentro das prerrogativas que a Constituição lhe destina, distribuir os recursos orçamentários para suprir suas necessidades.

ISSO POSTO, conheço o presente recurso de Agravo de Instrumento para dar-lhe provimento, revogando a decisão interlocutória recorrida, posto que não se mostram presentes os requisitos necessários ao deferimento da tutela antecipada em favor do agravado/autor.

É como voto.

Fortaleza, 16 de agosto de 2017.

PROCESSO: 0626613-10.2016.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: MANHATTAN SUMMER PARK EMPREENDIMENTO
IMOBILIÁRIO LTDA

AGRAVADO: LEANDRO DE CASTRO CAMPOS

RELATOR: DES. EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO EM RAZÃO DE GREVES E ESCASSEZ DE MÃO DE OBRA. IMPOSSIBILIDADE. INADIMPLEMENTO DA CONSTRUTORA EVIDENCIADO. DECISÃO QUE DETERMINA O CUSTEIO PELA CONSTRUTORA DOS ALUGUEIS DO AGRAVADO ATÉ EFETIVA ENTREGA DO EMPREENDIMENTO. MANUTENÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Insurge-se o Agravante contra decisão interlocutória proferida pelo julgante da 27ª Vara Cível desta Comarca que, concedendo parcialmente o pedido de tutela provisória de urgência realizado pelo ora Agravado nos autos da ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos nº. 0196941-53.2015.8.06.0001 ajuizada em desfavor daquele, determinou que a Manhattan Summer Park Empreendimento procedesse ao pagamento do valor mensal de R\$ 1.664,87 (um mil, seiscentos e sessenta e quatro reais e oitenta e sete centavos), a título de aluguel até a efetiva entrega do imóvel objeto da contenda, no quinto dia útil de cada mês, em conta judicial ou diretamente ao autor, enquanto perdurar o atraso na entrega do bem, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 até o limite de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

2. O Agravado, por meio de cessão dos direitos e das

obrigações decorrentes do Contrato de Promessa de Compra e Venda de apartamento para entrega futura (fl. 48), em que figura como Cessionário, celebrado entre Maria Divaneide Borges Albano (Cedente) e o ora Agravante, adquiriu o referido imóvel em data de 22 de agosto de 2013 (fls. 77-80), que, nos termos da cláusula XI, §2º do Contrato, deveria ser-lhe entregue no dia 31 de março de 2015.

3. Na hipótese, resta incontroverso o fato de que houve atraso na transferência do empreendimento, que deveria ter sido entregue em setembro de 2015, já levando em consideração o prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias, posto que, além da existência de notificação enviada pelo Agravante em comunicação sobre a nova data para a entrega das chaves (a realizar-se em junho de 2016, repito), o próprio Demandado, aqui Recorrente, confessou, em sede de contestação, que os motivos que levaram à mencionada delonga são as paralisações por parte dos trabalhadores da construção civil, bem como a carência de mão de obra e escassez de materiais do ramo.

4. No entanto, a falta de preparação ou o planejamento deficitário dos custos do empreendimento por parte do fornecedor de bens e serviços não pode ser imposta ao consumidor, parte hipossuficiente da relação, tendo que lidar indefinidamente com as postergações ocasionadas pela construtora, de sorte que eventual suspensão da obra por greve de trabalhadores não é capaz de afastar a responsabilidade do Agravante pelo cumprimento do contrato avençado.

5. O Superior Tribunal de Justiça já se posiciona no sentido de que o atraso na entrega da unidade

imobiliária, que configura inadimplemento contratual por parte do promitente-vendedor, causa, além do dano emergente, consubstanciado nos valores das parcelas pagas pelos promitente-comprador, lucros cessantes a título de aluguéis.

6. Sendo evidente a excessiva letargia do Recorrente para o cumprimento de sua obrigação contratual, assim como diante do fato de serem as paralisações da mão de obra na construção civil inerentes ao risco da atividade empresarial, de forma que é seu dever a previsão e a precaução quanto à ocorrência de eventuais situações fortuitas e próprias do ramo, não se podendo valer de tais argumentos para prorrogar indefinidamente a entrega da obra, bem como por não ser proporcional o custeio pelo consumidor das despesas decorrentes de tal demora, vislumbro preenchidos os requisitos que dizem com a probabilidade do direito e com o perigo de dano (art. 300 do CPC), necessários ao deferimento da tutela de urgência requerida na inicial pelo ora Agravado.

7. Recurso conhecido, mas desprovido. Decisão interlocutória vergastada mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento nº 0626613-10.2016.8.06.0000, em que são partes as pessoas acima indicadas, acorda a 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 23 de agosto de 2017

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por MANHATTAN SUMMER PARK EMPREENDIMENTO em face de decisão interlocutória proferida pelo douto julgante da 27ª Vara Cível desta Comarca, que concedeu o pedido de tutela provisória de urgência realizado por LEANDRO DE CASTRO CAMPOS nos autos da ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos nº. 0196941-53.2015.8.06.0001 ajuizada em desfavor daquele, o que fez nos seguintes termos:

“(…) Inicialmente, examinando o que consta dos autos, observo que o autor é cessionário com anuência da demandada de um ‘Contrato de Promessa de Compra e Venda de Unidade Imobiliários em Construção’, que tem como objeto o apartamento nº 502 C, situado no empreendimento MANHATTAN SUMMER PARK situado na Rua Gontran Giffoni, nº 100, Bairro Guararapes, nesta capital. (...) Ainda que estabelecido prazo pela instituição financeira para término das obras, no interesse exclusivo desta, referida disposição contratual não desobriga a promitente vendedora a concluir a edificação no tempo ajustado com os promitentes compradores. (...) Aliás, a própria recorrida não nega que deixou de cumprir a sua obrigação dentro do prazo avençado, limitando-se a afirmar que ocorreu o atraso das obras em decorrência das paralisações dos trabalhadores em construção, isso ano a ano. Entretanto, ainda que tal fato tenha acarretado o atraso na entrega do imóvel, não há como deixar de responsabilizar a ré por eles, principalmente porque o evento por ela narrado não se caracteriza como de força maior ou caso fortuito a ensejar a exclusão da responsabilidade por ela assumida pessoalmente (...). Assim, diante das verossímeis alegações do autor e tendo em vista os prejuízos de difícil reparação, decorrentes, em especial, do atraso na entrega do imóvel, em uma situação indefinida, tenho que resta demonstrado um visível descaso na entrega do imóvel, em uma situação indefinida, tenho que resta demonstrado um visível descaso para com a parte

autora e despreocupação com o atendimento dos prazos contratuais. Entretanto, em relação às despesas referentes ao condomínio, observa-se que elas seriam custeadas pelo próprio autor, ainda que este já residisse no imóvel adquirido, motivo pelo qual entendo que somente o valor do aluguel é devido pela demandada enquanto perdurarem os atrasos. Nesse sentido, defiro parcialmente a antecipação da tutela, e determino que a demandada efetue o pagamento mensal de um aluguel no valor de R\$ 1.664,87 (um mil, seiscentos e sessenta e quatro reais e oitenta e sete centavos), até a efetiva entrega do imóvel, no quinto dia útil de cada mês, em conta judicial ou diretamente ao autor, enquanto perdurar o atraso na entrega do imóvel, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 até o limite de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)”.

Nada obstante, sustentou o Agravante em suas razões recursais que “o agravado propôs uma ação de obrigação de fazer cumulada com danos morais e pedido de antecipação de tutela, aduzindo, em resumo, que em 09 de julho de 2013 lhe foi concedido, por Maria Divaneide Borges Albano, o Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda do apartamento 502 – bloco C do empreendimento Manhattan Summer Park (...), firmado originariamente com a recorrente, com previsão de entrega prevista para 31 de março de 2015 e tolerância de atraso de 180 dias” e que “afirmou o promovente que até a data da interposição da ação, 06/10/2015, o imóvel em debate não lhe havia sido entregue, salientando, mais, que foi surpreendido com um comunicado da ora recorrente informando que a sua unidade habitacional somente seria entregue em junho de 2016”.

Em seguida, aduziu que “se algum direito o autor-recorrido tem é quanto ao recebimento dos valores correspondentes a eventuais alugueres que deixou de auferir em razão do não recebimento da unidade prometida comprar no período do pretense atraso da construtora” e que “não há, em nenhum momento, pedido final para pagamento de alugueis, razão porque esta falta de correlacionamento entre o pedido da tutela e o pedido final já bastaria ao julgador monocrático para indeferir o pleito antecipatório, porque a ele é vedado ‘antecipar direito que não será analisado por ocasião do julgamento da lide, na forma como postulado na peça exordial”.

Afirmou, também, que “os motivos pelos quais o empreendimento sofreu atraso na entrega serão amplamente discutidos no processo originário, em instrução processual” e que “a matéria posta em discussão demanda uma análise aprofundada do caso, não podendo ser elucidada em sede de antecipação de tutela”.

Por derradeiro, sustentou que “caso seja mantida a decisão aqui agravada, a recorrente sofrerá danos graves, de difícil reparação, pois terá que arcar mensalmente com o pagamento do aluguel em favor do agravado, correndo o risco de não conseguir reaver esses valores pagos quando do julgamento do feito” e que “a jurisprudência pátria já firmou entendimento no sentido de ser impossível a concessão de medida antecipatória quando a matéria envolver pagamento de quantia, haja vista o risco de irreversibilidade da medida”.

Finalmente, entendendo presentes os requisitos autorizadores, requereu a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, seguido do seu provimento final, para que seja revogada a decisão ora agravada.

O instrumento do agravo foi instruído com os documentos de fls. 17-225, que abrangem as digitalizações da petição inicial (fls. 18-43), da contestação (fls. 108-160), das procurações outorgadas aos causídicos do Agravante (fl. 161) e do Agravado (fl. 44) – dentre outras peças extraída do feito de origem.

Às fls. 232-245, decisão interlocutória proferida por este Relator rejeitando o pedido de efeito suspensivo pleiteado pelo Agravante, diante da ausência do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da suspensão da decisão do juízo de primeiro grau.

Devidamente intimado, ofereceu o Agravado contrarrazões ao recurso (fls. 247/259), ocasião em que pugnou o desprovimento do agravo de instrumento e, por via de consequência, a manutenção da decisão em vergaste, ao argumento de que: (a) cumpriu com todas as obrigações ajustadas e no prazo acordado para a entrega do imóvel, mas a Agravante não procedeu à entrega do empreendimento, muito menos apresentou-lhe justificativa relativa à mora; (b) os motivos alegados pela Agravante compreendem risco da própria atividade, não podendo ser o consumidor, parte hipossuficiente da

relação, ser penalizado pelo inadimplemento dela; (c) a Agravante comunicou que a entrega estaria sendo prorrogada para junho/2016, mas “até a presente data o imóvel adquirido não foi entregue”.

Conclusão do feito à fl. 262.

É o relatório.

VOTO

Em análise perfunctória, entendo que deve ser recebido o recurso de agravo de instrumento em trâmite nestes autos, porquanto, além de atender às exigências do art. 1.017 do CPC de 2015, preencheu todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos que compõem o juízo positivo de admissibilidade recursal, não despontando também falhas formais no seu instrumento.

Insurge-se o Agravante contra decisão interlocutória proferida pelo judicante da 27ª Vara Cível desta Comarca que, concedendo parcialmente o pedido de tutela provisória de urgência realizado pelo ora Agravado nos autos da ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos nº. 0196941-53.2015.8.06.0001 ajuizada em desfavor daquele, determinou que a Manhattan Summer Park Empreendimento procedesse ao pagamento do valor mensal de R\$ 1.664,87 (um mil, seiscentos e sessenta e quatro reais e oitenta e sete centavos), a título de aluguel até a efetiva entrega do imóvel objeto da contenda, no quinto dia útil de cada mês, em conta judicial ou diretamente ao autor, enquanto perdurar o atraso na entrega do bem, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 até o limite de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Cotejando os documentos que instruíram a demanda, verifiquei que, na hipótese, o Agravado, por meio de cessão dos direitos e das obrigações decorrentes do Contrato de Promessa de Compra e Venda de apartamento para entrega futura (fl. 48), em que figura como Cessionário, celebrado entre Maria Divaneide Borges Albano (Cedente) e o ora Agravante, adquiriu o referido imóvel em data de 22 de agosto de 2013 (fls. 77-80), que, nos termos da cláusula XI, §2º do Contrato, deveria ser-lhe entregue no dia 31 de março de 2015.

Acontece que a Recorrente, mesmo após transcorrido o prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias para conclusão e entrega da obra, interregno este com previsão contratual estabelecido no §3º da cláusula XI, ficou-se inerte, oportunidade em que, notificando o Agravado sobre os motivos que levaram à tardança na conclusão da construção, tais como a ocorrência de greves e escassez de materiais e de mão de obra, comunicou-lhe sobre a nova data de entrega do empreendimento, que deveria ser realizada em junho de 2016.

Inconformado com a demora no recebimento do apartamento e diante dos prejuízos sofridos em razão de tal delonga, tendo em vista ter que arcar com despesas de aluguel e condomínio (fl. 95) de outro imóvel para fins de moradia, o Agravado ajuizou a presente demanda, pleiteando, dentre outros pedidos, o pagamento de seus alugueis pelo ora Agravante enquanto perdurar o atraso na conclusão da obra, o que, de plano, fora deferido pelo magistrado *a quo*, uma vez tendo entendido presentes os requisitos autorizadores ao deferimento da tutela provisória de urgência.

Pois bem. Resta incontroverso o fato de que houve atraso na transferência do empreendimento, que deveria ter sido entregue em setembro de 2015, já levando em consideração o prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias, posto que, além da existência de notificação enviada pelo Agravante em comunicação sobre a nova data para a entrega das chaves (a realizar-se em junho de 2016, repito), o próprio Demandado, aqui Recorrente, confessou, em sede de contestação, que os motivos que levaram à mencionada delonga são as paralisações por parte dos trabalhadores da construção civil, bem como a carência de mão de obra e escassez de materiais do ramo.

Ocorre que a falta de preparação ou o planejamento deficitário dos custos do empreendimento por parte do fornecedor de bens e serviços não pode ser imposta ao consumidor, parte hipossuficiente da relação, tendo que lidar indefinidamente com as postergações ocasionadas pela construtora, de sorte que eventual suspensão da obra por greve de trabalhadores não é capaz de afastar a responsabilidade do Agravante pelo cumprimento do contrato avençado.

Por certo, os atrasos decorrentes de greves, ou fatores outros atinentes ao ramo da construção civil, chamados de fortuitos internos, compreendem riscos da própria atividade, integrando o negócio empresarial, ficando o fornecedor responsável pelas suas consequências. E não por outra razão é que, ao ofertar o empreendimento com data certa de entrega, o construtor deve se precaver de todos os possíveis imprevistos, até mesmo porque o Código de Defesa do Consumidor é expresso ao determinar a vinculação do proponente à oferta, podendo, desta feita, ser estipulado prazo de tolerância para a entrega do imóvel, como aconteceu na espécie.

Sobre o tema colaciono jurisprudência dos Tribunais canarinhos:

DIREITO DO CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR PROFERIDA EM SEDE DE AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. PRORROGAÇÃO POR PRAZO INDEFINIDO EM FACE DE EVENTOS PREVISÍVEIS E ORDINÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DO EMPREENDIMENTO. INADIMPLENTO DA CONSTRUTORA. LIMINAR QUE DETERMINA QUE A AGRAVANTE CUSTEIE LOCAÇÃO AOS AGRAVADOS ATÉ ADATA DA ENTREGA DO IMÓVEL. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. É válida a cláusula de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias, porquanto a construção civil, comumente, se depara com imprevistos referentes à mão de obra, fornecimento de materiais, dentre outros, razão pela qual não se vislumbra abusividade na referida cláusula de prorrogação quanto ao prazo de entrega da obra (tópico 5.1. do contrato em discussão).

2. **A cláusula contratual que autoriza a prorrogação contratual indefinida, quando da ocorrência de caso fortuito ou força maior, é abusiva, porquanto excessivamente prejudicial ao consumidor.** O contrato (de adesão) foi redigido exclusivamente pela empresa apelada, o que impõe a observância do disposto nos artigos 47 e 54, do Código de Defesa do Consumidor. Precedente da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

3. Na hipótese dos autos, está suficientemente demonstrado o atraso na entrega do imóvel prometido à venda aos autores, conforme expressa previsão contratual, cuja entrega há muito se esvaiu, inclusive o prazo de 180 (cento e oitenta) dias de tolerância, uma vez que era esperada para o mês de abril de 2014.

4. Eventuais suspensões da obra por greve dos trabalhadores, razão suscitada pela agravante para justificar o atraso, é incapaz de elidir a responsabilidade que lhe foi atribuída. A empresa construtora, experiente nesse tipo de negócio, deve prever as intercorrências próprias do ramo da construção civil, de forma que inexistente motivo a habilitar a prorrogação indefinida da entrega do imóvel. Atrasos decorrentes destes fatores compreendem riscos do próprio negócio, integrando a atividade empresarial, motivo pelo qual deve o fornecedor responder pelas suas consequências (fortuito interno).

5. Demais disso, ainda que se considerassem eventuais atrasos decorrentes das greves dos trabalhadores da construção civil, ocorridas durante a construção do imóvel (anos 2011, 2012, 2013 e 2014), o prazo máximo para a entrega da obra, tendo em vista a cláusula de tolerância (180 dias) e as referidas paralisações (79 dias), chegou ao fim no mês de julho de 2014, isto é, há mais de 01 (um) ano atrás. Ressoa evidente, sob qualquer ótica, o atraso na entrega do imóvel.

6. Com efeito, a fumaça do bom direito encontra-se presente no fato de os argumentos dos promoventes, ora agravados, estarem albergados pela legislação e jurisprudência pátrias, possuindo diversos precedentes favoráveis aos seus questionamentos. Em relação ao perigo na demora, este se encontra evidenciado no processo, mormente quanto ao investimento realizado para a aquisição do imóvel próprio, talvez até mesmo para deixarem de pagar o aluguel mensal.

7. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (Agravo de instrumento nº 0624566-97.2015.8.06.0000. Relator(a): LIRA RAMOS DE OLIVEIRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 6ª Câmara Cível; Data do julgamento: 16/09/2015; Data de registro: 16/09/2015)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL E APELAÇÃO ADESIVA. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. PREVISÃO CONTRATUAL ABUSIVA. INDENIZAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS CAUSADOS. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA.

Em contratos de promessa de compra e venda de imóveis são admitidas cláusulas de prorrogação de entrega do imóvel, desde que prevejam tempo razoável e não considerem como fatos extraordinários circunstâncias inerentes à atividade, como chuvas, escassez de produtos e greve dos trabalhadores do setor da construção civil.

Precedentes TJES. O mero descumprimento temporário de contrato não é capaz de, por si só, gerar dano moral a ser indenizado. Precedentes STJ e TJES. (TJ-ES; APL 0033422-12.2011.8.08.0024; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Samuel Meira Brasil Junior; Julg. 10/02/2014; DJES 21/02/2014)

CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. PRAZO DE TOLERÂNCIA. LEGALIDADE. LUCROS CESSANTES DEVIDOS.

1. Embora beneficie as empresas, não se mostra abusivo o prazo de tolerância previsto em contrato de promessa de compra e venda de imóvel, tendo em vista a complexidade que envolve a construção civil e a necessidade de considerar atrasos na conclusão da obra por motivos que independem da própria empresa construtora, não representando desvantagem desmesurada ao consumidor, mesmo porque tinha pleno conhecimento de tal possibilidade quando da assinatura do contrato, com o qual concordou à época. 2. **O período que excede ao prazo de tolerância não pode ser admitido, eis que aí sim resta configurada a abusividade em desfavor do consumidor, cabendo frisar que a alegação de demora na liberação de recursos financeiros é risco do próprio empreendimento, intrínseco, portanto, à atividade empresarial, não configurando caso fortuito ou força maior.** 3. Deve a parte ré indenizar o consumidor a título de lucros cessantes, consubstanciados naquilo que deixou de auferir, ante a impossibilidade de uso e gozo do

imóvel, se comprovado o atraso na entrega da obra além do prazo de tolerância. 4. Recursos não providos. (TJ-DF; Rec 2011.07.1.034752-2; Ac. 746.943; Quarta Turma Cível; Rel. Des. Cruz Macedo; DJDFTE 14/01/2014; Pág. 120)

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE 180 DIAS ÚTEIS EXPIRADO. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. NÃO COMPROVADA. DEMORA NA ENTREGA DAS CHAVES. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL CONFIGURADO. PAGAMENTO DE CONDOMÍNIO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1.(...). 4.**É cediço que a chuva é fato previsível e somente se perfaz em caso fortuito ou força maior se restar comprovado que ultrapassou, em muito, os índices pluviométricos ordinários, de forma a causar a paralisação do trabalho, retardando a conclusão da obra.** 5.**também não se justifica o atraso pela falta de mão de obra ou demora no procedimento administrativo para a liberação do habite-se, uma vez que estes são fatores previsíveis a esse tipo de atividade e integram o risco do negócio.** Teoria do risco do negócio. 6.**não comprovada a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, imputa-se a responsabilidade ao fornecedor, in casu, da construtora pelo atraso na entrega do imóvel, nos termos do art. 14, § 3º, inciso II, do CDC.** 7.(...) (TJ-DF; Rec 2013.07.1.011552-9; Ac. 760.876; Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal; Rel. Juiz Carlos Alberto Martins Filho; DJDFTE 28/02/2014; Pág. 328)

APELAÇÃO CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. RELAÇÃO DE CONSUMO. ATRASO NA ENTREGA. MORA DA CONSTRUTORA. FORÇA MAIOR. NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DO CONGELAMENTO DO SALDO DEVEDOR. LUCROS CESSANTES. DEVIDOS. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. ART. 21 DO CPC. SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE.

1. A relação jurídica é de consumo quando as partes se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor previstos nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, já que a empresa ré comercializa, no mercado de consumo, bem imóvel adquirido pelo autor como destinatário final.

2. **Não há que se falar em força maior quando a demora na entrega do imóvel decorrer de chuvas torrenciais, greve no serviço público de transporte, uma vez que este evento é corriqueiro e previsível, sendo inerente ao risco da atividade exercida pela ré.** 3. (...) 6. Sentença reformada parcialmente. (TJ-DF; Rec 2014.01.1.053504-9; Ac. 842.369; Segunda Turma Cível; Relª Desª Gislene Pinheiro de Oliveira; DJDFTE 21/01/2015; Pág. 496) CPC, art. 21 CDC, art. 3

Por tais razões e por não se mostrar razoável o atraso injustificado na entrega do imóvel além do prazo de prorrogação fixado no contrato, de modo que a mora do empreendimento causa grave desvantagem econômica ao adquirente que arcou pontualmente com os compromissos que lhe cabiam, é que entendo que andou bem o juiz de primeiro grau ao conceder a tutela, no sentido de compelir o Réu ao pagamento dos alugueis referentes à locação de imóvel residencial pelo Autor, cujo valor e locação foram demonstrados nos autos (fls. 86-95), por se tratar de despesa extraordinária reflexa ao atraso do empreendimento. Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. MORA. CLÁUSULA PENAL. SUMULAS 5 E 7/STJ. ART. 535. AUSÊNCIA DE OMISSÕES. SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...) 3. Nos termos da jurisprudência consolidada neste Sodalício, a inexecução do contrato de compra e venda, consubstanciada na ausência de entrega do imóvel na data acordada, acarreta além da indenização correspondente à cláusula penal moratória, o pagamento de indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o tempo da mora da promitente vendedora. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg

no AREsp 525.614/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 25/08/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. NATUREZA LIMINAR. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL OBJETO DE COMPRA E VENDA. PAGAMENTO DE ALUGUÉIS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DEMONSTRADOS.

Tratando-se a controvérsia em epígrafe do deferimento de um pedido de natureza cautelar, na medida em que não há pretensão de antecipação do resultado de mérito postulado na ação, a apreciação da questão se dará com fulcro na norma do § 7º, do artigo 273, do CPC, estando condicionada à presença dos pressupostos da medida cautelar: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. **Demonstrado pela agravada, autora, o inequívoco atraso na entrega do imóvel, e a necessidade de renovação do contrato de locação em decorrência disso, deve ser a ré compelida a arcar mensalmente com o aluguel da autora até efetiva imissão desta na posse do imóvel.** (TJ-MG; AI 1.0188.12.012263-8/001; Rel. Des. Alberto Diniz Junior; Julg. 12/02/2015; DJEMG 25/02/2015)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL - ATRASO NA ENTREGA DA UNIDADE ALIENADA - RESTITUIÇÃO DE ALUGUEIS - POSSIBILIDADE - TAXA DE EVOLUÇÃO DE OBRA - RECOMPOSIÇÃO NECESSÁRIA - DANO MORAIS CARACTERIZADOS.

Não tendo o imóvel sido entregue na data pactuada, por culpa da construtora, é cabível a condenação da empresa ao pagamento de alugueis. Como a taxa de evolução de obra (juros da obra) é encargo mensal devido pelo promitente comprador para o agente financeiro, a construtora deve ser compelida a restituir essa quantia, vez que responsável pelo atraso na entrega da obra. Há evidente sofrimento moral, passível de ser indenizado, do comprador de imóvel em construção que, na data ajustada para a entrega do apartamento, constata que as obras estão longe de ser finalizadas. O *quantum* indenizatório de dano moral deve ser fixado em

termos razoáveis, para não ensejar a ideia de enriquecimento indevido da vítima e nem empobrecimento injusto do agente, devendo dar-se com moderação, proporcional ao grau de culpa, às circunstâncias em que se encontra o ofendido e a capacidade econômica do ofensor. (AC 10024122849680002 MG, Relator Domingos Coelho, Publicação 22/02/2016)

CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL. IMÓVEL. CONSTRUÇÃO. LEI Nº 4.591. APLICAÇÃO DO CDC. ATRASO NA ENTREGA. PRINCÍPIO *DIES INTERPELLAT PRO HOMINE* (DEVEDOR ESTA CONSTITUÍDO AUTOMATICAMENTE EM MORA). FORÇA MAIOR NÃO DEMONSTRADA. CULPA EXCLUSIVA DA CONSTRUTORA. RESCISÃO CONTRUTUAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE DOS TERRENOS DOS AUTOS, INCLUÍDA A ACESSÃO DAS CONSTRUÇÕES NELES FEITAS. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PERDAS E DANOS E LUCROS CESSANTES.

1. “O fim do contrato é a edificação. Para isto se celebra. Com este objetivo estabelecem-se os compromissos. Neste *desideratum*, o ajuste se determina. E, perseguindo esta finalidade, as partes acordam em aceitar cláusulas e condições (ç).” Assim leciona Caio Mário da Silva Pereira.

2. Uma vez comprovado que a demora na entrega de imóvel avençado ainda em construção decorreu sem justificativa plausível e de culpa exclusiva da construtora, possui o comprador direito à rescisão contratual com a devolução das parcelas pagas.

3. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

4. A jurisprudência deste e. Tribunal de Justiça, a respeito do inadimplemento contratual, hipótese dos autos, tem se posicionado no sentido de que, não tendo sido o imóvel entregue na data contratada, com desrespeito

ao cronograma da obra, deve o promitente vendedor ser responsabilizado pela rescisão do contrato, tudo de acordo com supracitado dispositivo civilista.

5. O dever de pagar os lucros cessantes decorre do inadimplemento, independente da fruição do bem ser através de aluguel ou uso próprio.

6. Recurso conhecido, porém improvido. (Apelação 0531861-05.2000.8.06.0001. Relator(a): FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data de registro: 03/02/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE EM EDÍFICO. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. PAGAMENTO DE ALUGUEL E SUSPENSÃO DOS JUROS. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. **Embora o referido prazo tenha se esgotado, é fato que a agravante ainda não ofertou a entrega do imóvel aos agravados. Em função dessa violação contratual, considero acertada a decisão objurgada quando determinou ao agravante o pagamento mensal do valor de R\$ 1.900,00 (hum mil e novecentos reais), contados da citação até a efetiva entrega do imóvel, para efeito de subsidiar o custo do aluguel do imóvel onde os agravados se encontram temporariamente, aguardando a entrega do bem.** 2. E também em função do atraso ilegal na entrega do imóvel, julgo acertada a decisão agravada quando suspendeu a cobrança de juros do saldo remanescente desde dezembro de 2012, vez que o consumidor não se encontra em mora. 3. Recurso conhecido e improvido. (Agravo de instrumento 201330245198 PA. Relator JOSE MARIA TEIXEIRA DO ROSARIO, Publicação 07/02/2014)

E mais, o Superior Tribunal de Justiça já se posiciona no sentido de que o atraso na entrega da unidade imobiliária, que configura inadimplemento contratual por parte do promitente-vendedor, causa, além do dano emergente, consubstanciado nos valores das parcelas pagas pelos promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueis, vejamos:

CIVIL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. CONSTRUTORA. ATRASO NA ENTREGA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. LUCROS CESSANTES. PRESUNÇÃO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

1. Ação de revisão contratual cumulada com indenização por dano material e compensação por dano moral ajuizada em 03.07.2012. Agravo em Recurso especial concluso ao gabinete em 21.09.2016. Julgamento: CPC/73. 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o atraso da recorrida em entregar unidade imobiliária gerou danos materiais e morais aos recorridos. 3. (...) 6. **O não cumprimento do contrato pelo promitente-vendedor, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres, que deixariam de pagar ou que poderia o imóvel ter rendido, se tivesse sido entregue na data contratada, pois esta seria a situação econômica em que se encontrariam se a unidade imobiliária tivesse sido entregue na data contratada.** Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do CPC/73). Precedentes. 7. A jurisprudência do STJ vem evoluindo, de maneira acertada, para permitir que se observe o fato concreto e suas circunstâncias, afastando o caráter absoluto da presunção de existência de danos morais indenizáveis. 8. A compensação por dano moral por atraso em entrega de unidade imobiliária só será possível em excepcionais circunstâncias que sejam comprovadas de plano nos autos, o que não restou configurado. 9. Recurso especial de INTERLAKES EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA. parcialmente conhecido, e nessa parte, provido. 10. Recurso especial adesivo de MARCELO PEDRO e LILIANE SIMÕES CARNEIRO PEDRO não conhecido. (REsp 1641037/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

Desta feita, sendo incontroversa a excessiva letargia do Recorrente para o cumprimento de sua obrigação contratual, assim como diante do fato de serem as paralisações da mão de obra na construção civil inerentes ao risco da atividade empresarial, de forma que é seu dever a previsão e a precaução quanto à ocorrência de eventuais situações fortuitas e próprias do ramo, não se podendo valer de tais argumentos para prorrogar indefinidamente a entrega da obra, bem como por não ser proporcional o custeio pelo consumidor das despesas decorrentes de tal demora, vislumbro preenchidos os requisitos que dizem com a probabilidade do direito e com o perigo de dano (art. 300 do CPC), necessários ao deferimento da tutela de urgência requerida na inicial.

Com esteio em todos os fundamentos fáticos e jurídicos acima tecidos, conheço do recurso, mas para negar-lhe provimento, mantendo inalterados os termos da decisão interlocutória do juízo *a quo*.

É como voto.

Fortaleza/CE, 23 de agosto de 2017.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

APELAÇÃO CRIME Nº 0000740-03.2004.8.06.0154

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

APELADO: JAYME CÉSAR FERNANDES DE OLIVEIRA FILHO

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA EDNA MARTINS

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. PRELIMINAR ARGUIDA EM SUSTENTAÇÃO ORAL. ABSOLVIÇÃO CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS. FALTA DE LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA RECORRER. INOCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 593, INCISO III, ALÍNEA “D”. REJEIÇÃO. MÉRITO: INSURGÊNCIA MINISTERIAL. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. PROCEDÊNCIA. SUBMISSÃO DO RÉU A NOVO JULGAMENTO. ANIMUS NECANDIEVIDENCIADO. APELO PROVIDO.

1. Cuida-se de apelação criminal interposta pelo *Parquet* primevo contra decisão do Tribunal do Júri que acusado pelo acolhimento da tese da legítima defesa. Preliminar suscitada pela Defesa em sustentação oral na sessão desta Câmara, datada de 31/05/2016, com fim de não se conhecer da legitimidade do Ministério Público para apelar, quando ocorrer a absolvição sumária do acusado pelos jurados.

2. Quanto a prefacial, importante ressaltar, *ab initio*, que o Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que é parte, bem como naqueles em que oficiou como fiscal da lei; cabendo-lhe ainda, sem prejuízos de outras atribuições, adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a

quaisquer irregularidades constatadas.

3. A tese apresentada pela defesa, ainda não foi definitivamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, o que me posiciona a não tomar qualquer decisão de natureza teratológica.

4. No *meritum causae*, em decorrência do princípio da soberania dos vereditos, a anulação do julgamento proferido da Corte Laica, sob a alegação de manifesta contrariedade à prova dos autos, somente é possível quando estiver completamente divorciada dos elementos de convicção constantes do processo, o que ocorre na espécie.

5. Não afronta ao princípio da soberania dos vereditos do júri, previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição da República, a decisão devidamente fundamentada do Tribunal *a quo* que submete os réus a um novo julgamento, sob o argumento de que o Conselho de Sentença baseou-se nas manifestações isoladas dos acusados, em clara contrariedade ao arcabouço probatório acostado aos autos. (HC 238866/PE).

6. *In casu*, é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que absolve o réu pelo acolhimento da tese defensiva da legítima defesa, mormente quando o alicerce probatório é uníssono em evidenciar o *animus necandi* e a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, o que determina a aplicação do enunciado da Súmula 6 deste egrégio Tribunal de Justiça.

7. Recurso conhecido, para rejeitar a prefacial arguida e dar total provimento ao *Apelatio*, submetendo o recorrido a novo julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, para rejeitar a prefacial arguida e dar total provimento ao *Apelatio*, submetendo o recorrido a novo julgamento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra a decisão do Tribunal do Júri que absolveu Jayme César Fernandes de Oliveira Filho pelo acolhimento da tese da legítima defesa.

Aduz o ente ministerial que contrariando a robustez probatória o Corpo de Jurados absolveu o recorrido com base na tese da legítima defesa, embora o recorrente tenha agido com *animus necandi*, somente não percorrendo todo o *inter criminis* pela interveniência de terceiro.

E afirma que “A materialidade do crime está demonstrada pelos documentos de fl. 9 e fls. 32/33, os quais comprovam a existência de ofensa à integridade corporal da vítima por meio de instrumento perfuro-cortante, mencionando o risco de vida sofrido e a deformidade permanente resultante das lesões” (Razões - p. 434)

Assim, requer o provimento do apelo para submeter o acusado a novo julgamento.

Contrarrazões às pp. 441/449.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às pp. 461/469, pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Antes de adentrar ao mérito, necessário análise da preliminar suscitada em sustentação oral pelo Dr. Antônio de Holanda na sessão desta Câmara, datada de 31/05/2016, postulando não ser conhecido o recurso de

apelação por falta de legitimidade do Ministério Público para apelar, em razão da absolvição sumária do acusado pelos jurados.

O Ilustre Procurador de Justiça, presente a sessão, foi pela rejeição da preliminar.

O quesito genérico da absolvição é previsto no art. 483, inciso III, do CPP, sendo uma das modificações trazidas pela Lei nº 11.689/2008. Dentro deste quesito, incluem-se todas as possíveis defensivas que levariam à absolvição do acusado, excetuando-se as teses de negativa de autoria ou participação e negativa de materialidade, uma vez que julgados improcedentes quaisquer dos dois primeiros quesitos, há também a absolvição.

O referido diploma normativo originou-se da proposta advinda do Poder Executivo, pela MSC 209/2001 e tramitou no Congresso Nacional como PL 4.203/2001. O objetivo almejado pelo legislador foi o de conferir maior simplificação ao procedimento, situação esta bastante evidente no que tange à modificação promovida no âmbito da quesitação.

O corpo de jurados julga conforme sua convicção íntima, sem motivação, configurando uma exceção à regra constitucional do art. 93, inciso IX, que encarta o princípio do livre convencimento motivado, circunstância que não se permite saber qual a tese acolhida pelo jurado para absolver o pronunciado.

Entretanto, não pode o jurado decidir de forma dissociada da prova dos autos para, após considerar o réu responsável pela tentativa de homicídio e comprovada a materialidade, absolvê-lo simplesmente por qualquer fundamento metajurídico, como por exemplo - a clemência -, situação esta que se assemelha à graça presidencial, prevista no art. 84 da Constituição Federal, o que repercutiria em violação de competência do Presidente da República e configuraria porta (larga) para a impunidade, apresentando-se como veículo de injustiça e desprestígio da fonte de todos os direitos: a vida.

In casu, observa-se que no terceiro quesito o Conselho de Sentença reconheceu o *animus necandi* e a intervenção providencial que sucumbiu com a completude do *inter criminis*, quando menciona - “Assim

agindo, o réu deu início à execução de um crime de homicídio, que somente não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade?” - sendo afirmativo pela maioria absoluta; porém, no quarto quesito - “O jurado absolve o acusado?” - o excluem da responsabilidade social do ato delitivo, sendo, também, positivo por maioria de votos.

A instituição do Júri, como garantia individual insuprimível pelo constituinte derivado, é soberana em suas decisões. No entanto, essa soberania deve ser entendida, que nenhum órgão jurisdicional pode substituí-lo no seu mister de julgar crimes dolosos contra a vida. Somente isso! Soberania não é poder absoluto e incontestável, comparável a poderes de realeza que podem, com uma simples decisão, transmutar a natureza das coisas.

Não pode, pois, o Júri absolver uma pessoa reconhecidamente responsável por um crime e com provas materiais incontestes, quando ausente qualquer causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Nenhum poder é ilimitado, pois, acima de todos os poderes, há a Constituição Federal, que tutela, como valores supremos, a existência humana e a justiça, em espeque ao *caput* do art. 5ª da Carta Magna vigente.

Com efeito, os jurados são livres para decidir se o acusado é ou não autor do delito em questão; mas uma vez que assim o reconhece, não pode simplesmente furtá-lo a responder por seus atos.

Não podemos limitar somente à defesa o direito de interpor recurso com base no art. 593, inciso III, alínea “d”, do CPP, haja vista a preponderância do princípio da paridade de armas, implicaria em violação à garantia do devido processo legal, que concentra entre outros o direito a igualdade entre as partes. Nem mesmo no arcabouço da Lei nº 11.689/2008 se vislumbra essa proibição, motivo pelo qual o *Parquet*, defensor da ordem jurídica e representante dos interesses da sociedade, diferente do Conselho de Sentença, que representa a comunidade local; possui legitimidade ativa para interpor a presente Apelação, com base na verdade real ínsita no conjunto probatório.

Apesar de relevante a tese trazida pela defesa neste julgamento, está sendo tratada de forma preliminar, isolada e precária por decisão monocrática pelo Ministro Celso de Mello, no RHC 117076/PR, apreciado

na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo inclusive parecer desfavorável da Procuradoria Geral da Republica, de onde tiro a lição abaixo:

“...Considerada a peculiaridade do sistema de íntima convicção resume Nelson Hungria, citado por Espindola Filho, " Juiz ou Tribunal do Juri estão adstritos às provas, sendo livre apenas o modo de as apreciar. De modo que é apenas para que o juri não viole a regra do livre convencimento que se colocou esse algum apoio. Ele não pode condenar ou absolver, desde que não há nenhum apoio na prova, mas dentro dos autos tem liberdade de julgar ...Manteve-se o Tribunal do Juri com uma soberania limitada; uma vez há elemento de convicção, dentro dos autos em favor da decisão o Tribunal Superior não pode cassar a decisão" (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. 6a Ed. VolVI p.137 nota”.

Neste sentido, encontramos o mesmo entendimento nos julgados do STJ, conforme se vêem nos colacionados abaixo:

1. Independentemente do motivo que levou os jurados a absolver o acusado, a capacidade postulatória recursal do *Parquet*, quando o julgamento se afigura contrário à prova dos autos, é consentânea com a paridade de armas inerente ao princípio do contraditório e do devido processo legal.
2. A ausência de debate ou deliberação pelo Tribunal de origem quanto ao § 2º do art. 483 do CPP impede a análise da questão por esta Corte ante a falta de prequestionamento.
3. Não há violação ao princípio da soberania dos veredictos, inserto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal, nos casos em que, com espeque na alínea “d” do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, o Tribunal de origem, de forma fundamentada, entende que a decisão dos jurados não se coaduna com a prova produzida sob o crivo do contraditório.
4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1279329/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), **QUINTA TURMA**, julgado em **01/10/2015**, DJe 13/10/2015) – negritei

(...)

2. Apesar das peculiaridades previstas no sistema recursal para os casos de processos de competência do Júri, tem-se que dentro dos limites previstos no art. 593, III, do CPP, o legislador ordinário não restringiu ao Órgão Ministerial o direito ao duplo grau de jurisdição, podendo esse interpor recurso de apelação com fundamento em qualquer das alíneas enumeradas no referido inciso.

3. O entendimento desta Corte encontra-se pacificado no sentido de que não configura afronta à plenitude da defesa ou à soberania dos veredictos o acórdão que, apreciando recurso de apelação, conclui, de maneira fundamentada, pela completa dissociação do resultado do julgamento pelo Júri com o conjunto probatório produzido durante a instrução processual. (HC 346.919/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, **SEXTA TURMA**, julgado em **03/05/2016**, DJe 12/05/2016)-negritei

Assim voto no sentido de rejeitar a preliminar.

Quanto ao *meritum causae*, razão assiste a insurgência ministerial.

A presente apelação ampara-se no art. 593, III, “a” e “d”, do Código de Processo Penal, que dispõe que caberá apelação das decisões do Tribunal do Júri quando for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, de forma que podem ser anuladas para submeter o acusado a novo julgamento.

Trata-se de recurso de fundamentação vinculada, devendo a parte interessada na reforma da decisão proferida pelos jurados demonstrar, de forma fundamentada, o alegado divórcio entre a decisão recorrida e a prova dos autos, num verdadeiro exercício silogístico.

Tal exigência se faz com base na soberania dos veredictos, assegurada pelo art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição Federal, princípio basilar que rege o julgamento pelo Tribunal Popular do Júri, de forma tal que apenas excepcionalmente as decisões do conselho de sentença poderão ser desconstituídas pelos tribunais, em casos excepcionais, expressamente previstos em lei.

Nesse sentido, pacífica é a jurisprudência dos tribunais superiores, conforme ilustram os arestos abaixo parcialmente transcritos:

“Não há violação ao princípio da soberania dos veredictos, inserto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal, nos casos em que, com espeque na alínea “d” do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, o Tribunal de origem, de forma fundamentada, entende que a decisão dos jurados não se coaduna com a prova produzida sob o crivo do contraditório.” (HC 264373/ES, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 11/02/2014)

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO VEREDICTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. INEXISTÊNCIA DE EXCESSO DE LINGUAGEM. ORDEM DENEGADA.

1. A Corte Estadual considerou contraditória a absolvição do paciente por negativa de autoria, tendo em vista a existência de provas de sua participação no delito. Agiu, desse modo, amparada na alínea d do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, que determina a sujeição do réu a novo julgamento quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. 2. Com efeito, tendo o Conselho de Sentença adotado tese integralmente incompatível com as provas dos autos, forçoso é a anulação do julgamento, com a determinação de que outro se realize. 3. O acórdão que anulou o primeiro veredicto por considerá-lo manifestamente contrário às provas dos autos respeitou os limites de comedimento. Não há, dessarte, que se falar em excesso de fundamentação, ou que a decisão teria o condão de influenciar os jurados. 4. *Writ* denegado. (HC 107525/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe-168 01/09/2011)

Feitas essas considerações, passo a analisar as razões do apelo do Ministério Público.

Como relatado, trata-se de Apelação Criminal, interposta pelo Ministério Público contra a decisão dos jurados que absolveu o apelado pelo reconhecimento da legítima defesa putativa.

Os depoimentos das testemunhas de acusação demonstram de forma coesa, uníssona e robusta, que a vítima encontrava-se bebericando no *trailer* “Opa Opa”, quando ali chegou o apelado com uma faca tipo trinchete e, sem qualquer discussão prévia, desferiu diversos golpes contra Leônidas Carlos de Araújo, não tendo conseguido ceifar-lhe a vida graças a intervenção de Paulo César Alves da Silva que empurrou o réu, o qual ao cair tratou de abandonar a arma e fugir logo em seguida em seu carro. Ressalte-se que o ofendido encontrava-se totalmente desarmado. Desta maneira, não foi dada a Leônidas a menor chance de se defender das investidas de Jayme, demonstrando total hegemonia de força e confirmando a presença da qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Lesões descritas nos autos de exame de lesão corporal (p. 11) e Prontuário de Registro de Atendimento Emergencial da vítima expedidos pelo IJF às pp. 36/38.

As testemunhas presenciais narraram com peculiaridades o desfecho do fato criminoso:

[...] Que de repente chegou o acusado; que o mesmo desceu do seu veículo e dirigiu-se a vítima, desferindo-lhe lesões; que o acusado utilizou-se de um instrumento parecido com trinchete, na prática delitiva; que o acusado não discutiu com a vítima momentos antes do delito; que após haver o acusado lesionado a vítima, passaram a travar luta corporal; que em dado momento a vítima caiu no chão; que então, o depoente teve a oportunidade de empurrar o acusado, o qual, caiu ao solo e derrubou a arma do crime; que ao levantar, o acusado empreendeu fuga em seu veículo;[...] que a vítima não estava armada naquele momento;[...] que a vítima não estava alcoolizada; que a vítima havia batido no acusado no dia fatídico pela manhã;[...] (Paulo César Alves da Silva –p.70)

[...] que viu quando o Jaime derrubou o “Leo” entre o traller(sic) e uma mesa; que pensou que Jaime estivesse esmurrando a vítima; que no entanto, Jaime estava furando a vítima; que informa, por ouvir dizer, que no dia fatídico pela manhã, a vítima havia batido no acusado;[...] que não ouviu falar de ter o acusado discutido com a vítima, antes do crime;[...]” (Antônio Helder Cavalcante Alves– p. 71)

[...] que no dia do fato, o depoente tinha ido a sua residência deixar seu filho; que ao retornar ao trailler de sua propriedade, encontrou as pessoas “Leo” e Jaime agarradas; que “Leo” estava no chão, enquanto Jaime o esfaqueava; que informa, por ouvir dizer, que “Leo” e Jaime, haviam discutido anteriormente; [...] que existia um desentendimento entre acusado e vítima, por causa de uma questão de uma moto; [...]” (José Edvane Barbosa– pp. 68/69)

A vítima assevera que teve uma contenda com o acusado pela manhã, inclusive com luta corporal, pelo motivo de um negócio referente a venda de uma moto. À noite, quando estava no *trailler* “Opa Opa”, foi surpreendido pelo algoz que de posse de um punhal, passou a desferir-lhes golpes que somente cessaram pela intervenção de um Paulo César. (p. 73)

A versão exculpatória do recorrido de que a vítima havia feito gestos de afronta com menção de sacar uma arma, além de ter-lhe agredido com um soco, o que lhe determinou armar-se e tentar contra a vida Leônidas, consiste somente na tentativa de criar um clima propício à consolidação da legítima defesa putativa.

Ademais, o *animus necandi* fica evidenciado pela voracidade de golpes investidos contra a vítima desarmada e surpresa com aquela atitude insana, que somente não levou a sua execução sumária pela intervenção de terceiros.

No caso em exame, constata-se que ao acolher as teses da defesa, os jurados não analisaram com o devido cuidado o acervo probatório, proferindo um veredicto com esteio exclusivamente no depoimento do acusado, ao arrepio das demais provas carreadas ao processo, devendo ser anulado o julgamento.

Em caso análogo, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no mesmo diapasão, conforme ilustra o seguinte aresto:

“Não afronta ao princípio da soberania dos veredictos do júri, previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição da República, a decisão devidamente

fundamentada do Tribunal *a quo* que submete o réu a um novo julgamento, sob o argumento de que o Conselho de Sentença baseou-se na manifestação isolada do acusado, em clara contrariedade ao arcabouço probatório acostado aos autos.” (HC 238866/PE, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 27/06/2014)

Impende registrar que a jurisprudência pátria é interativa no sentido de que os tribunais têm competência para anular decisões do Júri quando estas se mostrem destituídas de qualquer fundamento fático constante dos autos. A título ilustrativo, consignem-se os julgados abaixo:

“Não ofende o princípio da soberania do júri a decisão do Tribunal que determina seja o réu submetido a novo julgamento, por ter sido o primeiro proferido manifestamente em desconformidade com a prova constante do processo” (STF - RTJ 103/988).

“Constitucional. Penal. Processo Penal. Júri. Soberania. III. A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não exclui a recorribilidade de suas decisões quando se mostram manifestamente contrárias à prova dos autos (CPP, art. 593, III, d). Provido o recurso, será o réu novamente submetido a novo julgamento pelo júri” (STF - RT 675/452).

“É certo que as decisões do Júri não podem ser alteradas, quando ao mérito, pela instância *ad quem*, podendo apenas ser anuladas para que o mesmo júri reveja a sua decisão, mantendo ou modificando a mesma. Assim, não podem os Juízes da instância superior substituir os jurados na apreciação do mérito da causa já decidida pelo Tribunal do Júri, à vista do princípio constitucional da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, XXXVIII, c, da Cf. Todavia, a soberania do júri não afasta a recorribilidade de suas decisões, significando apenas a impossibilidade de revisão pelo mérito” (STF - RT 739/546).

Assim, estando demonstrado que a decisão dos jurados é inteiramente contrária à prova dos autos, aplica-se ao caso concreto 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.

Ex positis,

Conheço do apelo, mas rejeito de pronto a preliminar arguida e concedo total provimento a irresignação ministerial, por vislumbrar que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, para determinar que seja o recorrido submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular do Júri, nos termos do art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 7 de junho de 2016.

PROCESSO: 0001043-08.2015.8.06.0000 – APELAÇÃO CRIME

APELANTE: JOSÉ HAMILTON PEREIRA DA SILVA

APELADO- A JUSTIÇA PÚBLICA.

RELATOR: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, §2º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO). 1. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEFESA CONTRA DECISÃO DE NOVO JULGAMENTO. 1º ARGUMENTO – ART. 593, III, “D”, DO CPP. ALEGAÇÃO IDÊNTICA À DE RECURSO ANTERIORMENTE INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS E DA SEGURANÇA JURÍDICA. NÃO CONHECIMENTO. 2º ARGUMENTO. PENA-BASE EXACERBADA. DESPROVIMENTO. EVIDENCIADAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS QUE AUTORIZAM A EXASPERAÇÃO OPERADA. 2. MODIFICAÇÃO DA REPRIMENDA SOB OUTRO ARGUMENTO. DESPROPORÇÃO ENTRE A ATENUANTE RECONHECIDA (ART. 65, III, “D”, DO CPB) E A REPRIMENDA BÁSICA FIXADA. CABÍVEL A REDUÇÃO DA PENA.

Recurso parcialmente conhecido e provido na extensão conhecida, mediante a redução da pena imposta por força de causa diversa da alegada. Interposto pelo réu recurso com lastro no artigo 593, III, “d”, do Código de Processo Penal – idêntico fundamento jurídico de apelo anteriormente

ajuizado pelo Ministério Público, que provido, já havia submetido o apelante ao crivo de novo Conselho de Sentença. Impossibilidade legal de conhecimento do segundo recurso interposto. Inteligência do art. 593, §3º, *in fine*, da referida lei. Em sede de juízo de admissibilidade, observa-se que novo reexame da matéria pelo Júri daria azo à multiplicidade de julgamentos, implicando ofensa ao postulado da soberania dos veredictos, bem como ao princípio da segurança jurídica, motivo por que o recurso não deve ser conhecido. Evidenciadas circunstâncias judiciais que autorizam a fixação da pena-base no *quantum* operado. Cabível, no entanto, a redução da pena, considerando a desproporção entre o *quantum* fixado para a atenuação da reprimenda frente à pena-base estabelecida. Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido na extensão conhecida, mediante o redimensionamento da pena por razão diversa da alegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de nº 0001043-08.2015.8.06.0000, em que foi interposta apelação por José Hamilton Pereira da Silva contra sentença proferida pelo Tribunal do Júri da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro do Norte, pela qual foi condenado pela prática de crime previsto no art. 121, § 2º, I 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 parcialmente do apelo e dar-lhe provimento na extensão conhecida, por razões diversas da alegada, tudo em consonância com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2016.

RELATÓRIO

Trata-se de autos em que foi interposta apelação por José Hamilton Pereira da Silva contra sentença proferida pelo Tribunal do Júri da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro do Norte, pela qual foi condenado pela prática de crime previsto no art. 121, §2º, I e IV, do Código Penal Brasileiro, em razão do seguinte fato narrado na denúncia:

“... no dia 23 de setembro de 1999, por volta das 18hr:20min, na Rua José Xavier de Oliveira com a Rua Abel Sobreira, nesta urbe, o Denunciado supra, tirou a vida da Srª Maria Micilene Pereira da Silva. O celerado, para infelicidade da vítima, encontrou-se com sua ex-namorada, que era amiga da vítima, em plena via pública, quando as mesmas estavam em um orelhão telefonando. O homicida já vinha, absurdamente, esperando uma oportunidade de ceifar a vida de sua ex-parceira, apenas pelo fato de esta ter rompido a relação existente entre eles, não suportando a decisão de sua ex-namorada, o Denunciado friamente optou por matá-la, conforme se depreende às fls. 10. Então no fatídico dia, ‘Hamilton Jôia’, ao deparar-se com Juliana, sua ex-namorada, e com sua amiga, a vítima fatal, imediatamente foi buscar um revólver, calibre 38, e de posse da arma, voltou para cumprir o idealizado. Chegando ao local do crime, de arma em punho, atirou inesperadamente contra Juliana, vindo a acertar um balaço mortal na jovem vítima, sua (dela) amiga, e teria acertada mais pessoas se as mesmas não tivessem procurado proteção, inclusive sua ex-parceira”.

Dito isso e atendendo ao princípio da efetividade e com o intuito de conferir maior celeridade ao feito, adoto o relatório constante na decisão de pronúncia acostada às fls. 175 e ss, passando a complementá-lo a partir de então, sem prejuízo de uma análise criteriosa quanto à adequação do procedimento às disposições legais do Código de Processo Penal.

Por tal ato foi o réu pronunciado por crime previsto no art. 121, §2º, I e IV, do Código Penal Brasileiro.

Documentos atinentes à sessão plenária do Júri às fls. 228 e ss, onde consta que condenado por homicídio privilegiado.

Interposto recurso pelo Ministério Público, nos termos do art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, quedou provido, conforme acórdão constante às fls. 292 e ss.

Novamente submetido a julgamento, conforme se vê às fls. 371 e ss, dessa feita condenado ao cumprimento de vinte e dois anos de reclusão em regime fechado, mediante progressão.

Irresignado, interpôs o recurso nos termos do art. 593, III, “c” e “d”, do Código de Processo Penal, ainda mesmo por ocasião da sessão plenária, argumentos esses mantidos por ocasião da apresentação das razões recursais.

Contrarrazões pelo desprovimento da via, ressaltado o fato de que impossível a submissão do réu a um terceiro julgamento, por força do contido no art. 593, §3º, do Código de Processo Penal.

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo seu desprovimento, afirmando-se a impossibilidade de anulação do julgamento e que irrepreensível fixação da pena imposta.

É o relatório.

VOTO

Como antes declinado, trata-se de autos em que interposta apelação por José Hamilton Pereira da Silva contra sentença proferida pelo Tribunal do Júri da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro do Norte, pela qual foi condenado pela prática de crime previsto no art. 121, §2º, I e IV, do Código Penal Brasileiro.

Como evidente, requer a Defesa a reforma da decisão, argumentando que fora proferida de forma manifestamente contrária à prova dos autos. Em segundo argumento, afirma que exasperada a pena imposta, porquanto não observados os termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.

In casu, quanto ao primeiro argumento, não obstante as judiciosas ponderações levadas a efeito, não se pode conhecer deste último recurso interposto, em razão de norma processual de natureza impeditiva. Explico.

O apelante foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri em duas ocasiões distintas: a primeira em sessão realizada no dia 29 de maio de 2007, quando restou condenado por homicídio privilegiado (fls. 243 e ss). Na ocasião ofertado recurso pelo Ministério Público arrimado no artigo 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, ao qual foi dado provimento, por acórdão acostado às fls. 292 e ss; a segunda, por sessão realizada no dia 28 de abril do corrente ano, ato em que foi condenado nos termos em que pronunciado, e interpôs novo apelo, também com arrimo do pré-falado artigo – 593, III, “d”, do Código de Processo Penal. Na ocasião, argumentou, subsidiariamente, que exasperada a reprimenda.

Vê-se, então, que a causa principal de pedir do segundo apelo ofertado é semelhante à primeira, porquanto, em ambos os recursos, as partes se insurgiram contra as decisões, dizendo haverem sido proferidas em contrariedade à prova existente nos autos. Esse tipo de procedimento – interposição de sucessivo recurso de apelação nos termos do art. 593, III, “d”, em um mesmo processo –, é expressamente vedado por lei. Assim está previsto na Lei Adjetiva Penal:

Art. 593 - Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

- I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;
- II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;
- III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:
 - a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
 - b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
 - c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
 - d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

§ 1º - Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal *ad quem* fará a devida retificação.

§ 2º - Interposta a apelação com fundamento no nº III, c, deste artigo, o tribunal *ad quem*, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança.

§ 3º - Se a apelação se fundar no nº 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. (grifo nosso)

A esse respeito, vem a lição de Heráclito Mossin *in* Júri: Crimes e Processo, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009:

“Em se tratando de apelação relativamente ao julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, o legislador processual penal permite que haja um único recurso. É o que se encontra cristalizado no §3º do inciso III, *in fine*, do art. 593 do Código de Processo Penal: “não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação”.

(...). O motivo basilar da vedação enfocada encontra apoio na proteção da soberania dos veredictos, pois se assim não fosse, poderia haver uma multiplicidade de julgamentos, o que implicaria instabilidade da decisão popular. Pela exegese do texto processual retro produzido, a expressão “mesmo motivo” tem sentido abrangente. No seu âmbito, tanto é proibida uma segunda apelação, quer a primeira tenha sido efetivada pela defesa, quer tenha sido interposta pela acusação. Portanto, independentemente da parte que tenha interposto o recurso de apelação pelo mérito, uma vez conhecida e provida, tem-se por findo o procedimento recursal, não podendo outro apelo ser interposto, pelo mesmo motivo ou pelo mesmo fundamento, independentemente do novo resultado do julgamento e ainda que o recurso tenha sido utilizado somente contra parte da decisão. Nessa ordem de consideração, “se a decisão do Tribunal do Júri foi considerada manifestamente contrária à prova dos autos, por força de recurso interposto

pelo Ministério Público, não deve ser conhecida posterior apelação interposta pela defesa sob o mesmo fundamento” (RT 786/727). Resulta do regramento processual penal sob comento, que a proibição de um segundo apelo se eleva à categoria de um pressuposto recursal objetivo especial de caráter negativo, porquanto cumpre ao magistrado de primeiro grau, dentro do juízo de admissibilidade recursal, se interposto o apelo, verificar o impedimento legal e não admitir sua procedimentação. É caso de denegação da apelação. O mesmo dever processual está afeto ao tribunal competente para conhecer e julgar a apelação”.

Destarte, é o caso de não se conhecer desse argumento defensivo.

Quanto à segunda alegação, no sentido de que exacerbada a pena, melhor sorte assiste ao apelante. Explico.

Afirma a Defesa que a reprimenda de vinte e três anos de reclusão é por demais exacerbada, porquanto não observado pelo Magistrado que o agente, à época do crime, não contava com condenação criminal, violados, portanto, os termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Para melhor compreensão, colaciono, o respectivo trecho do *decisum*:

“... no que concerne à culpabilidade, a conduta do réu revestiu-se de extrema gravidade e considerável grau de censurabilidade, eis que o fato delituoso foi praticado com emprego de arma de fogo, efetuando disparo que atingiu a vítima na região da cabeça.

Quanto aos antecedentes criminais, se afiguram desfavoráveis, eis que à época do crime constava registro de crime igualmente qualificado.

No que tange à conduta social, constam elementos nos autos que indicam ser o acusado portador de conduta social reprovável, inclusive há relatos de postura violenta, que o tornava temido no meio social. Quanto à personalidade do agente, o conjunto probatório indica se tratar de personalidade voltada para o crime, perigosa e fria, inclusive com relatos de comportamento cruel com animais, conforme relato de Juliana Macário Belém. Os motivos já foram valorados na

pronúncia, não podendo agora servir para valorar a pena-base. As circunstâncias do crime são consideradas graves, dado o modo como o crime foi cometido, em via pública, diante de numerosas testemunhas, inclusive pessoas que se encontravam próxima ao aparelho telefônico onde se encontrava a vítima. As consequências extrapenais do crime em comento foram graves, haja vista que uma vida foi tirada causando sofrimento aos seus familiares, bem assim a vítima deixou órfão de tenra idade, à época contando com dois anos de vida. Não há notícias de que a vítima tenha contribuído para o evento. FIXO a pena base em 20 (vinte) anos de reclusão. Tendo em vista que o crime foi duplamente qualificado, tomo a qualificadora da torpeza como agravante (v. nesse sentido CÉZAR ROBERTO BITTENCOURT, Manual de Direito Penal – Parte Geral, V. 1, Saraiva, 6ª ed., pág. 524; FERNANDO CAPEZ, Curso de Direito Penal – Parte Geral, V. 1, Saraiva, 2004, 415; e GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código Penal Comentado, RT, 2003, pág. 290), daí porque agravo a pena em 03(três) anos de reclusão. Reconheço, ainda, a atenuante da confissão, vez que em Juízo o acusado admitiu ter atirado contra a pessoa de Juliana Macário, daí porque reduzo a pena em 01(um) ano. Assim, sendo, resta o réu José Hamilton Pereira da Silva, condenado à pena de 22 (vinte e dois) anos de reclusão, a qual torno definitiva à míngua de circunstâncias outras modificadoras. O regime para o cumprimento da pena imposta ao réu é inicialmente fechado...”.

Da leitura desse trecho, vejo que a Magistrada fez alusão aos registros de procedimentos criminais como desfavoráveis. Argumenta a Defesa, muito embora não tenha feito prova, que o réu, à época do crime, era tecnicamente primário, evidenciando-se a exasperação operada com esteio nos antecedentes uma franca violação ao termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que, inobstante esse fundamento utilizado na origem, vejo que outras circunstâncias indicadas na sentença são desfavoráveis ao réu, mormente a conduta social de uma pessoa agressiva, sem que se possa olvidar do fato sobejamente comprovado, de que atuou irresponsavelmente,

no mínimo com dolo eventual, ao efetuar disparos de arma de fogo em direção a duas pessoas distintas, que se encontravam ‘encangadas’, próximas ao orelhão (palavras do réu por ocasião do segundo julgamento em sessão plenária). Anote-se que pela prova oral coletada, restou comprovado que ele, “após descer da moto, efetuou vários disparos, sendo que um atingiu a cabeça da moça que o depoente já tinha visto anteriormente...” (José Wilson Silva da Costa, testemunha ocular do crime - fls. 66/67), o que foi confirmado pela pretendida vítima em sede de instrução criminal, que afirmou “que acredita, por não ter certeza, de que foram disparados três tiros; que ao escutar os disparos, baixou-se e correu em direção a um bar...” (Juliana Macário Belém – fls. 108/109). Observe-se o dolo com que atuou o acusado, porquanto por ele mesmo afirmado em sede de sessão plenária – segundo julgamento – que atirou contra o orelhão, portanto, em altura compatível com a que acertou a cabeça da vítima. Não se trata o caso em tela da situação em que o agente mata alguém diverso, acreditando ser a vítima pretendida e sim, a situação de concurso de crimes, em que o agente, vendo duas pessoas distintas, ciente, portanto, da presença das duas, atua mediante dolo direto contra uma, e atinge a vida de outra, mediante dolo eventual, ao efetuar vários disparos em direção a ambas, que se encontravam “encangadas”, junto a um aparelho de telefone público (orelhão).

Anote-se, ainda, que a simples alegação do réu, no sentido de que pretendia, apenas, dar um susto na vítima, demonstra a total irresponsabilidade e o desrespeito para com a vida de terceiros.

Portanto, as circunstâncias do caso concreto, indicadas pela Magistrada e evidenciadas nos autos autorizam a exasperação operada.

Ressalte-se que ao Órgão *ad quem*, dentro do efeito devolutivo do recurso, cabe observar as circunstâncias evidenciadas, cotejando-as com a pena imposta, sem que isso importe em *reformatio in pejus*, desde que não atue com mediante sua majoração.. Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIME ART. 157, § 2º, INC. I, DO CÓDIGO
PENAL ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO
DE ARMA DE FOGO PLEITO DE NULIDADE DA
NOVA SENTENÇA EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DA

REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. DECISÃO QUE NÃO FIXOU O MESMO PATAMAR DE DIMINUIÇÃO DA ATENUANTE DELIMITADO NA SENTENÇA ANULADA EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. INOCORRÊNCIA DE REFORMA EM PREJUÍZO AO RÉU. SENTENÇA MONOCRÁTICA QUE NÃO AGRAVOU A SITUAÇÃO DO APELANTE. PENA FINAL ESTABELECIDA NO MESMO PATAMAR DA DECISÃO ANULADA. RECURSO DESPROVIDO. “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” (TJPR, AC 827.817-5, Rel. Des. Marcus Vinicius de Lacerda Costa, Unânime, 09/03/2012).

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. *REFORMATIO IN PEJUS*. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA. 1. Não há ofensa ao princípio da *ne reformatio in pejus* quando, em que pese o Tribunal de origem fixar a pena-base em quantidade superior à determinada pela sentença condenatória, a reprimenda final resta estabelecida em patamar inferior, inexistindo qualquer agravamento na condenação do ora Paciente, em recurso exclusivo da Defesa. 2. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 3. Ordem denegada.(...) Conforme bem observado no parecer ministerial, “a proibição da *reformatio in pejus* não significa que o E. Tribunal esteja impossibilitado de analisar as circunstâncias judiciais e a individualização da pena. A vedação diz respeito apenas à impossibilidade de aumentar a pena final estabelecida em primeira instância ou agravar de qualquer modo a situação do réu, quando houver unicamente recurso defensivo” (fl. 131). “ (STJ, HC 150279 / SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Dje 15/03/2010).(TJ-PR 8628615 PR 862861-5 (Acórdão), Relator: Eduardo Fagundes, Data de Julgamento: 21/06/2012, 5ª Câmara Criminal)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA REDIMENSIONADA PELA CORTE DE ORIGEM. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. MODIFICAÇÃO QUE ENSEJOU

A REDUÇÃO DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO ORA AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. 1. A revalorização das circunstâncias judiciais consideradas pelo Tribunal de origem, em recurso de apelação, não incide na vedação da *ne reformatio in pejus*, quando não se verifica qualquer agravamento na reprimenda imposta. Precedentes. 2. No tocante à violação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agravante não impugnou especificamente os fundamentos contidos na decisão ora agravada, fundamentos esses autônomos e suficientes para manter a negativa de aplicação da referida causa de diminuição de pena. Incidência da Súmula 182/STJ. 3. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. (STJ AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.215.604 - DF (2010/0192735-1) , Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 20/06/2013, T5 - QUINTA TURMA)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXISTÊNCIA DE TRÊS MAJORANTES. AUMENTO DE 5/12. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NOVA FUNDAMENTAÇÃO TRAZIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA MANTER O AUMENTO FIXADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. POSSIBILIDADE. USO DE ARMA DE FOGO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República. 2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição

ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade. 3. A Corte de origem valeu-se de fundamentação concreta para justificar o acréscimo de 5/12, em razão das três majorantes do delito de roubo. Com efeito, o acórdão levou em consideração o fato de que o Paciente fez uso de arma de fogo, a ensejar maior reprovabilidade da conduta. 4. O princípio da *ne reformatio in pejus* não vincula o juízo *ad quem* aos fundamentos adotados pelo juízo *a quo*, somente representando obstáculo ao agravamento da pena, inadmissível em face de recurso apenas da Defesa. Inteligência do art. 617 do Código de Processo Penal. Precedentes. 5. Ordem de habeas corpus não conhecida. (STJ HABEAS CORPUS Nº 284.640 - SP (2013/0408027-0) , Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 18/03/2014, T5 - QUINTA TURMA)

Outrossim, inobstante não alegado pela Defesa, vejo que a atenuação da pena, operada em um ano, evidencia-se sobremaneira desproporcional frente à reprimenda básica fixada em vinte anos.

Sobre a matéria, leciona Guilherme de Souza Nucci, *in* Individualização da Pena, São Paulo, Editora RT, ed. 2005. P. 284/285:

Questão tormentosa é estabelecer o *quantum* das agravantes e atenuantes, pois a lei apenas mencionou, genericamente, que o juiz, presente qualquer circunstância do art. 61, deve agravar a pena, o mesmo valendo para as circunstâncias previstas no art. 65, que levam à atenuação da pena. Entretanto, em que bases e com quais valores trabalhará o magistrado? A opção por um montante fixo, em nosso sentir, é a melhor estratégia, inclusive critérios pessoais abusivos, seja para aumentar, seja para diminuir a pena. Por outro lado, é possível até mesmo argumentar com a frustração da aplicação da pena de agravante ou atenuante, caso o julgador não possua um critério uniforme para tanto. Imagine-se o caso de um homicídio qualificado, cuja pena-base foi fixada em 15 anos, para, em seguida, haver aplicação da confissão espontânea. Na ausência de critério fixo, poderia o juiz baixar apenas em 1 mês, resultando, então, em 14 anos e 11 meses de

reclusão, o que se nos afigura frustrante, pois não se levou em conta a importância da causa genérica de diminuição de pena. O mesmo ocorreria sem diante da reincidência, o magistrado elevasse a pena em 1 mês, totalizando 15 anos e 1 mês. Não é para isso que a reincidência foi prevista como causa de aumento genérico. Por tais motivos, cremos viável o estabelecimento de um padrão, que pode ser o de um sexto para toda e qualquer agravante/atenuante reconhecida. Afinal, um sexto é o menor valor de aumento ou diminuição, quando previstos pelo legislador, no tipo derivado. Nesse sentido:

REVISÃO CRIMINAL - CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 33, 'CAPUT', E 35, 'CAPUT', AMBOS DA LEI 11.343/016)- TESE DE QUE A CONDENAÇÃO DOS REQUERENTES POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO É CONTRÁRIA A EVIDENCIADOS AUTOS POR INEXISTÊNCIA DE PROVA SOBRE A ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA - NÃO ACOLHIMENTO - ASSOCIAÇÃO CARACTERIZADA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO, CONFORME ANALISADO NA SENTENÇA E NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL POR ESTA CORTE - ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA DOS CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NEGATIVAMENTE MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA - ALTERAÇÃO DO 'QUANTUM' DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA APLICADA AO REQUERENTE VALDIRCE RODRIGUES PINHEIRO, DE OFÍCIO, PARA 1/6 (UM SEXTO) - AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. As provas dos autos demonstram a existência de vínculo associativo estável e permanente, tendo em vista que (a) os agentes traficavam quase uma tonelada de droga o que demonstra uma sociedade criminosa de grande proporção, (b) os requerentes praticaram o injusto penal mediante divisão de tarefas, (c) existiam informações pretéritas de que um dos condenados estava envolvido com o narcotráfico, e ainda, (d) há prova sobre a existência de estreito relacionamento entre os réus. 2. “A doutrina e a jurisprudência apregoam que o percentual adequado para a aplicação de circunstância atenuante ou

agravante deve girar em torno de 1/6 (um sexto).” (TJPR - 3ª Câmara Criminal. Revisão Criminal 559.735-9, rel. Rogério Kanayama, julg. 09/07/2009) (TJ-PR - RC: 9750869 PR 975086-9 (Acórdão), Relator: Marques Cury, Data de Julgamento: 06/06/2013, 3ª Câmara Criminal em Composição Integral, Data de Publicação: DJ: 1122 18/06/2013)

REVISÃO CRIMINAL. SENTENÇA. CRIME DE CAUSAR INCÊNDIO, EXPONDO A PERIGO A VIDA, A INTEGRIDADE FÍSICA OU O PATRIMÔNIO DE OUTREM, NA FORMA QUALIFICADA DE O INCÊNDIO SER EM “CASA HABITADA OU DESTINADA A HABITAÇÃO” (ARTIGO 250, § 1º, INCISO II, A DO CÓDIGO PENAL). TESE PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO, POR FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA. NÃO ACOLHIMENTO. CORRETA A INTIMAÇÃO POR EDITAL. ACUSADO QUE MUDOU DE ENDEREÇO NO CURSO DO PROCESSO SEM INFORMAR AO JUÍZO NOVO ENDEREÇO. APLICAÇÃO DO ART. 367 DO CPP. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO ACOLHIMENTO. CONTEXTO PROBATÓRIO APTO A SUSTENTAR A SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO TIPO PENAL IMPUTADO NA DENÚNCIA. TESE DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ACOLHIMENTO. VALORAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E INCIDÊNCIA DA ATENUANTE POR CONFISSÃO. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM DA ATENUANTE, EM CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. NOVA PENA QUE LEVA AO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Relatório (TJ-PR 8184145 PR 818414-5 (Acórdão), Relator: Joscelito Giovani Ce, Data de Julgamento: 24/05/2012, 2ª Câmara Criminal em Composição Integral)

Dessa forma, vejo necessário o redimensionamento da reprimenda corporal que lhe foi imposta, partindo da pena-base fixada na origem – vinte anos de reclusão –, diminuindo-a em três anos, tendo em vista a confissão (art. 65, III, “d”, do Código Penal Brasileiro), agravando-a em

três anos (conforme antes adotado – motivo torpe), para torná-la definitiva em vinte anos de reclusão, ante a ausência de outras causas modificadoras do *quantum* fixado.

Assim, há que ser conhecida a segunda alegação defensiva – pena exacerbada – e acolhida por razão diversa da apontada.

ISSO POSTO, em parcial consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça, conheço parcialmente do recurso, porquanto, deixo de conhecer do argumento ofertado nos termos do art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, diante de imperativo normativo legal, o que faço com esteio no art. 593, §3º, *in fine*, do Código de Processo Penal. Quanto ao segundo argumento – pena exacerbada –, conheço-o e dou-lhe provimento por razão diversa da apontada, impondo-lhe o cumprimento de vinte anos de reclusão em regime inicialmente fechado.

É como voto.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2016.

PROCESSO: 0001379-15.2009.8.06.0164 - APELAÇÃO

APELANTE: FRANCISCO DE ASSIS DE SOUSA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DES. FRANCISCO MARTÔNIO PONTES DE VASCONCELOS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO TENTADO. ART. 157, PARÁGRAFO 3º C/C ART. 14, II, AMBOS DO CPB. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 65, III, 'D', CP. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - O apelante interpôs o presente recurso, no qual requereu, em síntese, a minoração da pena, afirmando que suas condições pessoais são favoráveis à aplicação da pena-base no mínimo legal, qual seja, 20 (vinte) anos de reclusão, além do que, requereu o reconhecimento da atenuante da confissão, nos termos do artigo 65, III, d, do Código Penal.

2 - O julgador deve, na fixação da pena, fundamentar sua decisão nas diretrizes do artigo 59 do Código Penal e, em caso de exasperação da pena-base, não pode o magistrado fundar-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a reprimenda. Dessarte, no caso em apreço, a sentença condenatória, embora de forma sucinta, individualizou cada situação elencada no mencionado dispositivo legal. Como exemplo, cita-se as circunstâncias do crime. Conforme anotou o magistrado *a quo*, o réu “cometeu o

crime no interior de transporte coletivo e em local ermo, contando o réu que, sem a presença de policiamento e a inexistência de residências nas proximidades, o delito ficaria impune”. Nesse passo, sendo desfavorável qualquer das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, justificada está a exasperação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes jurisprudenciais.

3 – De outro modo, imperiosa a aplicação do art. 65, III, ‘d’, do Código Penal, com a consequente revisão da reprimenda imposta ao réu, quando este confessou, na fase inquisitorial, a prática do crime.

4 - Apelo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação criminal, acorda a Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, em dar parcial provimento ao recurso de Francisco de Assis de Sousa, reduzindo-lhe a pena para 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial fechado, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença de primeiro grau, tudo nos moldes do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Francisco de Assis de Sousa, foi denunciado pelo Representante do Ministério Público com atuação na Vara da Comarca de São Gonçalo do Amarante, como incurso nas tenazes do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (roubo majorado), sob o argumento de que, no dia 28/09/2007, por volta das 16:00 horas, na Rodovia CE 422, no Distrito de Pecém, teria praticado, em concurso de agentes, um assalto no interior de um ônibus da Empresa Litorânea, o fazendo com uso de revólveres e mediante grave ameaça aos passageiros.

Realizada a instrução criminal e oferecidas alegações finais, sobreveio a sentença de fls. 409/413, na qual o ora apelante restou condenado, nas tenazes do artigo 157, §3º, 2ª parte, c/c art. 14, II, e 70 do CP (latrocínio na modalidade tentada), à pena de 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime inicialmente fechado.

Inconformado, o referido réu interpôs recurso de apelação, alegando, preliminarmente, ausência de fundamentação quando da fixação da pena base acima do mínimo legal. Sustenta que deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, e alega desproporcionalidade em relação à pena aplicada aos corréus. Assevera que inexistiu concurso de delitos na hipótese, mas crime único, e pugna, ao fim, pelo provimento do apelo (fls. 492/497).

A Promotoria Pública, ao apresentar as contrarrazões de fls. 506/512, manifestou-se pelo desprovimento do apelo.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de fls. 515/519, opinou pelo parcial provimento do recurso, para que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Como relatado, no caso dos autos, o apelante assumiu a autoria do fato criminoso narrado na inicial, insurgindo-se em suas razões, tão somente em face do montante da pena aplicada, alegando a sua desproporcionalidade, e ainda a inexistência de concurso formal de crimes.

Com efeito, consta da inicial acusatória que,

“após o anúncio do assalto, um dos acriminados ordenou ao cobrador do ônibus que lhe passasse todo o dinheiro, o que foi de pronto atendido, ato contínuo em os três delatados passaram a tomar os pertences dos passageiros, momento em que o policial militar Orivaldo Nogueira de Paula, que também estava a bordo do veículo, percebendo o que se passava,

resolveu esconder-se atrás de um banco e, no momento em que um dos delatados desviou a atenção, sacou de sua arma e efetuou alguns disparos contra aquele, vindo a atingi-lo no rosto.”

Prossegue o Representante do “Parquet” afirmando que

“diante daquela reação do policial militar, um outro assaltante, tentou revidar e atingir o agente da lei, efetuando vários disparos contra o policial, no entanto, os disparos atingiram o cobrador e dois passageiros, os quais ficaram lesionados.”
“Pelo que se infere dos autos, a partir daí, iniciou-se um nova contenda, já que o policial militar efetuou novo disparo contra aquele assaltante, atingindo-o em um dos braços, começando então uma luta corporal entre o agente da lei e aquele assaltante que havia sido atingido no rosto, ocasião em que ouviu-se o estampido de uma arma, cujo disparo atingiu o referido policial militar na perna esquerda, instante em que o assaltante foi dominado pelo próprio policial, enquanto que os outros dois acriminados, foram dominados pelos passageiros do ônibus.”

Na sentença, o magistrado exasperou a pena-base em 04 (quatro) anos acima do mínimo legal, considerando negativas a culpabilidade, a personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime.

Sustenta o apelante, nesse ponto, ausência de fundamentação da sentença em relação à aplicação da pena-base acima do mínimo legal.

Hipótese em que não merecem ser consideradas tais alegações, na medida em que o magistrado de planície demonstrou a real necessidade exasperação da pena, tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais negativas ao réu. Oportuno se faz transcrever trecho da sentença (fl. 412):

“A culpabilidade do réu, como fartamente demonstrado, restou evidenciada. Os seus antecedentes não são maculados. Sua conduta social não foi valorada no processo. A personalidade do agente não o recomenda, sendo pessoa fria e calculista, não demonstrando sentimento nenhum de afetividade pelo

próximo. Dele surgiu o convite para a prática delitiva. Os motivos do crime são o enriquecimento fácil e rápido, ainda que desonesto. As circunstâncias do crime são desfavoráveis, visto que cometeu o crime no interior de transporte coletivo e em local ermo, contando o réu que, sem a presença de policiamento e a inexistência de residências nas proximidades, o delito ficaria impune. Os comportamentos das vítimas em nada contribuíram para a perpetração do crime.”

Não se vislumbra a nulidade apontada, isso porque, embora de forma sucinta, o magistrado sentenciante, fazendo uso de seu livre convencimento motivado, apresentou fundamentação idônea e suficiente à exasperação da pena-base, a qual se mostra justa, legal e adequada ao caso concreto.

De fato, há nos autos elementos suficientes a negativar a personalidade do apelante, segundo relatos de que fora dele que partiu a ideia de praticar o crime, além de ter se evadido do distrito da culpa, não tendo comparecido a nenhum ato processual, numa clara tentativa de esquivar-se à aplicação da lei penal.

No tocante à culpabilidade, tenho que é permitido ao julgador exacerbar a sanção com fundamento na elevada reprovabilidade da conduta daquele que teve participação intensa no crime de latrocínio, sendo o responsável pela subtração dos pertences das vítimas.

Em idêntico sentido, atente-se para excerto do voto da eminente Ministra Laurita Vaz, proferido no julgamento do *Habeas Corpus* 183.600/RJ:

“No que tange à circunstância judicial da culpabilidade, cumpre anotar que, está correto o recrudesimento da pena pelo fato de merecer maior reprovação a conduta daquele que é o articulador do crime, o mentor da empreitada criminoso, como no caso, em que o acusado “era o líder do grupo, sendo ele quem portava a arma, anunciou o crime de roubo e, efetivamente, proferiu os disparos de arma de fogo contra a vítima”(fl. 31). (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013)

Desse modo, vê-se que o magistrado expôs os fundamentos utilizados para exasperação da pena-base, razão pela tenho por inviável, assim, o acolhimento do pedido de redução.

Dessarte, nenhuma corrigenda há de ser feita na primeira fase da dosimetria da pena.

Quanto à aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, razão assiste ao apelante, uma vez que este confessou o cometimento do crime de latrocínio, ao qual restou condenado, durante seu interrogatório na fase policial.

De fato, da leitura do interrogatório realizado no inquérito (fls. 22/23), percebe-se que, na verdade, o acusado confirmou a sua participação no assalto, admitindo inclusive ter planejado o crime.

Senão, observe-se o respectivo trecho do interrogatório judicial do réu Francisco de Assis de Sousa:

“(...) confessa a participação no assalto; QUE, participou desse assalto com os indivíduos conhecidos por “NANDO” e “B2”; QUE “B2” estava com a arma com numeração raspada, enquanto que “NANDO” estava portando a outra arma apreendida; QUE, “NANDO” anunciou o assalto; QUE confessa que planejou o assalto com “NANDO”; QUE confessa que entraram no ônibus apenas para cometer o crime; QUE sua tia “DORINHA” reside no Matões; QUE resolveu assaltar porque estava precisando de dinheiro; QUE nunca foi preso nem processado (...).”

Sendo assim, tendo assumido a prática do delito de latrocínio, o apelante faz jus à atenuante da confissão espontânea, tornando-se imperiosa a aplicação do art. 65, III, 'd', do Código Penal, com a consequente revisão da reprimenda imposta ao acusado.

Sendo assim, passo ao recálculo da pena imposta ao apelante.

Fixada a pena-base em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, e não havendo reconhecimento de circunstâncias agravantes é de se reduzir a pena em 1/6, em face da atenuante da confissão, tornando a reprimenda do réu, nesta fase, em 20 (vinte) anos de reclusão.

Por fim, tendo em vista que o apelante ficou próximo à consumação do delito, mantendo-se os mesmos argumentos utilizados pelo juízo *a quo*, há de se diminuir a pena em 1/3, pela tentativa elencada no artigo 14, II do CP, fixando-a em 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Reconhecendo ainda na espécie a ocorrência da modalidade de concurso formal de crimes, elevo a pena em 1/6, no que resulta na pena de 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial fechado, a qual torno definitiva, ante a ausência de outras circunstâncias que a modifique, a qual se mostra justa, legal e adequada ao caso concreto.

À vista do exposto, dou parcial provimento ao recurso, reduzindo a pena do apelante para 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial fechado, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 31 de maio de 2016.

PROCESSO: 0007415-81.2011.8.06.0171 - APELAÇÃO CRIME

APELANTE: ANTONIA DOS REIS DA SILVA

RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. 1) PLEITO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL NOS TERMOS DO ARTIGO 59 DO CPB E PREPONDERANTE CONSOANTE O ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/2006. SÚMULA Nº 10 DO TJCE. 2) MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4º DA LEI Nº 11.343/2006. PRETENSÃO DE REDUÇÃO EM GRAU MÁXIMO. CABIMENTO. MESMO CRITÉRIO UTILIZADO PARA JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PISO MÍNIMO LEGAL TAMBÉM ADOTADO NA TERCEIRA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA, QUANDO DA ESCOLHA DA FRAÇÃO ATINENTE À MINORANTE. *BIS IN IDEM*. PRECEDENTES DO STF, INCLUSIVE EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. 3) MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO *EX OFFICIO* EM FACE DE READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA PARA PATAMAR INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO, NOS TERMOS DO ARTIGO 33, §§ 2º, “C” E 3º DO CPB. 4) SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR

RESTRITIVAS DE DIREITO TAMBÉM *EX OFFICIO*. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 44 DA LEI Nº11.343/2006 E PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 44 DO CPB.

Recurso conhecido e parcialmente provido. Pena redimensionada. Regime de cumprimento de pena modificado *ex officio* e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, também *ex officio*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº0007415-81.2011.8.06.0171, em face de sentença condenatória prolatada pelo Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Tauá, em que figura como apelante Antônia dos Reis da Silva.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade em conhecer do apelo e, conceder-lhe parcial provimento, para redimensionar as penas privativa de liberdade e pecuniária. Modificam, outrossim, *ex officio* o regime inicial de cumprimento de pena para o regime aberto e substituem a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 15 de setembro de 2015.

RELATÓRIO

O Ministério Público denunciou Antônia dos Reis da Silva, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº11.343/2006.

Narra a denúncia que

“...que no dia 11/08/2011, aproximadamente às 17:00, na Travessa Pedro Inácio de Sousa, Bairro Bezerra e Sousa, Tauá,-Ce, a denunciada foi presa em flagrante por policiais civis trazendo consigo 7 pedras de crack, 01 pedra de maior tamanho de Mesclado(maconha + crack), bem como a quantia de R\$ 37,00 em notas de R\$10,00, R\$5,00 e R\$2,00 (veja auto de apresentação e apreensão- fl.06). (...)”

Atendendo ao princípio da efetividade e, com o fim de imprimir maior celeridade ao feito, sirvo-me do relatório constante na sentença de fls.96/103, proferida em audiência, passando a complementá-lo com as informações atinentes aos atos processuais praticados a partir de então, tudo sem prejuízo de análise criteriosa quanto à adequação do procedimento aos ditames legais prescritos do Código de Processo Penal.

Através da referida sentença, condenou-se a apelante ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, cumulada ao pagamento de 450 (quatrocentos e cinquenta) dias-multa, fixado o dia-multa no patamar mínimo legal.

As partes restaram intimadas em audiência (fl.103). Na ocasião, foi concedida à ré o direito de recorrer em liberdade, sendo por esta razão, expedido alvará de soltura à fl.104.

Recurso ofertado pela ré à fl.105, vindo anexas as razões às fls.106/107, ato em que pugna pela redução da pena-base ao patamar mínimo legal, bem como por uma maior redução atinente à minorante prevista no artigo 33, §4º da Lei nº11.343/2006, reconhecida na sentença.

Contrarrazões ofertadas às fls.118/120, com manifestação pelo desprovimento do apelo. No mesmo sentido, o parecer da Procuradoria de Justiça (fls.128/134).

Autos encaminhados à douta Revisão.

É o breve relatório.

VOTO

Verificados os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo ora interposto.

Como relatado, cinge-se o recurso ao pleito de redução da pena-base e de maior redução atinente à minorante prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, reconhecida na origem.

A materialidade e autoria estão devidamente provadas nos autos e não restaram questionadas no recurso.

Da pretensão de redução da pena-base ao patamar mínimo legal

No que pertine à fixação da pena-base, insta destacar que o Magistrado fixou-a em 06 (seis) anos de reclusão, após analisar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Dessas, a única assinalada como negativa foi a culpabilidade, justificada pelo fato de que “uma vez que a natureza (crack) da droga apreendida, de alto poder destrutivo, reclama uma pena acima do patamar mínimo”.

Está correto o raciocínio do Magistrado, vez que foram apreendidas 08 pedras de *crack* - uma delas mesclada com maconha - em poder da ré, substância de altíssima nocividade, e no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, está previsto que “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.”

Assim, ainda que a ré não ostente antecedentes criminais, existentes outras circunstâncias negativas, a pena não pode ser fixada no limite mínimo legal. Aliás, nesse sentido é a Súmula nº 10, desta Corte:

Pode o magistrado fixar a pena-base acima do mínimo em abstrato, ainda que seja o réu primário e de bons antecedentes, desde que fundamentada a exacerbação nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, com expressa referência à prova dos autos.

Portanto, presente circunstância judicial desfavorável, não há como se atender ao pleito de redução da pena-base ao limite mínimo legal, também não há flagrante desproporcionalidade que justifique a redução da reprimenda, uma vez que o tipo penal prevê penas que variam entre 05 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão.

Do pleito de redução máxima atinente à minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, reconhecida na decisão primeva.

No que concerne a esse pedido, melhor sorte assiste à ré.

Vale dizer que a Defesa mencionou na peça recursal que a redução deveria ser feita para 1/6 (um sexto), situação que se atendida, prejudicaria a ré, contudo, ao final, pleiteou ao final a redução máxima, sem mencionar a fração, motivo pelo qual entendo se tratar de um mero equívoco a consignação daquela fração.

Pois bem, superada essa questão, vale inicialmente destacar que o Magistrado, ao reconhecer a minorante, assim procedeu:

Reconheço presente a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/06, uma vez que a acusada é primária e não registra antecedentes criminais, nem há elementos que demonstrem integrar organização criminosa, devendo a pena ser diminuída em ¼ (um quarto), porquanto a minorante não pode ser, no presente caso, aplicada no máximo. Em razão da natureza da droga encontrada.”...

Diante do trecho acima colacionado, vê-se que a fração de 1/4 (um quarto) foi fixada em razão da natureza da droga apreendida, critério já utilizado para justificar definição da pena-base acima do piso mínimo legal, portanto, verifica-se *o bis in idem*, uma vez que utilizado o mesmo parâmetro que torna a pena aplicada mais grave, tanto na primeira como na terceira fase de sua fixação. Recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, inclusive com repercussão geral, tem consolidado esse entendimento, que passou igualmente a ser abraçado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Penal e Processo Penal. *Habeas Corpus* substitutivo de recurso extraordinário. Tráfico transnacional de entorpecente – Artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, I, da Lei n. 11.343/2006. Aplicação da minorante do § 4º da Lei de Drogas: descaracterização da hediondez do crime. Possibilidade de progressão de regime no tempo de cumprimento da pena relativo aos crimes não hediondos. Tema afetado ao Pleno (HC n. 110.884/MS). Adoção do entendimento predominante até o deslinde definitivo da matéria: Prevalência da hediondez do tráfico de drogas, independentemente da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Quantidade e qualidade da droga: consideração no cálculo da pena-base e da minorante do § 4º do art. 33 da mencionada Lei. *Bis in idem* reconhecido pelo Pleno do STF (HCs 112.776 e 109.193). Inamissibilidade do *writ* como sucedâneo recursal. HC extinto, por inadequação da via processual. Ordem concedida, ex officio.

1. O tema atinente à ausência de hediondez do chamado tráfico privilegiado, caracterizada pela aplicação da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, foi afetado ao Pleno (HC n. 110.884/MS), por isso que, pendente o exame da Questão no referido *writ*, cabe adotar o entendimento que vem prevalecendo, no sentido de que “a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior” (HC 114.452-AgR/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 08/11/2012). 2. ***In casu*, a paciente foi condenada à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei 11.343/2006 (tráfico transnacional de entorpecentes – 5.450g de cocaína).** 3. **O *error in judicando* a evidenciar *bis in idem* consiste em considerar a quantidade e a qualidade da droga na primeira e terceira fases da dosimetria da pena (HHCC 112.776 e 109.193), cabendo ao magistrado sentenciante definir em qual fase serão consideradas**

as referidas circunstâncias. 4. É inadmissível o uso de *habeas corpus* como sucedâneo recursal. 5. *Writ* extinto, por inadequação da via processual; ordem concedida de ofício para determinar ao juízo sentenciante que considere a quantidade e qualidade da droga em apenas uma das fases da dosimetria. (STF - HC: 121255 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 03/06/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. A NATUREZA E A QUANTIDADE DE DROGA (111,9 KG DE MACONHA) UTILIZADAS TANTO PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE QUANTO PARA A APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. INDEVIDO *BIS IN IDEM*. ACATAMENTO DA ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PARTICULARIDADE CONSIGNADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, ENTRETANTO, IMPEDE A AMPLIAÇÃO DO PATAMAR DE DIMINUIÇÃO JÁ CONSIGNADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no julgamento conjunto dos *Habeas Corpus* n.os 112.776/MS e 109.193/MG, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, na sessão de 19/12/2013, decidiu que: “Caracteriza *bis in idem* considerar, na terceira etapa do cálculo da pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendido, quando essas circunstâncias já tiverem sido apontadas na fixação da pena-base, ou seja, na primeira etapa da dosimetria, para graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Por outro lado, não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena.” (Informativo STF n.º 733) **2.** Sem embargo, no caso em testilha considerou o Tribunal *a quo* que o réu não faria jus à minorante, por dedicar-se a atividades

criminosas, mas a manteve no mesmo patamar estabelecido na sentença, porque não houve recurso do Ministério Público. Assim, se nem mesmo era o caso de se aplicar a causa de diminuição, mas o benefício foi indevidamente concedido, sem recurso ministerial, sua manutenção no patamar já estabelecido (1/3) não representa nenhum constrangimento ilegal. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 444575 MS 2013/0399981-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 07/08/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2014).

No caso concreto, como já referenciado, uma vez que a natureza da substância entorpecente apreendida tanto orientou a fixação da pena-base acima do patamar mínimo legal, como a definição da fração da minorante de 1/4 (um quarto), e, não havendo outras circunstâncias que possam justificar a adoção dessa fração ou outra que importe menor redução, impõe-se o acolhimento do recurso, para redimensionar a pena com a utilização da fração de 2/3 (dois terços).

Assim, passo redimensionar as penas impostas:

Mantidos os critérios adotados pelo Magistrado na decisão primeva, nos termos do artigo 59 do Código Penal, permanecem as penas em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. Ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes. Reconhecida a minorante prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, reduzo a pena no grau máximo permitido, ou seja 2/3, resultando em 02 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa e à míngua de outras causas de redução/aumento de pena, torno-as definitivas.

No que pertine ao regime de cumprimento de pena, ainda que não tenha sido objeto de recurso, deve ser modificado *ex officio*. É que não mais subsiste a imposição de regime fechado com base unicamente na lei de crimes hediondos, uma vez que o Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento do HC111.840/ES declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990.

Não há mais qualquer controvérsia acerca da matéria:

Ementa: *HABEAS CORPUS* EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE COCAÍNA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PACIENTES QUE SE DEDICAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não pode ser concedida se as instâncias de origem são convergentes no sentido de que os pacientes se dedicam a atividades criminosas. Pacientes presos em flagrante com mais de 1,5 kg de cocaína, ao tentarem embarcar em voo internacional. 2. Possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado para réu condenado por crime hediondo ou equiparado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 declarado inconstitucional pelo Plenário do STF – HC 111.840, Rel. Min. Dias Toffoli). 3. *Habeas Corpus* extinto sem resolução do mérito por inadequação da via processual. Ordem concedida de ofício para remover o óbice legal e determinar que o Juízo da causa examine os requisitos para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena, na forma do art. 33 do Código Penal. (STF - HC: 107107 SP, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-176 DIVULG 10-09-2014 PUBLIC 11-09-2014)

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES), possibilitando aos condenados por crime de tráfico de drogas cumprir pena em regime prisional inicial diverso do fechado. 2. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que

o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STJ). 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no HC: 283157 SP 2013/0390309-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 11/03/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/04/2014)

Assim, o regime inicial de cumprimento de pena deve ter fundamento os parâmetros previstos no art. 33 e parágrafos do Código Penal. Além do *quantum* da pena as circunstâncias previstas no art. 59 também deve ser observadas, segundo dispõe o art. 33, § 3º do Código Penal:

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

No caso em tela, a reprimenda foi modificada para patamar inferior a quatro anos. Não obstante esteja presente uma circunstância judicial negativa, prevista no art. 59 do Código Penal c/c artigo 42 da lei nº11.343/2006, conforme destacado, não vejo que seja apta a impedir o cumprimento da pena em regime aberto, nos termos do art. 33, §2º “c” do mesmo diploma legal, devendo ser este o regime a ser aplicado.

No que pertine à substituição da pena privativa de liberdade, modificada a pena para dois anos de reclusão, não vejo óbice para a concessão desse benefício, também *ex officio*, até porque não mais aplicável a vedação prevista no artigo 44 da Lei Antidrogas, também mencionada pelo Magistrado como uma das razões por que tal não seria possível.

Ocorre que a execução da citada norma penal foi suspensa através de resolução do Senado Federal, diante da declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido são inúmeros os julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL.
TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE

DIREITOS. ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. RESOLUÇÃO N.º 05/2012 DO SENADO FEDERAL. EFEITOS *ERGA OMNES* DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7/STJ.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256/RS, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei nº 11.343/2006 que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para os condenados por tráfico de drogas, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal que conferiu eficácia *erga omnes* ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n.º 11.343/06. Assim, a verificação quanto ao deferimento da benesse requer a análise dos requisitos do art. 44 do Código Penal. 2. A inversão do decidido pelo Tribunal de origem, de modo a desconstituir os fundamentos adotados e afirmar indevida a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso, implicaria no reexame do conjunto probatório dos autos, providência sabidamente inviável na instância especial, a teor do contido no enunciado nº 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 1320011 DF 2012/0082240-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 11/03/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2014).

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). TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CIRCUNSTÂNCIAS

JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES QUE PROCEDA À FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL, BEM COMO AO EXAME DO PLEITO RELATIVO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA, À LUZ DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL.

1. A impetração de *habeas corpus* originário nesta Corte, prevista no art. 105, inciso I, alínea c, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao elegantíssimo 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, ao *writ* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido à 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 ao 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. 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes

hediondos e equiparados. 4. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. 5. O Pretório Excelso, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. 6. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida a fim de determinar ao Juízo das Execuções que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos; bem como para que aprecie o pleito de substituição da pena, nos exatos termos do art. 44 do Código Penal. (STJ - HC: 292926 SP 2014/0089380-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 26/08/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/09/2014).

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO CONTRA DECISÃO DE RELATOR DE TRIBUNAL SUPERIOR QUE INDEFERIU PLEITO CAUTELAR EM IDÊNTICA VIA PROCESSUAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 44 DA LEI 11.343/06 E ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.464/07. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HABEAS CORPUS* EXTINTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O artigo 44 da Lei 11.343/06 foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256, Relator o Ministro Ayres Britto, sob o fundamento de que afronta os princípios da presunção de não culpabilidade e da dignidade humana. 2. O artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 – que determina que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da prática de crime hediondo dar-se-á, necessariamente,

no regime fechado – também foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 111.840, Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, sessão de 27 de junho de 2012. 3. *In casu*, a) o paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes. O magistrado fixou a pena-base no mínimo legal – 5 (cinco) anos de reclusão –, em razão de inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, e reduziu a reprimenda em 2/3, por aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 3º da Lei de Drogas. Destarte, a pena restou definitivamente fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão; b) o juiz singular, contudo, vedou a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, sob o fundamento de que, em que pese o Supremo Tribunal Federal ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação desta substituição na hipótese de condenação pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, tal “decisão proferida de maneira incidental não se revestiu dos efeitos vinculante e *erga omnes*, o que permitiria aos tribunais de instâncias inferiores decidirem de maneira diversa ao entendimento do Supremo Tribunal Federal”. c) ressaltou, ainda, que a existência de duas condenações, ainda que posteriores aos fatos criminosos *sub examine*, embora não possa caracterizar maus antecedentes ou reincidência, impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos. d) fixou o regime inicial fechado com fundamento apenas na hediondez do crime de tráfico de entorpecentes. 4. O Supremo Tribunal Federal não é competente para julgar *habeas corpus* impetrado em face de decisão de Relator de Tribunal Superior que indefere pedido de liminar em idêntica via processual (Súmula 691/STF). A supressão de instância inequívoca, revela-se a malferir o princípio do Juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) na hipótese em que o *writ* impetrado nesta Corte versa a mesma fundamentação submetida ao Tribunal inferior. Entretanto, esta Corte admite a superação da Súmula 691/STF nos casos de patente ilegalidade ou abuso de poder. Precedentes: HC 112.907, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 13.03.13; HC 113.119, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 04.12.12; HC 113.909, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 10.12.12;

HC 112.731, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 10.10.12; HC 110.981, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 19.06.12. 5. *Habeas corpus* extinto. Ordem concedida de ofício para ratificar a liminar anteriormente deferida, a fim de fixar o regime inicial aberto e determinar ao Juízo da Execução que substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos. (STF - HC: 123622 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 23/09/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-199 DIVULG 10-10-2014 PUBLIC 13-10-2014)

Assim, afastado esse óbice, resta então a análise dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal:

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

(...)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso, a ré restou apenada com reprimenda inferior a quatro anos e não registra antecedentes criminais. Tampouco a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a sua personalidade impedem a concessão do benefício, mostrando-se a substituição suficiente à reprovação da conduta.

Verifica-se, dessa forma, que restaram preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, impondo-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Assim, substituo a pena reclusiva de dois anos por duas restritivas de direito, por igual período, sendo uma de prestação de serviços à comunidade, à instituição que vier a ser definida pelo Juízo da Execução Penal e outra de limitação de fim de semana, na forma a ser definida pelo mesmo Juízo, preferencialmente em local que possibilite à acusada a participação em programa de prevenção ao uso de droga.

Isso posto, conheço do presente recurso, para, em dissonância com o parecer da Procuradoria de Justiça, conceder-lhe parcial provimento para redimensionar a pena privativa de liberdade para 02 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa. Readéquo, outrossim, *ex officio* o regime de cumprimento de pena para o aberto. Da mesma forma, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito.

É como voto.

Fortaleza, 15 de setembro de 2015.

APELAÇÃO CRIME Nº 0030287-26.2008.8.06.0000

APELANTE: ALISSON TAVARES BRAGA

APELADO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO TENTADO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE DO AGENTE. SIMPLES MENÇÃO À POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E SUBSUMIDA AO PRÓPRIO TIPO PENAL. MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. UTILIZAÇÃO DAS QUALIFICADORAS PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *BIS IN IDEM*.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Não pode o magistrado majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

2. Conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis

a dar suporte à sua consideração, o que não ocorreu na espécie, onde se limitou a ressaltar, de forma genérica: “... o acusado agrediu a vítima de forma consciente, evidenciando, assim, sua culpabilidade com dolo intenso...”

3. As consequências do crime que devem ser consideradas na aplicação das penas-bases são aquelas que transcendem ao resultado típico, devendo ser concretamente identificadas, tendo em vista que o resultado ‘lesão’ está subsumido ao próprio tipo penal.

4. O crime em tela foi praticado por motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima, sendo consideradas pelo Tribunal do Júri para qualificar o delito de homicídio, as mesmas motivações não podem ser valoradas de forma negativa para exasperação da pena-base (moduladoras motivo e circunstâncias do crime, respectivamente), sob pena de se configurar *bis in idem*.

5. Recurso concedido para, mantida a condenação, reformar a sentença hostilizada, reduzindo a pena-base ao patamar mínimo legal e readequar a pena definitiva de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses para 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe total provimento, reduzindo a pena para 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por ALISSON TAVARES BRAGA contra a sentença de fls. 273/274, que condenou o recorrente como incurso nas sanções do art. 121, §2º, incisos II e IV c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

O apelante sustenta que o motivo do crime e o modo de execução, por haverem sido acolhidos como qualificadoras do delito em tela pelo Tribunal do Júri, jamais poderiam ser considerados com circunstâncias judiciais desfavoráveis, implicando em *bis in idem*.

Aduz, ainda, que as circunstâncias do delito estão subsumidas ao próprio tipo penal, não podendo integrar o rol das circunstâncias negativas.

Pugna, pela reforma da sentença com redução da pena ao patamar aproximado ao mínimo legal.

Contrarrazões às fls. 281/287.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 292/296 pelo conhecimento do apelo e concessão do provimento.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do presente recurso, passando, a seguir, a apreciar os argumentos que sustentaram as suas razões.

A presente impetração busca a revisão da dosimetria da pena, com a redução da basilar ao mínimo legal.

Assiste-lhe razão.

Inicialmente, 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 base.

Com efeito, o Juízo sentenciante utilizou-se dos seguintes fundamentos para fixar a pena-base, *in verbis*:

“[...] Passo, agora, a considerar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. **O acusado agrediu a vítima de forma consciente, evidenciando, assim, sua culpabilidade com dolo intenso.** Conduta social e personalidade de homem comum, havendo nos autos notícias de que o acusado é pessoa integrada na sociedade que vive. **As provas dos autos indicam que o réu conta com antecedentes de violência praticados contra a vítima. O motivo do crime é desprezível e, as circunstâncias as desfavorecem haja vista a maneira como foi praticado. As consequências do crime foram graves, eis que a vítima foi seriamente lesionada. A conduta da vítima em nada justificava o cometimento do fato delituoso.** Assim sendo e observadas as diretrizes do art. 68 do mesmo Código, fixo a pena-base em 20(vinte) anos de reclusão, o que reduzo em 01(um) ano, em consequência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, letra “d”, do Código Penal, aumentando-a, ainda, em 01(um) ano, em razão da segunda qualificadora reconhecida, a qual será recepcionada como agravante.[...]” (fls. 273/274)

Cabe salientar que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo.

Assim, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Depreende-se das transcrições acima reproduzidas que a majoração da pena-base acima do mínimo legal deu-se em razão da culpabilidade do agente, bem como do motivo, das consequências e circunstâncias do crime. Ocorre, contudo, que não houve a indicação de razões válidas e suficientes para justificar a consideração das aludidas circunstâncias como desfavoráveis ao apelante.

Conquanto, a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis a dar suporte à sua consideração, o que não ocorreu na espécie, onde limitou-se a ressaltar, de forma genérica, ter o réu agido de forma consciente, o que caracterizava dolo intenso.

Nesse sentido:

3. Conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis a dar suporte à sua consideração, o que não ocorreu na espécie, onde se limitou a ressaltar, de forma genérica, ser o réu possuidor de potencial consciência da ilicitude. (HC 134.016/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 14/10/2011)

1. No que se refere à culpabilidade, utilizou-se o magistrado de requisitos inerentes à própria caracterização do crime, tendo em vista que ceifar “a vida da vítima que se encontrava completamente indefesa”, bem como o “intenso dolo e a exacerbada violência”, subsumem-se a conduta descrita no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, razão pela qual não serve como motivação idônea para exasperar a reprimenda na primeira fase, sob pena de dupla valoração. (REsp 781.924/SE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010)

Ainda dos trechos citados, se extrai que o magistrado justificou a negativa da vetorial motivo do crime pelo fato de ser uma atitude ‘desprezível’,

contudo já foi imputado ao réu a qualificadora do motivo fútil, cujo âmago de seu significado reside justamente no que é frívolo, desprezível, desproporcional. Impende registrar o constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

2. Se a circunstância de o crime ter sido praticado por motivo fútil já foi considerada pelo Tribunal do Júri para qualificar o delito de homicídio, a mesma motivação não pode ser valorada de forma negativa para exasperação da pena-base, sob pena de se configurar *bis in idem*.

(HC 262.945/PI, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 02/04/2013)

Diametralmente, o recurso que dificultou a defesa da vítima foi acolhida pelos jurados também como qualificadora do crime de homicídio, porém o sentenciante valorou negativamente a moduladora das circunstâncias do crime em razão da maneira como o delito foi executado, ocorrendo um verdadeiro *bis in idem*. Posteriormente, na segunda fase dosimétrica, utilizou corretamente a qualificadora como agravante.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, uma vez reconhecida mais de uma qualificadora, uma implica o tipo qualificado, enquanto as demais ou ensejam a exasperação da pena-base ou são utilizadas para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, se previstas no art. 61 do Código Penal.

Segundo o disposto no art. 61 II, “c”, do Código Penal, *in verbis*: “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...] II - ter o agente cometido o crime: [...] c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido”.

Quanto às consequências do delito, foram tidas por “graves” com a vítima seriamente lesionada, sem qualquer outra consideração, efeito naturalístico subsumido ao próprio tipo penal, o que não pode prevalecer, sob pena de se admitir capítulo da sentença sem fundamentação, não se podendo olvidar, ainda, que a consequência negativa que autoriza o aumento

da pena-base é aquela que transcende ao resultado típico, nada havendo, *in casu*, que desfavoreça o apelante, razão por que também esta circunstância deve ser considerada em seu favor

Destarte, uma vez afastada a negatificação de todos os vetores analisados pelo togado de piso, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, é de ser reduzida a basilar para o mínimo legal, ou seja, 12 (doze) anos de reclusão.

Adotado os parâmetros estabelecidos na sentença condenatória quanto às demais fases dosimétricas.

Na segunda fase dosimétrica, agravo a pena em 01(um) ano pelo uso da segunda qualificadora reconhecida (inciso IV, §2º, art. 121, do CPB) e atenuo em 01(um) ano pela confissão espontânea.

Na última fase, aplico a fração de 2/3 (dois terços), diante da causa de diminuição prevista no art. 14, inciso II, do Código Penal, o qual torno a pena constrictiva, definitivamente, em 04 (quatro) anos de reclusão. À minguia de demais circunstâncias agravantes e/ou atenuantes e causas de aumento e/ou diminuição.

Em relação à fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, devem ser observadas as diretrizes fornecidas pelos parágrafos 2º e 3º, do artigo 33, do Código Penal, a saber: o *quantum* da pena privativa de liberdade estabelecida, a reincidência e a observância ao artigo 59 do Código Penal.

Inferimos que restou despicienda a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, estando o *quantum* da pena reduzida ao patamar mínimo – 04 (quatro) anos de reclusão, sendo o réu não reincidente, permite-se o estabelecimento do regime aberto para cumprimento inicial da reprimenda.

Conforme exposto, mantenho a condenação, porém reformo a sentença hostilizada, reduzindo a basilar ao patamar mínimo legal e readequando a pena definitiva de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses para 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto.

É como voto.

Fortaleza, 29 de abril de 2016.

PROCESSO Nº: 0032416-17.2010.8.06.0167

APELAÇÃO CRIMINAL – 1ª VARA DA COMARCA DE SOBRAL

APELANTE: JOEL BENTO DE SOUSA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DES. RANCISCO MARTÔNIO PONTES DE VASCONCELOS

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em decorrência do princípio da soberania dos vereditos, a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, sob a alegativa 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. Os jurados podem acolher uma das teses apresentadas, em detrimento de outras, por lhes parecer a que melhor amparo encontra na prova coligida, o que, por si só, não enseja a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos.
3. Na hipótese, a tese acatada pelos jurados encontra respaldo nas provas colacionadas, não havendo que se falar em decisão contrária à prova dos autos.
4. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal, interposta por Joel Bento da Silva, contra a sentença de fls. 309/312, publicada em 12.04.2013, que o condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, por fato ocorrido em 27.07.2010.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua condenação nos termos do artigo retrocitado, tendo o juiz presidente aplicado-lhe uma pena de 17 (dezesete) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

A defesa interpôs apelação, nos termos do art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal.

Aduz o apelante, em suas razões recursais de fls. 316/319, que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos, pois afrontou o exame cadavérico, o qual comprovaria a tese defensiva de ausência de nexo de causalidade entre o tiro desferido pelo réu e a morte da vítima. Requereu, assim, a anulação do veredito, para que o réu seja submetido a novo julgamento.

Recebido e contrariado o recurso, o Ministério Público (fls. 333/336) pugnou pelo improvimento do apelo.

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da apelação (fls. 352/358).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Alega o apelante que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos, uma vez que o laudo cadavérico de fls. 50/52 concluiu “tratar-se de morte real de causa indeterminada”, o que afastaria o nexos causal entre o disparo desferido pelo réu e a morte da vítima.

Ora, analisando-se os autos, de logo se verifica não merecer provimento o apelo em tela.

Narra a denúncia que no dia 27.07.2010, por volta das 11h30min, o réu, Joel Bento de Sousa, motivado por vingança e utilizando-se de uma arma de fogo, deu um tiro nas costas de Francisco Rones de Oliveira, causando-lhe a morte, vez que a vítima foi socorrida e levada para a Santa Casa de Misericórdia de Sobral, onde veio a óbito logo em seguida na sala de cirurgia.

Ocorre que, no mesmo laudo cadavérico apontado pela defesa como sendo a peça a comprovar a nulidade do julgamento, se lê o que segue:

[...] DISCUSSÃO: O Perito Médico-Legista Dr. Gustavo Adolfo Pereira da Silva Júnior, realizou a revisão de prontuário da vítima Francisco Rones de Oliveira Linhares na Santa Casa de Misericórdia de Sobral no dia 03/08/2010 e constatou: 1) A vítima deu entrada na Santa Casa no dia 27/07/2010 às 11:52hs com ferimento por arma de fogo em tórax posterior direito e sinais de choque hipovolêmico (pressão arterial 80 x 60 mm hg), segundo Dr. Raimundo Nonato Araújo (CRM-CE 4888); 2) Foi submetido no dia 27/07/2010 a traqueostomia e drenagem de tórax. Evoluiu com estado grave apresentando sangramento intenso pela cavidade oral, e segundo o Dr. Severino José Queiroz Neto, CRM-CE 3188, parada cardíaca e óbito devido a choque hipovolêmico. O exame necroscópico mostrou que a lesão provocada por E não lesionou órgãos vitais e provocou somente infiltrado hemorrágico no local da entrada (nível muscular). CONCLUSÃO: Diante do acima exposto, considerando os achados macroscópicos de necropsia, conclui-se tratar-se de morte real de causa indeterminada.

Com efeito, o julgador não está adstrito ao laudo, como não o estão os jurados, juízes naturais do Tribunal do Júri, mormente quando o laudo pericial é inconclusivo, apresentando uma discussão como a que se transcreveu acima, apta a embasar as duas teses existentes nos autos.

Os jurados, por sua vez, dentro de sua íntima convicção, optaram por acolher a tese que lhes pareceu mais bem fundamentada no arcabouço probatório, qual seja, a de que o réu, motivado por vingança, efetuou disparo de arma de fogo contra a vítima, de costas e pelas costas, atingindo-a e ocasionando-lhe a morte pouco tempo depois.

Ora, somente é passível de anulação a decisão dos jurados quando arbitrária, completamente em desacordo com as provas dos autos, não se incluindo aqui a decisão que, analisando os elementos probatórios, optar por uma das teses apresentadas.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.

I - Em obediência ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c" da Constituição Federal, somente se anula o julgamento do Tribunal do Júri quando sua decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando não tiver apoio em qualquer elemento de convicção constante dos fólios, sendo proferida ao arrepio de tudo quanto mostra o caderno processual, o que, seguramente, incorre na espécie. II - Apelo improvido. (Apelação nº 6756200780601371, **Relator Des. FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE**, 1ª Câmara Criminal, julgado em 04/05/2010)

Ementa: RECURSO APELATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU CONDENADO A 15 (QUINZE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA NÃO ACOLHIDA. DECISÃO QUE ENCONTRA

APOIO NA PROVA DOS AUTOS. NENHUMA RAZÃO PARA SE ANULAR O JULGAMENTO. SOBERANIA DO CONSELHO DOS SETE PARA OPTAR PELA VERSÃO QUE LHE PARECER MAIS VEROSSÍMIL.

1. As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos (Súmula nº 6 do TJ-CE). 2. Recurso conhecido e improvido. (Apelação nº 435649200380601122, **Relator Des. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MAXIMO**, 1ª Câmara Criminal, julgado em 05/05/2010).

Se do conjunto de provas coligidas aos autos é possível extrair-se duas versões distintas para os fatos, cabe somente aos jurados, valorando as provas, acolher a tese que lhes pareça a mais verossímil, de acordo com sua íntima convicção.

Destaque-se, ainda, que cabe a escolha entre as teses possíveis exclusivamente ao Conselho de Sentença, constitucionalmente designado para julgar os crimes dolosos contra a vida, não sendo dado ao Tribunal de Justiça vulnerar o veredito para determinar a escolha da tese que entenda merecer acolhida.

Assim sendo, entendo não ser possível a anulação do julgamento do Tribunal do Júri, posto que não houve arbitrariedade em sua decisão, devendo ser a mesma mantida intacta.

Assim leciona Guilherme de Souza Nucci¹:

O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova passíveis de surgir.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Ademais, tal entendimento foi sumulado neste Tribunal, através da Súmula nº 6/TJCE, que diz:

“As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos”.

É dizer que, somente aquela decisão completamente arbitrária, e contrária a tudo o que consta dos autos, é passível de anulação. A simples opção dos jurados por uma das teses, ainda que não pareça a escolha mais acertada, não permite que a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida seja usurpada pelas autoridades judiciais, as quais não receberam tal competência constitucionalmente.

EM FACE DO EXPOSTO,

Conheço do apelo, para negar-lhe provimento, em consonância com o parecer ministerial, mantendo incólume a decisão do Tribunal do Júri.

É como voto.

Fortaleza, 31 de maio de 2016.

PROCESSO Nº 0451740-04.2011.8.06.0001

APELAÇÃO CRIMINAL – VARA ÚNICA DE TRÂNSITO DA COMARCA DE FORTALEZA/CE

APELANTE: PAMELA DE OLIVEIRA MARTINS

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. CULPA DA RÉ NÃO DEMONSTRADA DE FORMA INDUBITÁVEL. FRAGILIDADE DAS PROVAS. *IN DUBIO PRO REO*. NECESSIDADE DE ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Condenada à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, por infração ao disposto no art. 302, parágrafo único, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro, a ré pleiteia sua absolvição em razão da ausência de provas de que agiu com culpa. Alega ainda a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, pois ela teria atravessado a rua pela frente de um caminhão que a encobria. Subsidiariamente, pede a aplicação de somente uma pena restritiva de direitos, consistente no pagamento de prestação pecuniária.

2. Dos depoimentos colacionados, principalmente do interrogatório da ré (já que não há testemunhas presenciais), extrai-se que a acusada vinha do lado direito da pista e, em determinado momento, ultrapassou um caminhão que estava parado. Ato contínuo, a acusada teria visualizado a vítima tentando atravessar a rua quando já estava bastante

próxima do veículo, razão pela qual não surtiram efeitos as manobras realizadas para tentar evitar o acidente.

3. Relembre-se que na denúncia foi imputada à acusada conduta imprudente e imperita em virtude de não ter habilitação, nem ter reduzido a velocidade ou realizado manobras com o fito de evitar o sinistro. Contudo, não foi produzida, durante a instrução, qualquer prova que apontasse que a ré dirigia, no momento do acidente, em velocidade acima da permitida na via, ou que não tenha tentado frear quando avistou a vítima, principalmente porque não foram ouvidas pessoas que estavam presentes no momento dos fatos, à exceção da acusada, que disse que dirigia em velocidade normal (até porque havia um fotossensor próximo) e que, ao avistar a pedestre, freou e manobrou o veículo, contudo não obteve êxito no desvio em razão da proximidade. Ademais, a acusada ainda narrou que a vítima começou a atravessar a rua pela frente de um caminhão parado, o que justificaria a dificuldade de visualização.

4. Sobre o fato de a ré não possuir, ao tempo do acidente, habilitação para dirigir veículo automotor, tem-se que este sim encontra-se comprovado nos autos, tendo inclusive a própria acusada confirmado tal circunstância. Ocorre que, diferente do que fora afirmado pela acusação e pelo magistrado singular, a simples ausência de CNH (que consubstancia a inobservância de uma disposição regulamentar) não enseja nos dias atuais, por si só, presunção de culpa na ação da ré, devendo haver comprovação de que a sua conduta, de certo, concorreu para a ocorrência do delito. Precedentes e doutrina.

5. Assim, não há no feito elementos que demonstrem que a ré agiu com quebra do dever objetivo de cuidado. Na verdade, as peculiaridades do fato conduzem à conclusão de que a ofendida, mesmo havendo semáforo próximo, optou por iniciar a travessia por local sem faixa de pedestres, qual seja, pela frente de um caminhão que se encontrava parado, o que impossibilitou tanto a observação do movimento de carros por parte da vítima (equiparando a ação com “atravessar sem olhar para os lados”) quanto a visualização, pela acusada, da pedestre naquele momento, o que ensejou o fato danoso.

6. Repita-se que os elementos de convicção disponíveis à apreciação não evidenciam qualquer atitude imprudente da condutora do veículo, pois não há comprovação de eventual excesso de velocidade ou falta de atenção na direção, sendo bastante provável que o atropelamento tenha sido gerado não por culpa sua, mas, a rigor, por uma fatalidade, gerada por ato da vítima (que, repita-se, atravessou a rua por local em que não conseguia ver o movimento nem ser vista) vindo o veículo a atropelá-la em seguida.

7. Nesta senda, não havendo prova cabal da alegada quebra de dever objetivo de cuidado por parte da ré e não sendo mais admitida pelo Direito Penal a responsabilidade objetiva decorrente da inobservância de disposições regulamentares, impossível se mostra a manutenção da condenação da apelante, sendo necessária sua absolvição, observando-se os primados do *in dubio pro reo*.
RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 0451740-04.2011.8.06.0001, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade e em dissonância com o parecer ministerial, em conhecer do recurso de apelação e lhe dar provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 31 de agosto de 2017.

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra PAMELA DE OLIVEIRA MARTINS devidamente qualificada na delatória, pela prática do crime previsto no art. 302, parágrafo único, I, da Lei 9.503/1997.

Narra a acusação, em síntese, que no dia 09/11/2010, por volta das 17:00hs, na Av. Dedé Brasil, a acusada, agindo culposamente, na condução do veículo Fiat Uno, cor prata, placa NUQ 6674 CE, praticou homicídio contra a vítima Alba de Oliveira Ferrer.

Diz a delatória que a ré, que não possuía carteira de habilitação, transitava no local de forma imprudente, quando avistou a vítima realizando a travessia da pista mas, ao invés de reduzir a velocidade e buscar desviar, continuou seu trajeto, culminando no atropelamento.

Denúncia recebida em 13 de dezembro de 2011, como bem se observa à fl. 67 dos autos.

Finda a instrução do feito, sobreveio sentença de fls. 114/119, datada de 04/08/2014, por meio da qual foi julgado procedente o pedido constante na denúncia, para condenar a acusada nas sanções dos arts. 302, parágrafo único, I, da Lei 9.503/1997.

O magistrado de primeiro grau aplicou a sanção no patamar de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção. Posteriormente, a sanção corporal foi substituída por duas restritivas de direito.

Foi ainda imposta sanção de suspensão do direito de dirigir pelo período de 09 (nove) meses e reparação de danos no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Razões recursais apresentadas pela apelante, fls. 127/134, pugnando pela reforma da sentença com sua consequente absolvição, já que em nenhum momento agiu com dolo ou culpa. Alega ainda a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, pois ela teria atravessado a rua pela frente de um caminhão que a encobria, sendo a ofendida senhora de idade, sem a mobilidade exigida para atravessar a avenida. Subsidiariamente, pede a aplicação de apenas uma pena restritiva de direitos, consistente no pagamento de prestação pecuniária.

Contrarrazões às fls. 142/145.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça opinou, em 02/01/2014, pelo conhecimento e improcedência do apelo.

Os autos vieram-me conclusos em 16/01/2015 (fl. 160).

É o relatório.

Peço pauta para julgamento.

Fortaleza, 25 de julho de 2017.

VOTO

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

A **materialidade** encontra-se demonstrada pelo laudo de exame cadavérico, fls. 55/56, bem como pelos depoimentos constantes nos autos.

Do mesmo modo, a **autoria** delitiva restou evidenciada sobretudo pela confissão da ré, corroborada pelas demais provas colhidas, que apontam para o fato de que a mesma dirigia o veículo que atingiu a vítima. Mencione-se que a aludida autoria sequer foi objeto de insurgência na presente apelação, razão pela qual passo a analisar o mérito recursal:

Nos dizeres de Rogério Sanches¹, “o crime culposo consiste numa conduta voluntária que realiza um fato ilícito não querido pelo agente, mas que foi por ele previsto (culpa consciente) ou lhe era previsível (culpa inconsciente) e que podia ser evitado se o autor atuasse com o devido cuidado”.

Segundo o autor, para que haja crime culposo é necessária a conduta inicial voluntária – ação ou omissão -; a violação de um dever de cuidado objetivo (nas modalidades de imprudência, negligência e imperícia) e o resultado naturalístico involuntário.

A previsibilidade do resultado é também elemento necessário para a ocorrência de crime culposo.

De acordo com Cleber Masson², tal previsibilidade:

É a possibilidade de uma pessoa comum, com inteligência mediana, prever o resultado. Esse indivíduo comum, de atenção, diligência e perspicácia normais à generalidade das pessoas é o que se convencionou chamar de homem médio (*homo medius*) ou homem *standard*.

(...)

Existe a previsibilidade do resultado quando, mediante um juízo de valor, se conclui que o homem médio, nas condições em que se encontrava o agente, teria antevisto o resultado produzido.

Pois bem. Buscou a acusação comprovar, no decorrer da instrução processual, que Pamela de Oliveira Martins, denunciada, ao conduzir de forma imprudente e imperita seu veículo, atropelou Alba de Oliveira Ferrer, causando-lhe a morte.

Ocorre que, em análise ao conjunto probatório contido nos autos, vê-se que, em que pese a comprovação da autoria e da materialidade, não restou demonstrado, inequivocamente, que a conduta da ré estava dotada de imprudência, como quis fazer crer o *Parquet*. Explica-se:

1 CUNHA, Rogério Sanches. Código Penal, 7ª edição, 2014, Juspodivm, p. 65.

2 MASSON, Cleber. Código Penal Comentado, 1ª edição, 2013, Método, p. 130.

A denúncia imputou à acusada uma conduta imprudente e imperita, pautada nos seguintes fundamentos: não redução da velocidade, não realização de manobras adequadas de desvio e frenagem, bem como ausência de habilitação para dirigir veículo automotor.

O magistrado, por sua vez, ao proferir decreto condenatório, apresentou justificativas baseadas na imperícia da ré ao conduzir veículo sem habilitação.

Pois bem. Esclarecidos estes pontos, tem-se que durante o inquérito foram colhidos os seguintes depoimentos:

DECLARAÇÕES QUE PRESTA DOMERINA MARIA
FERRER LIMA, FLS. 12/13, EM INQUÉRITO:

Compareceu a esta delegacia para prestar esclarecimentos sobre fatos noticiados no BO 105.17997/2010 que originou a instauração do inquérito policial que apura a morte de sua mãe, Sra. Alba de Oliveira Ferrer, vítima de acidente de trânsito, fato transcorrido no último dia 09 de novembro de 2010, por volta das 17h00, na Avenida Dedé Brasil – Serrinha, que veio a óbito por não resistir as lesões em data de 11 de dezembro de 2010, por volta das 05h40min, no Hospital UNIMED; que indagada pela autoridade policial disse que no citado dia estava em sua residência quando populares que conhecia sua mãe chegaram a sua casa para avisar-lhe que sua genitora tinha sido atropelada, vitimada por um acidente de trânsito, fato que transcorreu a uns dois quarteirões de sua casa; que imediatamente dirigiu-se ao local e lá chegando encontrou sua mãe, já recebendo os primeiros atendimentos pelos médicos do SAMU, estando também no local viaturas do Ronda e da AMC; **que procurou inteirar-se com as pessoas presentes no local o que realmente tinha acontecido e segundo informes sua mãe ao tentar atravessar a Avenida Dedé Brasil foi colhida pelo veículo, cujo tipo não sabe informar, mas de placas NQU 6774, instante em que foi arremessada contra o parabrisa dianteiro do veículo em questão, caindo em seguida na via pública; que o veículo de placas NQU 6774, o qual era guiado por uma pessoa de nome Pamela de Oliveira Martins; que Pamela**

permaneceu no local, disse ser inabilitada para guiar veículo, mas arguiu a prática de direção, segundo ela fazia anos que guiava, não eximiu-se da responsabilidade de prestar socorro, não sabendo informar se foi esta quem acionou o SAMU; que a vítima, após o acidente, ficou com um ferimento na cabeça e com escoriações pelo corpo, estando consciente durante todo o tempo do atendimento dos paramédicos; que solicitou aos paramédicos que levasse sua mãe para o Hospital da Unimed pois ela tinha plano de saúde; que seu sobrinho Ricardo, o qual foi criado e residia com a vítima deste feito, a acompanhou na ambulância; que ao chegar ao hospital sua mãe passou por uma bateria de exames, raio-x, tomografia, exames e em seguida foi internada para a cirurgia no antebraço, o qual tinha fraturado, além de fraturas múltiplas bilateral de bacia, ficando hospitalizada por vários dias; que durante o seu internamento o seu quadro clínico se agravou, pois teve um início de parada cardiorrespiratória, tendo sido socorrida pelos médicos e transferida para uma Unidade de Terapia Intensiva na noite do dia 12/11/2010; que permaneceu internada desde o dia 09 de novembro de 2010 a 11 de dezembro de 2010, ocasião em que devido as complicações decorrentes das lesões que sofrera no acidente, pois teve politraumatismo evoluindo para SEPSE (infecção generalizada de seus órgãos), culminando no óbito no dia 11 de dezembro de 2010; **que acredita que a moça foi imprudente ao guiar um veículo sem ser habilitada; (...) que a vítima anterior ao acidente era acometida de problemas de saúde, osteoporose, hipertensão... que, na verdade, o acidente aconteceu quando a vítima tentou atravessar a Av. Dedé Brasil.**

DECLARAÇÕES QUE PRESTA RICARDO LEITE BENEVIDES, EM INQUÉRITO, FLS. 15/16:

Que na verdade tem conhecimento de que esta foi colhida na ocasião em que atravessava a via de trânsito acima citada, por um veículo Fiat Uno, cor prata, placas NQU 6774, cuja condutora tratava-se de uma mulher; que tomou conhecimento do fato após vizinhos fazerem tal comunicação; que se deslocou ao local do acidente em lá

chegando sua avó já se encontrava sob cuidados médicos de paramédicos do SAMU, sendo transportada para o Hospital Unimed, onde permaneceu até 13 de novembro consciente e sem maiores complicações, no entanto, dia 13 de novembro teve complicações respiratórias, onde foi suspeita uma embolia pulmonar, e por esta razão, recambiada para a UTI daquele hospital; que após a realização dos exames ficou constatado um derrame pleural nos pulmões; que seu estado de saúde foi se complicando com o passar dos dias, e dado as complicações esta veio a óbito no dia 11 de dezembro do ano em curso por volta das 05h00min naquela unidade hospitalar; que também já estavam no local do acidente viaturas do ronda e o carro da AMC; **que segundo informes sua avó, ao tentar atravessar a avenida, foi colhida pelo carro Fiat Uno, placas NQU 7664, o qual era guiado por Pamela de Oliveira Martins, que ainda se encontrava no local, bastante nervosa e que segundo informações repassadas pelos policiais esta era inabilitada para dirigir;** que acompanhou sua avó na ambulância até o hospital da Unimed, pois ela era beneficiária do plano de saúde daquele hospital, deixando-a naquela unidade hospitalar na companhia de sua tia Domerina, para retornar ao local do acidente, ocasião em que acompanhou os policiais militares e a motorista causadora desde acidente, Pamela de Oliveira Martins, ser recambiada para a sede desta Distrital (...).

DECLARAÇÕES QUE PRESTA FRANCISCO DA SILVA LIMA, FLS. 17/18:

Que tem conhecimento de que tal acidente ocorreu na ocasião em que sua sogra atravessava a via e foi colhida por um veículo de placas NQU 6674, sendo a seguir socorrida para o Hospital Unimed; que, por conta deste acidente sua sogra permaneceu internada mais de mês, vindo a óbito no dia 11 de dezembro por complicações de seu estado de saúde decorrente das lesões do acidente de trânsito; que indagada pela autoridade policial disse que no dia do acidente estava na companhia de sua esposa quando pessoas do povo, da vizinhança, chegaram a sua casa avisando-lhe que sua sogra havia sofrido um acidente automobilístico logo ali próximo.

(...) **que procurou colher informações no local acerca da dinâmica do acidente e o que lhe foi repassado é que no momento em que sua sogra tentou atravessar a Avenida Dedé Brasil; que ela foi colhida por um veículo Fiat Uno, cor prata, placas NQU 6774, veículo este conduzido por Pamela de Oliveira Martins, que na ocasião declarou não ser habilitada mas ter prática em guiar veículos há algum tempo; que Pamela no momento do acidente ligou para sua mãe e esta se fez presente no local; que policiais militares presentes no local do fato conduziram Pamela a esta delegacia, sendo apresentada a autoridade policial plantonista e lavrado o TCO 105-273/2010. (...) que acredita que Pamela agiu com imprudência ao tentar guiar veículo sem ser habilitada, devendo por esta razão arcar com a responsabilidade de seu ato.**

INTERROGATÓRIO DARÉ, EM INQUÉRITO, FLS. 21/23:

Que indagada pela autoridade policial respondeu que trafegava no veículo de seu padrasto, o Sr. Auricélio Nunes Brito, sem a autorização do mesmo, com o intuito de ir buscar seus irmãos no colégio Maria Ester II, localizado no Conjunto Mirassol, Serrinha; **que trafegava na Av. Dedé Brasil com velocidade compatível com a via, em torno de 40 km/h, quando na altura da regional IV, realizou uma ultrapassagem por um caminhão e logo em seguida avistou uma senhora fazendo a travessia da via, instante em que repentinamente reduziu a velocidade, no entanto, foi impossível evitar a colisão com esta; que em decorrência da colisão a senhora foi jogada contra o para-brisa, sofrendo uma pancada na cabeça e em seguida caiu ao chão; que imediatamente desceu do carro e ligou para seu padrasto para relatar o que tinha acontecido e em seguida acionou a ambulância do SAMU. (...) que dirige há algum tempo, mesmo sem ser habilitada, e nunca se envolveu em qualquer que fosse o acidente de trânsito.**

Em juízo, a testemunha **Domerina Maria Ferrer Lima**, filha da vítima, prestou depoimento no sentido de que **não presenciou o momento**

do acidente, mas que soube que sua mãe foi colhida quando atravessava a Av. Dedé Brasil. Disse também que a acusada não possuía habilitação e que ouviu comentário de que ela ainda estava no celular. Mencionou que próximo ao local da travessia não havia faixa de pedestre ou sinal e que a única coisa que existia era um redutor de velocidade. Relatou que a pedestre estava no meio da pista e que não sabia se a condutora foi displicente ou sua mãe foi afoita ao atravessar. Disse que a pista tinha duas mãos de direção, com duas faixas de rolamento, separadas por canteiro central. Aduziu que não tem certeza, mas pelo que entendeu a sua mãe estaria iniciando a travessia. O corpo da vítima estava estendido no meio das duas faixas de rolamento. Mencionou que não ouviu falar que a condutora estivesse ultrapassando um caminhão e que não sabe se ela estava em alta velocidade. Afirmou que o fotossensor ficava um pouco atrás do ponto de embate. (fls. 100/101)

Também em juízo, conforme se extrai da mídia digital em anexo, o genro da vítima relatou que não estava presente no momento dos fatos, mas que **soube que a acusada não possuía habilitação para dirigir**. Disse que não soube exatamente como se deu a dinâmica dos fatos, pois se preocupou mais em socorrer a vítima.

A ré, por sua vez, às fls. 102/103, aduziu que **a via em que os fatos ocorreram tinha duas mãos de direção, com duas faixas de rolamento em cada sentido, separadas por um canteiro central**. Disse que a vítima vinha a pé tentando fazer a travessia da pista direita para a esquerda em relação ao deslocamento da interroganda. Asseverou que tinha acabado de ultrapassar um caminhão que estava parado e se deslocava na faixa da esquerda quando a vítima apareceu em cima, 5 metros do encontro, e mesmo após tentar frear e desviar para a esquerda, não foi possível evitar a colisão. Disse que se deslocava com velocidade aproximada de 50km/h. Relatou que o veículo foi atingido no para-lama dianteiro direito, mas o impacto foi maior no para-brisa. **Aduziu que considera que a causa do acidente deveu-se a descuido da pedestre, tendo em vista que existia um semáforo a meio quarteirão dali, não sabendo se dispunha de faixa de pedestre**. Disse que o caminhão estava parado na faixa da direita e a pedestre estava atravessando em frente ao caminhão. Negou que estivesse falando no celular.

Não houve perícia no local dos fatos, tendo o inspetor de polícia, à fl. 51, informado que no local foram abordados vários populares, os quais, questionados sobre o acidente, limitaram-se a informar que nada sabiam a respeito dos fatos. Por isso, não foi alcançado o êxito esperado nas investigações.

Foram estas as provas colhidas ao longo do processo.

Pois bem. Dos depoimentos colacionados, principalmente do interrogatório da ré, extrai-se que a acusada vinha do lado direito da pista e, em determinado momento, ultrapassou um caminhão que estava parado. Ato contínuo, a acusada teria visualizado a vítima tentando atravessar a rua quando já estava bastante próxima do veículo, razão pela qual não surtiram efeitos as manobras realizadas para tentar evitar o acidente.

O cerne da questão, portanto, é dirimir se a ré agiu ou não com culpa no atropelamento, pois só na primeira hipótese é que poderia ser responsabilizada pelo crime em comento.

Para tanto, relembre-se que na denúncia foi imputada à acusada conduta imprudente e imperita em virtude de não ter habilitação, nem ter reduzido a velocidade ou realizado manobras com o fito de evitar o sinistro. Contudo, não foi produzida, durante a instrução, qualquer prova que apontasse que a ré dirigia, no momento do acidente, em velocidade acima da permitida na via, utilizando celular, ou que não tenha tentado frear quando avistou a vítima, principalmente porque não foram ouvidas pessoas que estavam presentes no momento dos fatos, à exceção da acusada, que disse que dirigia em velocidade normal (até porque havia um fotossensor próximo) e que, ao avistar a pedestre, freou e manobrou o veículo, contudo não obteve êxito no desvio em razão da proximidade.

Ademais, a acusada ainda narrou que a vítima começou a atravessar a rua pela frente de um caminhão parado, o que justificaria a dificuldade de visualização.

Sobre o fato de a ré não possuir, ao tempo do acidente, habilitação para dirigir veículo automotor, tem-se que este sim encontra-se comprovado nos autos, tendo inclusive a própria acusada confirmado tal circunstância. Ocorre que, diferente do que fora afirmado pela acusação e pelo magistrado

singular, a simples ausência de CNH (que consubstancia a inobservância de uma disposição regulamentar) não enseja nos dias atuais, por si só, presunção de culpa na ação da ré, devendo haver comprovação de que a sua conduta, de certo, concorreu para a ocorrência do delito.

Em consonância com este entendimento, Rogério Sanches³ afirma que a **culpa presumida ou *in re ipsa* era modalidade de culpa admitida pela legislação penal existente no Brasil antes do Código Penal de 1940 e consistia na simples inobservância de uma disposição regulamentar. Diz também que com o advento do atual Código Penal, a culpa não mais se presume, devendo ser comprovada.**

Cleber Masson⁴, no mesmo sentido, aduz:

Também denominada de culpa *in re ipsa*, tratava-se de espécie de culpa admitida pela legislação penal existente no Brasil antes da entrada em vigor do Código Penal de 1940, e consistia na simples inobservância de uma disposição regulamentar. **Foi abolida do sistema penal pátrio, por constituir-se em verdadeira responsabilidade penal objetiva, retrocesso a tempos pretéritos em que o homem pagava pelo que fizera, sem nenhuma preocupação com o elemento subjetivo. Não se presume a culpa. Ao contrário, sempre deve ser provada por quem alega sua ocorrência.**

Da mesma forma, tem-se julgados de Tribunais de Justiça Estaduais, inclusive desta e. Corte:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. ABSOLVIÇÃO. RECURSO DO MP. PLEITO PELA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA OU IMPERÍCIA DO RECORRIDO NÃO VERIFICADAS NA ESPÉCIE DOS AUTOS. PROVAS QUE APONTAM PARA OCORRÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.

3 CUNHA, Rogério Sanches. Código Penal, 7ª edição, 2014, Juspodivm, pp. 66/67.

4 MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral, 9ª edição, Método, p. 321.

FALTA DE HABILITAÇÃO PARA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR QUE NÃO CONDUZ AUTOMATICAMENTE À PRESUNÇÃO DE CULPA. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Para o reconhecimento do injusto culposos, nos termos do artigo 18, II, do Código Penal, existe a necessidade de comprovação inequívoca da inobservância de um dever objetivo de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia). Dessa forma, não tendo sido demonstrada nos autos qualquer conduta negligente, imprudente ou imperita do acusado, não se pode dizer que o evento morte da vítima foi de sua responsabilidade ou culpa, daí porque reputa-se mais do que acertada decisão absolutória do juízo *a quo*, que concluiu pela ausência de provas suficientes para condenação do recorrido pelo crime do artigo 302, parágrafo único, I, do CTB. **A mera ausência de habilitação para conduzir veículo automotor não conduz automaticamente à presunção de culpa, eis que esta deve ser devidamente comprovada em cada caso particular, de modo a dar suporte subjetivo à caracterização do crime.** Absolvição mantida. Recurso conhecido e desprovido. (TJCE, Relator(a): LIGIA ANDRADE DE ALENCAR MAGALHÃES; Comarca: Cruz; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 28/03/2017; Data de registro: 29/03/2017)

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. CRIME DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. ART. 302, PARÁGRAFO ÚNICO, I E III, E 305. AMBOS DO CTB. RECURSO DA DEFESA. 1) PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA COM RELAÇÃO À CONDUTA PREVISTA NO ART. 302, PARÁGRAFO ÚNICO, I E III DO CTB. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO. ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ART. 386, VI, DO CPP. 2) DECLARAÇÃO *EX OFFICIO* DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM RELAÇÃO AO TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 305 DO CTB.

Recurso conhecido e provido. Declaração da extinção da punibilidade *ex officio* com relação ao tipo penal previsto no art. 305 do CTB. 1) **Nos delitos de trânsito, a imprudência, decorrente da inobservância do dever de cuidado objetivo, que ocasione o resultado morte, enseja a responsabilidade penal do agente por homicídio culposo, quando devidamente comprovado que sua ação foi a causa determinante do acontecimento, não gerando presunção de culpa na modalidade imperícia o simples fato de não possuir o réu habilitação.** 2) No caso, somente o réu foi inquirido em Juízo, azo em que ofertou a tese de culpa exclusiva da vítima, vez que trafegava em baixa velocidade em sua motocicleta e atravessou a via em estado de embriaguez, indo de encontro ao veículo, situações confirmadas por testemunha presencial ouvida somente perante a autoridade policial. Não foi elaborado qualquer laudo pericial acerca da dinâmica do acidente. 3) Assim, malgrado não possua habilitação, há dúvidas sobre se o réu agiu com violação ao dever de cuidado, seja com imprudência, negligência ou imperícia, devendo ao caso ser aplicado o princípio *in dubio pro reo*, absolvendo-o nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal. (...) (TJCE, APL 01036284820098060001 CE 0103628-48.2009.8.06.0001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal, Publicação: 19/10/2016, Relator: FRANCISCA ADELINEIDE VIANA).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – FALTA DE HABILITAÇÃO – PRESUNÇÃO DE CULPA – IMPOSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

A falta de licença estatal para conduzir veículo automotor, isoladamente, não induz à presunção de imperícia ou de culpa pelo acidente que resultou na morte da vítima, sob pena de configurar responsabilidade objetiva penal. Sem a presença de provas seguras e convincentes, dando conta de que o agente deixou de observar o dever de objetivo de

cuidado, é de rigor a absolvição. (TJMT, Ap 160049/2014, DES. RONDON BASSIL DOWER FILHO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 09/06/2015, Publicado no DJE 15/06/2015)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, COM AUMENTO DE PENA POR NÃO POSSUIR O AGENTE CARTEIRA DE HABILITAÇÃO E PELA OMISSÃO DE SOCORRO (ART. 302, PARÁGRAFO ÚNICO, I E III, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). ATROPELAMENTO DE PEDESTRE. RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA DE QUE O APELANTE AGIU COM CULPA, EM QUALQUER DE SUAS MODALIDADES (IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA OU IMPERÍCIA). ELEMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS CAPAZES DE AMPARAR A VERSÃO DEFENSIVA, SEGUNDO A QUAL A VÍTIMA, QUE CAMINHAVA NA MARGEM DA PISTA, DESEQUILIBROU-SE E ACABOU POR SE CHOCAR CONTRA O VEÍCULO CONDUZIDO PELO RÉU. CONDUTA CULPOSA, ADEMAIS, QUE NÃO PODE SER PRESUMIDA APENAS PELA FALTA DE HABILITAÇÃO LEGAL DO MOTORISTA, SOB PENA DE SE VER RECONHECIDA A RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. RECURSO PROVIDO. OMISSÃO DE SOCORRO (ART. 304 DA LEI N. 9.503/97). CRIME AUTÔNOMO. CONDUTA DELITIVA DEVIDAMENTE NARRADA NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. PROVAS DOS AUTOS QUE DÃO CONTA DE QUE O APELANTE, MESMO SABEDOR DO ACIDENTE, ABANDONOU O LOCAL EM FUGA, DEIXANDO DE PRESTAR SOCORRO AO OFENDIDO. FATO TÍPICO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO SENTENCIADO, TODAVIA, PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA,

EM SUA FORMA RETROATIVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 107, IV, E 109, VI, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. (TJSC, Processo ACR 737314 SC 2008.073731-4, Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal, Publicação: Apelação Criminal n. , de Papanduva, Julgamento: 3 de Abril de 2009, Relator: Tulio Pinheiro).

Sendo assim e sob os fundamentos acima exarados, não há no feito elementos que demonstrem que a ré agiu com quebra do dever objetivo de cuidado. Na verdade, as peculiaridades do fato conduzem à conclusão de que a ofendida, mesmo havendo semáforo próximo, optou por iniciar a travessia por local sem faixa de pedestres, qual seja, pela frente de um caminhão que se encontrava parado, o que impossibilitou tanto a observação do movimento de carros por parte da vítima (equiparando a ação com “atravessar sem olhar para os lados”) quanto a visualização, pela acusada, da pedestre naquele momento, o que ensejou o fato danoso.

Repito: os elementos de convicção disponíveis à apreciação não evidenciam qualquer atitude imprudente da condutora do veículo, pois não há comprovação de eventual excesso de velocidade ou falta de atenção na direção, sendo bastante provável que o atropelamento tenha sido gerado não culpa sua, mas, a rigor, por uma fatalidade, gerada por ato da vítima (que, repita-se, atravessou a rua por local em que não conseguia ver o movimento nem ser vista) vindo o veículo a atropelá-la em seguida.

Assim, em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, para que se possa responsabilizar alguém pela prática de crime, impõe-se ao Estado o ônus de provar, indubitavelmente, além da autoria e da materialidade do delito, a quebra do dever objetivo de cuidado, o que não ocorreu no caso concreto, não tendo a acusação se desincumbido do seu ônus *probandi*.

Ademais, convém lembrar que, para que se caracterize o crime culposos, há de ser o resultado naturalístico previsível para o homem médio, ou seja, ser possível que um indivíduo comum em sua atenção e diligência possa prever o resultado.

No caso em tela, a situação fática acima disposta não se mostrava previsível, afinal, não é previsível que uma pessoa atravessasse uma avenida pela frente de um caminhão parado em local que não possui faixa de pedestres.

Nesta senda, não havendo prova cabal da alegada quebra de dever objetivo de cuidado por parte da ré e não sendo mais admitida pelo Direito Penal a responsabilidade objetiva decorrente da inobservância de disposições regulamentares, impossível se mostra a manutenção da condenação da apelante, sendo necessária sua absolvição.

Mencione-se, por fim, que seria inviável realizar a desclassificação da conduta imputada à recorrente para o delito do art. 309 do CTB, já que o referido tipo penal exige que a pessoa sem habilitação dirija seu veículo de forma a gerar perigo de dano, situação da qual, repita-se, não se tem notícia nos autos pois, ainda que a ré tenha atropelado a vítima, não foi relatado que a mesma dirigia de forma anormal, tendo as provas colhidas apontado para a provável ocorrência de uma fatalidade decorrente de a ofendida ter atravessado a rua pela frente de um caminhão parado, a qual não pode, *in casu*, servir para condenar a apelante.

Neste sentido:

EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. FALTA DE HABILITAÇÃO, GERANDO PERIGO DE DANO. ART. 309 DO CTB. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA.

1. O tipo penal do art. 309 do CTB tem como elementares a falta de habilitação para dirigir veículo e o perigo de dano ocasionado pela forma como o acusado dirige. 2. Não comprovados tais elementos integrativos, impositiva a manutenção da sentença absolutória. A simples ocorrência de acidente, em que não se evidencia conduta anormal, não serve de mote para a condenação. RECURSO IMPROVIDO. (TJRS, Recurso Crime Nº 71006187926, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 26/09/2016).

Desta forma, fiel a essas considerações e frente a fragilidade das provas carreadas nos autos, que não tiveram o condão de demonstrar a culpa da ré, voto no sentido de CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso da apelante, absolvendo-a da imputação realizada em sede de denúncia, conforme art. 386, VII do Código de Processo Penal.

É como voto.

Fortaleza, 31 de agosto de 2017.

PROCESSO: 0791247-88.2014.8.06.0001 - APELAÇÃO

APELANTE: E. A. M. DE O.

APELADO: M. P. DO E. DO C.

RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: APELAÇÃO. CRIME DE ESTUPRO EM CONTINUIDADE DELITIVA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS ATRAVÉS DAS PALAVRAS DA VÍTIMA E PROVA TESTEMUNHAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ELEVAÇÃO INDEVIDA. PENA REDIMENSIONADA. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Devidamente comprovadas autoria e materialidade delitivas através da farta prova coligida aos autos, de modo especial pelos relatos coerentes da vítima, corroborados pela prova testemunhal, inviável o pedido de absolvição.

2. O crime de estupro abrange, além da conjunção carnal, todo e qualquer ato libidinoso dela diverso, a dizer, todo e qualquer ato lascivo praticado com a intenção do agente de obter prazer sexual, o que é caso dos autos, não havendo falar em desclassificação da conduta para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

3. “A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta

Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.” (HC 349.259/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 16/05/2016).

4. Na espécie, constata-se que a pena-base foi indevidamente exasperada. Observa-se que a sentenciante fundou-se em elementos próprios do tipo penal, alusões ao “alto grau de reprovabilidade pela perversão moral”, à circunstância de ser o acusado pai da vítima (utilizada para majorar a pena na terceira fase) e o trauma imposto às vítimas de estupro, embora sobejamente graves, inerentes ou comuns aos delitos de estupro.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido, l, para reduzir a pena privativa de liberdade imposta ao apelante para 10 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mantidos os demais termos do édito condenatório.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, 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 apelo, para lhe dar parcial provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 28 de junho de 2017.

RELATÓRIO

Apelação interposta por Edvaldo Airton Martins de Oliveira, contra sentença da lavra do Juízo da 12ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza que o condenou à pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, pela prática do crime previsto no artigo 213, § 1º, c/c os artigos 226, inciso II e 71, todos do Código Penal, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

A Defesa interpôs recurso de apelação às fls. 155-199, pugnando pela absolvição do réu por ausência de provas suficientes acerca da materialidade e autoria do delito. Em pedidos subsidiários, requereu-se a desclassificação para a contravenção penal do art. 61 da LCP, ou, para o delito do artigo 218-A, do CPB, ou, ainda, a redução da pena-base..

Ao contra arrazoar o recurso (fls. 214-222), o Ministério Público Estadual manifesta-se pela sua improcedência.

Em parecer de fls. 238-248, a Procuradoria Geral de Justiça opina pelo parcial provimento do apelo.

Era o que se tinha a relatar, determinando remessa dos autos à D.D. Revisora para os devidos fins.

Fortaleza, CE, 5 de junho de 2017.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Não merece acolhida a pretensão absolutória.

Pela prova colhida, é de se concluir que os crimes narrados na denúncia restaram devidamente configurados, impossibilitando a absolvição do apelante.

Autoria e materialidade encontram-se, portanto, devidamente comprovadas pela prova testemunhal colhida, através das declarações da vítima, Laudo Pericial das fls. 9-10 (Exame de Corpo de Delito – Constatação de Crimes Sexuais), Relatório Circunstancial das fls. 14 e demais elementos de provas constantes dos autos.

A ofendida, ouvida na fase inquisitiva, na presença da Assistente Social da Rede Aquarela – DCECA, declarou que:

“[...] Declara que sempre morou com os pais; QUE, quando tinha 11 anos sua família morava em Caucaia e tinha acabado de menstruar seu pai começou a pegar suas partes íntimas; QUE ele fazia isso geralmente durante a noite e às vezes pela manhã e quando estava embriagado; QUE quando fazia isso seu pai dizia que não contasse para suas mãe e que somente

ele podia pegar, pois era seu pai; QUE depois de um tempo ele parou de fazer isso por um bom tempo quando a declarante tinha 14 anos ele era vigia da UECE, nos finais de semana a declarante, seus irmãos e sua mãe iam ficar com ele ali; QUE, num desses finais de semana, sua mãe não pode ir e quando estavam lá, seu pai bebeu e durante à noite ele passou a mão nas suas partes íntimas mais de uma vez; QUE quando isso aconteceu a declarante disse que ia contar isso para sua mãe, ocasião em que seu pai ficou muito agressivo e lhe bateu e ameaçou de morte; QUE, quando contou para sua mãe, ela não acreditou, o que a deixou muito revoltada e a declarante passou a fugir de casa por umas dez vezes depois disso e uma vez pediu ajuda a sua vizinha Angelucia, para quem contou o que tinha ocorrido e ela veio nesta delegacia e registrou esse boletim; QUE, depois disso a declarante chegou a ser abrigada e seu pai nunca mais abusou-a sexualmente, mesmo quando a declarante fugiu do abrigo e voltou a morar com os pais; QUE quando contou para seus irmãos Edvaldo e Edson, eles disseram já ter visto seu pai passando as mãos em suas partes, mas na frente de sua mãe eles desmentiram” [...]” (fl. 19-20)

Em Juízo, a menor confirmou as declarações prestadas na delegacia:

“[...] quando ouvida em Juízo (depoimento em vídeo), disse que o acusado é seu pai; que, quando tinha 11 (onze) anos de idade, “virou” moça e sua mãe contou esse fato ao acusado; que, após isso, o acusado conversou com a depoente e disse que somente ele podia “pegar” nela porque era seu pai; que o acusado tocou primeiro em seus seios e depois em suas partes; que disse ao acusado que ia contar à sua mãe e este disse que, se ela fizesse isso, mataria ela e sua mãe; que seus irmão sempre viam o acusado tocar em suas partes; que já acordou com seu “short” desabotoado e descido; que, certa vez, o acusado apostou com a depoente quem bebia mais e a embriagou com cerveja, não se lembrando do que aconteceu após isso, mas tendo acordado com as partes íntimas estranhas e doloridas; que sua irmã Sara falou que o acusado também

tocou nos seios dela e a ameaçou caso contasse à sua mãe; que o acusado tocou em suas partes íntimas quando ela tinha 11 (onze) anos por duas vezes; que, quando contava com 14 (catorze), o acusado voltou a tocar em suas partes íntimas; que viu o acusado em cima de sua irmã Cristiane, também filha do acusado, ambos sem roupa, e que esta tem dois filhos do acusado; que o acusado já tentou “pegar” em outra filha dele de nome Jônica; que o acusado corria atrás da depoente com uma barra de ferro e facão e a agrediu várias vezes; que já fugiu de casa mais de dez vezes; que atualmente o acusado está com outra mulher, tendo este dito que era para “pegar” a filha dela. [...]” (fls. 142-143)

É pacífico o entendimento de que as declarações da vítima, em crimes dessa natureza, possuem grande credibilidade e alto valor probatório, dado a clandestinidade, eis que o agente, em regra, cerca-se de toda cautela necessária para não ser surpreendido, ou seja, a maioria desses crimes são cometidos às escondidas, sem testemunhas presenciais.

Outro não é o entendimento jurisprudencial:

Nos crimes sexuais a palavra da vítima, quando em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza à conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime. (STF - HC 7.850-1).

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - PALAVRA DA VÍTIMA - CONTINUIDADE DELITIVA.

I. Não se pode afastar a credibilidade da palavra da vítima que apresenta discurso coerente e repetido sobre os fatos, em consonância com os demais testemunhos e provas dos autos.

II. A fração pela continuidade delitiva deve ser estabelecida acima do mínimo quando demonstrado que os atos libidinosos foram perpetrados durante longo tempo.

III. Apelo parcialmente provido. (Acórdão n. 627215, 20100710241734APR, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 11/10/2012, DJ 19/10/2012 p. 259)

Das transcrições, observa-se que a vítima foi clara ao narrar o ocorrido, vindo as suas declarações amparadas pela prova testemunhal. Vejamos:

Na delegacia, como também em juízo, Maria Angelúcia Ferreira de Sousa, vizinha da ofendida, a quem acolheu em sua residência após tomar ciência dos fatos delituosos, ao prestar seu depoimento consignou, *in verbis*:

“[...] QUE, não recorda a data exata em que DARA lhe procurou e pediu ajuda para eu pudesse ficar ali por uns dias; QUE, na ocasião DARA chorava muito e a depoente permitiu que ela ficasse; QUE, DARA chegou a passar uns dias em sua casa e nesse período ela relatou para sua filha Analine, que na época tinha 19 anos que o pai tinha abusado sexualmente dela e que contou para a mãe, a qual não acreditou nela; [...]; QUE sobre os abusos DARA relatou que costumava acordar com o genitor passando a mão nas partes íntimas dela e no dia em que ela veio para sua casa na companhia de sua filha, ela saiu de casa correndo pois o pai queria agarrá-la; QUE, quando DARA estava em sua casa, o pai dela ainda veio em sua casa portando um facão, querendo agredi-la porque ela não queria voltar para casa, mas a depoente não permitiu que ele a agredisse e ainda informou ao pai dela de depois a mãe que iria levá-la ao Conselho tutelar para que fosse resolvida essa questão. [...]” (fl. 21-22)

“[...] quando ouvida em Juízo (depoimento em vídeo), disse que a vítima era amiga de sua filha e frequentava a casa da depoente; que percebeu a vítima com um comportamento estranho, tendo esta pedido para morar na casa da depoente; que ouviu a vítima falar que o acusado ficava alisando suas partes íntimas; que ficou sabendo que o acusado também abusou de outra filha dele e de outras meninas, como a chamada Tieta; que o acusado também é envolvido em outros casos; que aceitou a vítima em sua casa porque presenciou o acusado correndo atrás dela com um facão.” (fls. 143).

Edvaldo Airton Martins de Oliveira Filho, irmão da vítima, em juízo, disse:

“[...] que é filho do acusado e irmão da vítima; que ouviu a vítima falar que o acusado pegou em suas partes íntimas; que o acusado agredia sua mãe e já correu atrás da vítima com um facão; que o acusado dormia na rede com a Cristiane, tendo esta aparecido com dois filhos; que soube que o acusado tocou nos seios de sua irmã mais nova, Sara.” (fl. 143)

Edson de Sousa Martins de Oliveira, outro irmão da ofendida, também depôs em juízo, esclarecendo:

“[...] disse que é filho do acusado e irmão da vítima; que a vítima lhe disse que o acusado “pegou” nas partes íntimas dela mais de uma vez; que Cristiane é sua irmã e tem dois filhos; que dizem que o pai dos filhos da Cristiane é o acusado; que a Jônica contou que o acusado também tocou nas partes íntimas dela; que soube de um abuso praticado pelo acusado em Manaus; que já ouviu que o acusado abusou de uma criança no bairro José Walter.” (fl. 143)

A testemunha AIRTON FILHO, de igual modo, afirmou:

“que ouviu da vítima: que o acusado pegou em suas partes íntimas, mais de uma vez; que o acusado correu atrás da DARA com um facão e com uma barra de ferro; que o acusado dormia na rede com CRISTIANE e ela apareceu com dois filhos; que soube que o acusado pegou nos seios de SARA” (fl. 243)

O apelante negou a prática do delito., mas sua versão encontra-se isolada, restando a prática do crime devidamente comprovada.

Assim, as declarações da vítima aliadas aos depoimentos das demais testemunhas, refutam a versão emprestada aos fatos pelo réu, de modo que a negativa de autoria ecoa solitária, restando sobejamente demonstrado pelo acervo probatório que a menor foi vítima de atos libidinosos diversos, praticados em mais de uma oportunidade.

De outro lado, não há indício de que a menor tenha inventado os fatos narrados na exordial acusatória com o fito de prejudicar o réu.

Quanto à credibilidade a ser emprestada ao depoimento da vítima em delitos sexuais, trago à colação o E. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A. INCOMPETÊNCIA DE JUÍZO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. INEXISTÊNCIA. TESE DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE REAPRECIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA E PROVA TESTEMUNHAL APTA A EMBASAR A CONDENAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Constata-se que a competência foi definida pela Corte de origem, por meio de resolução editada em sessão plenária, expressamente autorizada pela lei de organização judiciária, não se verificando, qualquer ilegalidade ou ofensa à Constituição Federal, consoante as normas do art. 96, inciso II, alínea “d”, e art. 125, *caput* e § 1º, da Carta Magna, não se podendo falar em incompetência da Vara da Infância e Juventude para apreciar os delitos que envolvam a prática de crimes contra menores 2. Esta Corte Superior tem o entendimento jurisprudencial no sentido de que nos crimes sexuais, a palavra da vítima, desde que coerente com as demais provas dos autos, tem relevância como elemento de convicção, sobretudo porque, em grande parte dos casos, tais delitos são perpetrados às escondidas e podem não deixar vestígios. 3. Agravo regimental não provido.”(AgRg no AREsp 312.577/RN, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

Portanto, inviabiliza-se a pretendida absolvição à míngua de elementos capazes de desconstituir a sólida prova que forma o processo, a qual demonstra inequivocamente ser o recorrente o autor do crime narrado na denúncia.

Relativamente à desclassificação do delito, tem-se que o crime de estupro se consuma com a prática de qualquer ato libidinoso praticado em desfavor da ofendida, não se restringindo o tipo penal apenas à conjunção carnal, mas englobando qualquer ato libidinoso dela diversa praticado pelo agente, motivo pelo qual vai afastada a tese defensiva em discussão, vez que a conduta não se amolda à pretendida figura descrita no art. 61, da LCP.

Neste sentido, colaciono os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. FOTOS PORNOGRÁFICAS DE VÍTIMAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES. CARÍCIAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR (ART. 61 DA LCP). IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado art. 213 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.015/2009, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não. 2. A existência de contato entre o agressor e as vítimas mostra-se bastante para configuração da forma consumada do delito de atentado violento ao pudor. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 123.028/MS, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 05/11/2012)

Por fim, insurge-se a Defesa sobre a dosimetria da pena.

Da análise atenta da sentença condenatória de fls. 141-146, depreende-se que a digna Magistrada a quo, após valorar as circunstâncias judiciais inculpidas no art. 59 do Código Penal, fixou a pena-base em 08

(oito) anos de reclusão, 2 (dois) anos acima do patamar mínimo, com base na seguinte fundamentação:

“a culpabilidade do agente é intensa, incidindo em um alto grau de reprovabilidade pela perversão moral que demonstra sua conduta; o acusado é primário e não apresenta maus antecedentes criminais, conforme certidões nos autos; a conduta do acusado é considerada boa, segundo as testemunhas de defesa; os motivos do crime relacionam-se com o desejo condenável de satisfazer de modo imoral a concupiscência; as circunstâncias do crime depõem fortemente contra o réu, pois ele aproveitou-se do fato de ser pai da vítima e da inocência e fragilidade desta e submeteu-a a práticas lascivas; as consequências do crime para a vítima residem no trauma que esta ocorrência lhe deixou; a ofendida não contribuiu para a conduta do denunciado, nem a facilitou.”

Da transcrição, constata-se que a pena-base foi indevidamente exasperada. Observa-se que a sentenciante fundou-se em elementos próprios do tipo penal, alusões ao “alto grau de reprovabilidade pela perversão moral”, à circunstância de ser o acusado pai da vítima (utilizada para majorar a pena na terceira fase) próprias do ilícito e ao trauma imposto às vítimas de estupro, embora sobrejamente grave, no caso são os inerentes ou comuns aos delitos de estupro.

Passo, assim, ao redimensionamento da pena-base.

Tendo por favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, reduzo a pena a pena para **6 anos de reclusão**, elevada da metade – artigo 226, II, do CP, perfazendo o total de 9 anos de reclusão. Presente a figura do crime continuado (art. 71 do CP), mantenho o aumento mínimo da pena em 1/6 (um sexto), atingindo a reprimenda, em caráter definitivo, **10 anos e 6 meses de reclusão**, à míngua de causas outras que a modifiquem, fixando o regime **fechado** para o início do seu cumprimento, nos termos do art. 33, §2º, letra “a”, do Código Penal.

Destaque-se, finalmente, que a conduta imputada ao recorrente, no meu sentir, amolda-se à disposta no art. 217-A, c/c o 226, II, na forma

do art. 71, todos do Código Penal Brasileiro. Deixo contudo, de proceder à alteração da classificação jurídica, em virtude da vedação à reformatio in pejus, vez que o recurso foi exclusivo da Defesa.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta PGJ, dou parcial provimento ao apelo, para reduzir a pena privativa de liberdade imposta ao apelante para **10 anos e 6 meses de reclusão**, em regime inicial **fechado**, mantidos os demais termos do édito condenatório.

É como voto.

Fortaleza, 28 de junho de 2017.

HABEAS CORPUS

PROCESSO: 0623456-92.2017.8.06.0000 - HABEAS CORPUS

IMPETRANTE: JOSE JUNIOR AVILA PINTO

PACIENTE: DANILO DOS SANTOS LIMA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE EUSÉBIO

RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO PELO USO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PECULIARIDADES DO FEITO. PLURALIDADE DE RÉUS. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO DESIGNADA PARA O DIA 18.07.2017. NULIDADE DA SEGREGAÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO DE ORIGEM SOBRE A MATÉRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

01 – Nos termos da orientação doutrinária e jurisprudencial, a configuração do excesso de prazo na formação da culpa deve ser aferida segundo as circunstâncias próprias de cada processo e critérios de razoabilidade, não decorrendo de simples soma aritmética de prazos processuais, devendo o eventual retardo ser analisado à luz da razoabilidade.

02 – Na hipótese, a meu ver, em que pese a ocorrência de um certo retardo, a mora na tramitação do processo não pode ser atribuída ao Juízo, não havendo, pois, falar em desídia do Magistrado condutor, o qual tem diligenciado no sentido de dar andamento ao processo.

- 03 - Compulsando os autos, apura-se que há audiência de instrução designada para o próximo dia 18.07.2017, verificando-se que a dilação do prazo para o término da instrução não se dá de maneira desarrazoada, considerando as peculiaridades do processo, notadamente a gravidade concreta e complexidade dos delitos, a necessidade de expedição de carta precatória, bem como a pluralidade de réus (três), encontrando-se a delonga, pois, dentro dos limites da razoabilidade.
- 04 - Inexistindo, em primeira instância, pronunciamento sobre o pedido formulado em sede habeas corpus alusivos às alegações de nulidade prisão, resta obstada sua análise por este Sodalício, sob pena de configurar a indevida supressão de instância.
- 05 - Ordem parcialmente conhecida e denegada, com recomendação.

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 unanimidade de votos, em conhecer parcialmente da ordem impetrada, denegando-a na extensão cognoscível, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 21 de junho de 2017.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Danilo dos Santos Lima, figurando como autoridade coatora Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Eusébio.

Colhe-se dos autos que o Paciente foi preso em flagrante delito em 17-04-2016 e pela suposta prática dos delitos tipificados nos artigos 157, § 2º, incisos I e II e 288, parágrafo único, do Código Penal, foi denunciado pelo Ministério Público Estadual (fls. 21-25), sendo a exordial recebida pelo Juízo de origem em 05-05-2016 (fl. 26).

No presente writ se alega excesso de prazo na formação da culpa, ausência de fundamentação idônea para a manutenção da prisão e nulidade da segregação, ante a “ausência do decreto prisional preventivo, decorrente da prisão em flagrante”, destaca-se, ainda, a possibilidade de ser a prisão preventiva substituída por medidas cautelares alternativas.

Indeferida a liminar (fls. 54-57), prestadas as judiciosas informações (fls. 61), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer que assenta nas fls. 65-71, pela denegação da ordem.

É, no que há de relevante, o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

Relativamente ao excesso de prazo no encerramento da instrução processual, o tema foi enfrentado e o pedido formulado pela Defesa foi negado pelo Magistrado de primeiro grau com base nos seguintes fundamentos (fl. 46):

“[...]”.

Conforme bem enfatizado na manifestação ministerial de fls. 402 a 405, além do reconhecimento jurisprudencial de que não há constrangimento ilegal quando presentes os motivos ensejadores do decreto preventivo, não se verifica nenhuma demora na conclusão do processo, devendo-se considerar a complexidade do caso, inclusive tendo sido arrolada testemunha em comarca diversa.

[...]”.

O período de encerramento da instrução criminal, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, não deve, por certo, ser entendido

como prazo peremptório, eis que subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que sua superação não implica necessariamente um constrangimento ilegal. Com efeito, somente a mora que decorra de ofensa ao princípio da razoabilidade, consubstanciada em desídia do Poder Judiciário ou da acusação resulta em constrangimento ilegal.

Na hipótese, a meu ver, em que pese a ocorrência de um certo retardo, a mora na tramitação do processo não pode ser atribuída ao Juízo, não havendo, pois, falar em desídia do Magistrado condutor, o qual tem diligenciado no sentido de dar andamento ao processo.

Compulsando os autos, apura-se que já foram “colhidos depoimentos testemunhais” e há audiência de instrução designada para o próximo dia 18.07.2017, verificando-se que a dilação do prazo para o término da instrução criminal não se dá de maneira desarrazoada, considerando as peculiaridades do processo, notadamente a gravidade e complexidade concreta do delito, a pluralidade de réus (três), bem como a necessidade de expedição de carta precatória, encontrando-se a delonga justificada e dentro dos limites da razoabilidade.

Quanto à alegada nulidade decorrente da ausência de decisão de primeiro grau convertendo a prisão em flagrante em preventiva, não há, através documentação acostada aos autos, comprovação de que a questão alegada pela Defesa foi examinada pelo Juízo de origem, a quem cabe, inicialmente, o controle da legalidade da segregação, de modo que fica impedida a sua análise diretamente por esta Corte de Justiça, dada a sua incompetência para tanto, sob pena de indevida supressão de instância, restando inviabilizada, ainda, a análise acerca da idoneidade da prisão no ponto alusivo à verificação da presença dos pressupostos da prisão preventiva.

Nesse sentido:

EMENTA: *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO - FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO - ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - IRREGULARIDADES NA INTIMAÇÃO - INVIABILIDADE DE EXAME, SOB PENA DE

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - PRISÃO PREVENTIVA - DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR - ARTIGOS 282, §4º E 312, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CPP - FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA - ORDEM DENEGADA.

1. Se as alegações de incompetência e nulidade da audiência de instrução e julgamento ainda não foram apreciadas no Juízo de origem, não pode este eg. TJMG interferir precocemente na questão, sob pena de supressão de instância.
2. Em se tratando de réu que permanece em local incerto e não sabido, descumprindo as medidas cautelares impostas, deve ser mantido o decreto de prisão preventiva.
3. Denegado o *habeas corpus*. (TJMG - *Habeas Corpus* Criminal 1.0000.16.041578-2/000, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/07/2016, publicação da súmula em 20/07/2016)

PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTS. 33 E 35 DA LEI N. 11.343/06. NULIDADE. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. TEMA NÃO SUSCITADO/ ENFRENTADO PELA CORTE LOCAL. COGNIÇÃO. INVIABILIDADE. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. *WRIT* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DENEGADA.

1. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre tema não enfrentado pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Quanto à alegação de nulidade (momento do interrogatório dos pacientes), tem-se que a matéria não foi suscitada e, por conseguinte, enfrentada pelo Tribunal *a quo*.
2. O *mandamus* se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita o revolvimento fático-probatório a ensejar a absolvição dos pacientes no que se refere ao crime de associação para o tráfico ilícito de drogas.
3. Não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida no tocante às penas-base, porquanto as instâncias ordinárias

adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação acima do mínimo legal, tendo em vista a expressiva quantidade da droga apreendida - 434,69 Kg de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, ordem denegada. (HC 388.679/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017)

À vista do exposto, conheço parcialmente da ordem, denegando-a na extensão cognoscível, recomendando-se ao Juízo processante que imprima celeridade e prioridade ao processamento da ação penal.

É como voto.

Fortaleza, 21 de junho de 2017.

PROCESSO: 0624673-73.2017.8.06.0000 - *HABEAS CORPUS*

IMPETRANTE: ALEXANDRE FERNANDES ALVES

PACIENTE: IVANILDO SILVA DE ANDRADE

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA

RELATOR: DES. FRANCISCO MAURO FERREIRA LIBERATO

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PENA APLICADA PELO TRIBUNAL DO JÚRI DE 04 ANOS E 02 MESES DE RECLUSÃO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL DE 12 ANOS. RECURSOS APELATÓRIOS INTERPOSTOS PELO PACIENTE E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO JULGADOS INTEMPESTIVOS. TRÂNSITO EM JULGADO RETROATIVO. NÃO TRANSCURSO DO LAPSO TEMPORAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ANÁLISE DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em face do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza, em favor de Ivanildo Silva de Andrade, condenado pela prática do crime previsto no artigo 121, § 2.º, II, c/c art. 14, II, todos do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão.

2. O impetrante requer, em síntese, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime objeto da ação penal originária, tendo em vista que a decisão transitou em julgado 15 (quinze) anos e 07 (sete) meses após o fato delituoso e 15 (quinze) anos e 02 (dois) meses após o recebimento da denúncia.

3. Considerando que a sentença transitou em julgado para a acusação, a prescrição se verifica em 12 anos, porque a pena fixada é superior a quatro anos e não excede a oito.

4. Tendo em vista que o apelo interposto pelo paciente não fora admitido em virtude da intempestividade, o trânsito em julgado da decisão, nesta hipótese, retroage ao dia posterior ao prazo final para a interposição do recurso. Precedentes do STJ.

5. Em que pese não seja possível precisar a referida data, em virtude da ausência de documentação comprobatória, é certo que o trânsito em julgado operou-se anteriormente à interposição do recurso apelatório intempestivo, ou seja, em 13/12/2004, transcorrendo apenas o lapso de aproximadamente 03 (três) anos desde o evento delituoso.

6. Após a reforma introduzida com a edição da Lei n.º 11.596/2007, dando nova redação ao inciso IV do artigo 117, e aplicável ao paciente por ser mais benéfica, prevalece o entendimento de que apenas o acórdão condenatório recorrível passou a ser marco interruptivo da prescrição, de modo que o julgamento do apelo interposto pelo corréu que confirmou a sentença condenatória não possui o condão de interromper o curso do prazo prescricional.

7. No Superior Tribunal de Justiça, “prevalece o entendimento, nas duas Turmas que compõem a Terceira Seção, que o marco inicial para verificação da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para a acusação, nos termos estabelecidos pelo art. 112, inciso I, do Código Penal.” (AgRg no REsp 1610367/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 29/03/2017).

8. Na hipótese, não há nestes autos data da intimação do Ministério Público acerca da sentença condenatória que viabilizaria identificar o dia exato do trânsito em julgado para a acusação, e, em consequência, do início da contagem do prazo prescricional.

9. Além disto, também não consta destes fólios processuais se foi efetivamente dado início ao cumprimento da pena em relação ao paciente, e, em caso afirmativo, a data precisa deste ato, que é marco interruptivo do prazo prescricional.

10. Não é admitida a realização de dilação probatória em sede de *habeas corpus*, cuja concessão está condicionada à demonstração de plano da ilegalidade, sendo ônus do impetrante comprová-la no momento da impetração¹.

11. *Habeas Corpus* conhecido e improvido. Ordem não concedida de ofício por ausência de prova pré-constituída capaz de dirimir a questão acerca da prescrição da pretensão executória.

1 (STJ, AgRg no HC nº 39108/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Julgado em: 28/03/2017); (STJ, AgRg no HC nº 380235/ES, Rel. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, Julgado em: 06/04/2017).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do presente *habeas corpus* e denegar a ordem requestada, nos termos do voto do eminente Relator.

Fortaleza, 23 de agosto de 2017.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em face do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza, em favor de Ivanildo Silva de Andrade, condenado pela prática do crime previsto no artigo 121, § 2.º, II, c/c art. 14, II, todos do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto.

Nas razões deste *writ*, o impetrante requer, em síntese, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime objeto da ação penal originária, tendo em vista que a decisão transitou em julgado 15 (quinze) anos e 07 (sete) meses após o fato delituoso e 15 (quinze) anos e 02 (dois) meses após o recebimento da denúncia.

Juntou documentação às fls. 07/91.

A liminar fora indeferida na decisão de fls. 99/102 pela então relatora desta ação, a Dra. Maria do Livramento Alves Magalhães (Portaria n.º 606/2017).

As informações solicitadas à autoridade apontada como coatora foram prestadas à fl. 107.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou o parecer de fls. 110/112, opinando pela denegação da ordem, tendo em vista não haver ocorrido a prescrição na hipótese.

É o relatório.

Processo que independe de inclusão em pauta como preceituam os artigos 82, §1º e 256, *caput*, do RITJCE.

VOTO

Nos termos do artigo 109 do Código Penal, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1.º do art. 110, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

- “I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
- II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
- III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
- IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
- V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
- VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano”. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Nos casos em que a sentença transita em julgado para a acusação ou depois de improvido o seu recurso, a prescrição regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa (artigo 109, § 1º, CP, com redação dada pela Lei n.º 12.234 de 05 de maio de 2010). Isso significa que para os crimes praticados anteriormente à mencionada legislação ainda possibilita-se considerar a data do fato como termo inicial para decretar a prescrição.

Deve-se observar também que, nos termos do artigo 115 do Código Penal, serão reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

Na sequência, cumpre observar as hipóteses de interrupção do prazo prescricional:

- “Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- II - pela pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- III - pela decisão confirmatória da pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; (Redação dada pela Lei nº 11.596, de 2007).
- V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)
- VI - pela reincidência. (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)”.

No caso em análise, é importante destacar:

1) o fato ocorrera em 19/11/2001 (anterior, portanto, à vigência da Lei n.º 12.234 de 05 de maio de 2010);

2) a denúncia fora recebida em 1.º/04/2002 (v. folha 107);

3) o acusado fora pronunciado em 28/09/2004 e condenado pelo Conselho de Sentença em 29/11/2004;

4) as apelações interpostas pelo Ministério Público e pelo paciente foram inadmitidas diante da intempestividade em 17/09/2012, sendo, nesta mesma decisão, improvido o recurso apelatório interposto pelo corréu;

5) a sentença, portanto, transitou em julgado para o Ministério Público;

6) a certidão de trânsito em julgado é datada de 18/08/2016;

7) a pena aplicada foi de 04 anos e 02 meses de reclusão;

8) o acusado não era menor de 21 anos na data do fato nem maior de 70 anos na data da sentença.

A prescrição, portanto, será regulada pela pena fixada, de modo que se verifica em 12 anos, porque superior a quatro anos, não excedendo a oito.

Há, nesta hipótese, todavia, peculiaridade merecedora de destaque.

Conforme mencionado anteriormente, os recursos apelatórios interpostos pelo paciente e pelo Órgão Ministerial não foram conhecidos por

esta Corte de Justiça em razão da intempestividade. Os recursos interpostos posteriormente contra essa decisão, quais sejam, embargos de declaração, agravo regimental, recurso especial e recurso extraordinário, também não foram conhecidos, motivo pelo qual fora certificado o trânsito em julgado em 18/08/2016.

Surge, então, o questionamento sobre em qual data efetivamente opera-se o trânsito em julgado de decisão nos casos de não conhecimento do recurso contra ela interposto.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que, nesses casos, o trânsito em julgado da decisão retroage ao dia posterior ao prazo final para a interposição do recurso. Tal posicionamento fora enfrentado cautelosamente no julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n.º 386.266, no bojo do qual foram transcritas importantes lições de trabalho elaborado por LUIZ GUILHERME MARINONI (publicado na GENESIS – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, número 36, p. 285/301, abril/junho 2005), *in verbis*:

“Ora, o que importa, para a definição de trânsito em julgado, é a circunstância da decisão não ser impugnável, e não o fato dela não ter sido questionada ou “impugnada”. Isto pela simples razão de que uma decisão pode ser impugnada mediante recurso inadmissível. Ou seja, uma decisão, mesmo que impugnada mediante recurso, certamente pode transitar em julgado.

O fato de uma sentença não ser mais passível de recurso nada tem a ver com o direito da parte recorrer. Ninguém pode negar à parte o direito de apresentar recurso, mas nem todo recurso, como é curial, é cabível. Ter direito de recorrer não é o mesmo que ter direito ao julgamento do mérito do recurso. O direito ao julgamento do mérito do recurso pressupõe a sua admissibilidade. Uma decisão apenas é sujeita a recurso quando a parte tem o direito ao julgamento do seu mérito. Portanto, o trânsito em julgado depende de a decisão não estar mais sujeita a recurso admissível ou de não ser mais passível de recurso admissível. Não é o direito de recorrer ou o exercício desse direito que impede o trânsito em julgado, mas sim a existência de recurso cabível. Como esclarece mais

uma vez BARBOSA MOREIRA, “se transita em julgado a decisão de que não cabe recurso, a eventual interposição de recurso que não caiba é irrelevante na perspectiva do trânsito em julgado. Se para fazer transitar em julgado a sentença é condição necessária e suficiente já não estar ela sujeita a recurso, de modo nenhum se obsta ao implemento da condição interpondo recurso a que, de acordo com a lei, não está ela sujeita. Caso o direito de recorrer fosse obstáculo ao trânsito em julgado, a parte estaria ciente de que poderia utilizar todas as vias recursais para procrastinar o encerramento do processo, ainda que incabíveis.

Como é evidente, a previsão dos recursos não se presta a dar às partes meios para permitir a protelação da definição das demandas ou vias para evitar o trânsito em julgado”.

E mais:

“Já a decisão que expressa um juízo de inadmissibilidade negativo não pode ter outro efeito senão o declaratório. É o caso de perguntar se tal efeito declaratório é *ex nunc* ou *ex tunc*. Ou melhor, seria possível concluir que a decisão recorrida, embora não tenha sido substituída por outra, transitou em julgado apenas no momento em que se declarou a inadmissibilidade do recurso? Ora, como demonstrado no item anterior, a interposição do recurso não é obstáculo ao trânsito em julgado. Como esclarece PONTES DE MIRANDA, “a sentença ou acórdão não deixa de passar em julgado porque dela se recorreu, mas sim porque, cabendo recurso, foi ele interposto. Não é o recorrer-se em tempo hábil que pré-elimina o trânsito em julgado; é o caber o recurso e ter-se recorrido”. A decisão de não conhecimento declara que o recurso não é cabível ou que outro recurso era o cabível. Ao declarar que o recurso não é cabível ou que outro recurso era o cabível, declara, ao mesmo tempo, que a decisão transitou em julgado no momento em que se tornou irrecorrível ou em que transcorreu o prazo para a interposição do recurso cabível. Raciocinar de forma diversa seria aceitar que a decisão de não conhecimento declara que o recurso é inadmissível, mas que o recurso, ainda que incabível, impede o trânsito em julgado. Aceitar-se-ia, assim, a equivocada idéia de que a

interposição do recurso, e não a existência de recurso cabível, constitui obstáculo ao trânsito em julgado. Nessa dimensão são incontestáveis as lições de PONTES DE MIRANDA e BARBOSA MOREIRA. Diz PONTES: “Se não cabia o recurso, ou se não mais cabia recurso, e se interpôs recurso, houve trânsito em julgado: a decisão, na instância recursal, em que se diga que não cabia recurso, ou que não mais cabia recurso, é decisão apenas declarativa”. E escreve BARBOSA MOREIRA: “Positivo ou negativo, o juízo de admissibilidade é essencialmente declaratório. Ao proferi-lo, o que faz o órgão judicial é verificar se estão ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso. A existência ou a inexistência de tais requisitos é, todavia, anterior ao pronunciamento, que não a gera, mas simplesmente a reconhece (...) Recurso inadmissível ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado: nunca a teve, ali, ou cessou de tê-la, aqui. Destarte, se inexistente outro óbice (isto é, outro recurso ainda admissível, ou sujeição da matéria, *ex vi legis*, ao duplo grau de jurisdição), a coisa julgada exsurge a partir da configuração da inadmissibilidade. Note-se bem: não a partir da decisão que a pronuncia, pois esta, como já se assinalou, é declaratória; limita-se a proclamar, a manifestar, a certificar algo que lhe preexiste-”. Como está claro, a tese de que o trânsito em julgado da decisão recorrida ocorre no momento em que o recurso não é conhecido esquece que esse recurso nunca teve a capacidade de impedir o trânsito em julgado. Ora, se o recurso incabível jamais teve a capacidade de impedir o trânsito em julgado, é absurdo imaginar que ele deixou de ter tal capacidade apenas no momento em que foi declarado inadmissível”.

Aplicando os referidos ensinamentos para a seara processual penal, firmou-se a premissa de que apenas os recursos efetivamente admitidos são capazes de impedir o trânsito em julgado.

Importante destacar que a questão analisada naquele *decisum* referia-se à retroatividade do trânsito em julgado nas hipóteses de recurso não admitido por ausência dos pressupostos genéricos e específicos. Na divergência, todavia, não se incluiu o pressuposto da tempestividade, porque

pacífica a orientação de que recurso interposto a destempo não tem o condão de adiar a coisa julgada.

Transcrevo trechos do voto-vista proferido pelo eminente Ministro Leopoldo de Arruda Raposo que, mesmo divergindo do posicionamento adotado pelo Relator, é uníssono quanto à questão da intempestividade:

“No caso de intempestividade, não há controvérsia, pois o trânsito em julgado ocorre no dia seguinte ao último dia do prazo para interposição do recurso cabível, situação que se constata de forma objetiva, sem necessidade de análise das razões recursais. Dessa forma, haverá mera contagem de prazo, tratando-se verdadeiramente de decisão declaratória. [...]

Se não posso conhecer do recurso – por ser intempestivo por exemplo –, este não teve o condão de impedir o trânsito em julgado. Nesses casos, constatado o problema, apenas se declara, haja vista se tratar de evento objetivamente aferível, sem necessidade de adentrar o próprio mérito do recurso. Por oportuno: [...] O trânsito em julgado de uma decisão se afere pelo esgotamento dos recursos cabíveis ou pelo decurso in albis dos prazos para sua interposição. Assim, ainda que interposto recurso, este não tem o condão de impedir o trânsito em julgado, quando apresentado intempestivamente. (AgRg no REsp 670364/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 14/12/9).

[...]

Para a doutrina, a coisa julgada se forma:

‘Depois de ultrapassada a fase recursal, quer porque não houve recurso, quer porque o recurso não foi conhecido por intempestividade, quer porque foram esgotados todos os meios recursais, a sentença transita em julgado. Isto se dá a partir do momento em que a sentença não é mais impugnável. (...). O momento da ocorrência da coisa julgada quando o recurso não é conhecido é o da época e, que se verificou a causa do não conhecimento. Assim, por exemplo, o trânsito

em julgado de sentença impugnada por apelação interposta a destempo, no 16º dia do prazo (CPC 508), ocorreu nesse momento, independentemente de o recurso haver sido julgado posteriormente: a apelação não ficou intempestiva quando o tribunal assim o declarou, mas já o era desde o 16º dia do prazo. Isso quer dizer que a decisão do tribunal, que não conheceu o recurso por intempestivo, é declaratória e possui eficácia *ex tunc*, retroagindo seus efeitos à época em que se verificou a causa de não conhecimento do recurso, momento do trânsito em julgado'. (Nery Junior, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 820/821)" (Trecho do voto-vista proferido pelo eminente Ministro Leopoldo de Arruda Raposo).

No mesmo sentido, transcrevo trecho essencial ao debate de outro precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“Não há dúvidas de que o recurso manejado intempestivamente não tem o condão de impedir o implemento do trânsito em julgado, o qual pode ser de pronto identificado, haja vista se tratar de evento objetivamente aferível, sem necessidade de adentrar o próprio mérito do recurso. Com efeito, ainda que submetido ao duplo juízo de admissibilidade, inevitável o reconhecimento da intempestividade” (STJ, Resp 1.255.240/DF, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 19/09/2013).

A despeito da divergência quanto aos demais casos, a questão da intempestividade também fora adotada no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NA ORIGEM. NÃO RETROAÇÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DEFINITIVA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRESCRIÇÃO VERIFICADA. CONCESSÃO DA ORDEM.

I – Na seara criminal, quando inadmitidos os recursos extraordinário e especial na origem, a coisa julgada só deve retroagir à data do término do prazo recursal em caso de intempestividade. Precedente: HC 86.125/SP, Rel. Min. Ellen Gracie . (HC 117897, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 4/2/2014, DJe 14/2/2014).

Deslocando este entendimento para a hipótese ora analisada e conquanto não seja possível identificar o prazo final para interposição do recurso apelatório, em virtude da ausência de documentação comprobatória, é certo que o trânsito em julgado operou-se anteriormente à interposição do apelo julgado intempestivo, ou seja, em 13/12/2004, transcorrendo apenas o lapso de aproximadamente 03 (três) anos desde o evento delituoso.

Importante fazer uma ressalva neste ponto. É que, na mesma decisão de não conhecimento dos apelos, fora improvido o recurso interposto pelo corréu, ocasião em que fora confirmada a sentença condenatória proferida pelo Tribunal do Júri.

Sabe-se que, nos termos do artigo 117, § 1.º, do Código Penal, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime, de modo que eventual interrupção implementada para corréu, que teve o mérito de seu recurso apelatório julgado, importaria na interrupção igualmente para o paciente.

Ocorre que, após a reforma introduzida com a edição da Lei n.º 11.596/2007, dando nova redação ao inciso IV do artigo 117, e aplicável ao paciente por ser mais benéfica, prevalece o entendimento de que apenas o acórdão condenatório recorrível passou a ser marco interruptivo da prescrição, de modo que o julgamento do apelo interposto pelo corréu que confirmou a sentença condenatória não possui o condão de interromper o curso do prazo prescricional.

Por acórdão condenatório recorrível, a doutrina de Guilherme de Souza Nucci ensina o seguinte:

“E quanto ao acórdão confirmatório da decisão condenatória? Não foi incluído na alteração. Logo, nesse caso, não se pode utilizá-lo para a interrupção da prescrição. Seria uma interpretação extensiva desnecessária e contrária ao interesse do réu. Olvidou-se boa oportunidade para tê-lo incluído também como causa interruptiva da prescrição. Nem se diga que acórdão condenatório é o mesmo que acórdão confirmatório da condenação. Com a devida venia, não é. O acórdão condenatório está em contraposição à sentença absolutória de primeira instância. Caso a decisão do colegiado simplesmente mantenha o que foi concretizado em primeiro grau, é acórdão confirmatório, embora substitua a sentença para efeito de cumprimento em execução” (em Código Penal Comentado, 17. ed., 2017, p. 724).

Por conseguinte, a orientação de que o acórdão confirmatório não constitui causa interruptiva do prazo prescricional é adotada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica do precedente a seguir transcrito:

EMENTA Recurso extraordinário. Matéria criminal. Prequestionamento. Ofensa indireta ou reflexa. Inadmissibilidade. Precedentes. Pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal na modalidade retroativa. Matéria de ordem pública que pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo. Artigo 61 do Código de Processo Penal. Ocorrência. Acórdão que reduz a pena fixada em primeiro grau. Não interrupção da prescrição. Natureza declaratória. Precedentes. Ordem concedida de ofício. [...] 4. **Segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial da Corte, o acórdão que confirma condenação ou diminui a reprimenda imposta na sentença não interrompe a contagem da prescrição, pois sua natureza é declaratória.** 5. Recurso extraordinário do qual não se conhece. 6. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do recorrente, em razão da consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal. (RE 751394, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 27-08-2013 PUBLIC 28-08-2013).

Igualmente, é o entendimento acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. VERIFICAÇÃO. LAPSO ENTRE O TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MP E O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 112, I, DO CP. 3. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO. NÃO INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO. 4. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

3. O acórdão que confirma a condenação não tem o condão de interromper a prescrição. Com efeito, o art. 117, inciso IV, do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 11.596/2007, traz como marco interruptivo a “publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”. Portanto, não se tratando de acórdão condenatório, mas meramente confirmatório, tem-se que o marco interruptivo se verificou apenas com a sentença condenatória.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reconhecer a prescrição da pretensão executória. (HC 365.859/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 01/12/2016).

AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO, MAS QUE MAJOROU A PENA APLICADA. NÃO OCORRÊNCIA DE NOVO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. PRESCRIÇÃO CARACTERIZADA.

1. Nos termos do art. 117 do Código Penal, o prazo prescricional interrompe-se pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis. **O acórdão que confirma a condenação, mas majora ou reduz a pena, não constitui novo marco interruptivo da prescrição. Precedentes: AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 1.112.682/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 1º/3/2016, DJe 9/3/2016; AgRg no AgRg no REsp 1.393.682/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/4/2015, DJe 6/5/2015, HC 243.124/AM, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2012.**
[...] Agravo regimental improvido. (AgRg no RE nos EDcl no REsp 1301820/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/11/2016, DJe 24/11/2016).

Feitas estas considerações e diante do trânsito em julgado retroativo da sentença, necessário avaliar a questão da prescrição da pretensão executória.

No Superior Tribunal de Justiça, “*prevalece o entendimento, nas duas Turmas que compõem a Terceira Seção, que o marco inicial para verificação da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para a acusação, nos termos estabelecidos pelo art. 112, inciso I, do Código Penal.*” (AgRg no REsp 1610367/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 29/03/2017).

Na hipótese, não há nestes autos data da intimação do Ministério Público acerca da sentença condenatória que viabilizaria identificar o dia exato do trânsito em julgado para a acusação, e, em consequência, do início da contagem do prazo prescricional.

Além disto, também não consta destes fólios processuais se foi efetivamente dado início ao cumprimento da pena em relação ao paciente, e, em caso afirmativo, a data precisa deste ato, que é marco interruptivo do prazo prescricional.

É importante consignar não ser admitida a realização de dilação probatória em sede de habeas corpus, cuja concessão está condicionada à demonstração de plano da ilegalidade, sendo ônus do impetrante comprová-la no momento da impetração². Ante o exposto, conheço do *habeas corpus* e denego a ordem requestada, considerando não restar configurada a prescrição da pretensão punitiva. Deixo de conceder a ordem de ofício, diante da ausência de material probatório bastante para dirimir a controvérsia acerca da prescrição da pretensão executória.

Encaminhe-se cópia da íntegra desta decisão ao juízo de origem.

É como voto.

Fortaleza, 23 de agosto de 2017.

2 (STJ, AgRg no HC nº 39108/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Julgado em: 28/03/2017); (STJ, AgRg no HC nº 380235/ES, Rel. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, Julgado em: 06/04/2017).

PROCESSO: 0624731-13.2016.8.06.0000 - *HABEAS CORPUS*

IMPETRANTES: EMANUELA MARIA LEITE BEZERRA CAMPELO E
MARCOS LIMA MARQUES

PACIENTE: NARDIER FRANÇA DA SILVA

IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 10ª VARA CRIMINAL DA
COMARCA DE FORTALEZA CEARÁ

RELATORA: FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 157, §2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. PRISÃO FLAGRANCIAL CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PLEITO DE SOLTURA. 1. TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA. NÃO CONHECIMENTO. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA DO *WRIT*. EXAME APROFUNDADO DE PROVA. 2. TESES DE CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO PELA QUAL SE MANTEVE A CONSTRIÇÃO CAUTELAR E DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPROCEDÊNCIA. *DECISUM* DEVIDAMENTE LASTREADO NOS REQUISITOS DO ART. 312, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMONSTRADA CONCRETAMENTE A NECESSIDADE DA MEDIDA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319, DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL. Ordem parcialmente conhecida e, na sua extensão, denegada.

1. Impossível a análise da tese de negativa de autoria, por se tratar de matéria que demanda exame aprofundado da prova, não sendo o *habeas corpus* instrumento hábil para sua aferição, salvo se houvesse, nos autos, prova pré-constituída e irrefutável de inocência, o que não é o caso. Precedentes.

2. Quanto à decisão pela qual se manteve a custódia cautelar do paciente, verifica-se que se encontra devidamente fundamentada nas hipóteses dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, observando-se, portanto, a necessária fundamentação dos atos decisórios (art. 93, IX, da Constituição Federal) e o respeito aos requisitos previstos na lei adjetiva.

3. No que tange ao *fumus commissi delicti*, enquanto provável ocorrência de um delito e pressuposto de toda medida cautelar coercitiva no processo penal, não obstante inexistir nos autos cópia do inquérito policial, as narrativas feitas pelo *Parquet* e pelo Juiz de piso comprovam a existência de elementos suficientes para se estabelecer a materialidade e os indícios de autoria, havendo nos autos reiteradas menções a provas colhidas durante o procedimento inquisitivo, e tendo, ademais, o Órgão Ministerial noticiado que a vítima reconheceu os acusados como autores do crime.

4. A respeito do *periculum libertatis*, enquanto perigo decorrente do estado de liberdade do imputado, a autoridade impetrada calcou a decisão que indeferiu o pleito de liberdade provisória na necessidade da constrição para a garantia da ordem pública, diante da periculosidade evidenciada

através das circunstâncias do crime, haja vista tratar-se de roubo majorado, com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, praticado em via pública.

5. Nesse contexto, se existem, nos autos, elementos concretos e suficientes a demonstrar a necessidade de continuação da custódia antecipada, como ocorre *in casu*, indevida a substituição da segregação preventiva por outras medidas cautelares alternativas à prisão, sendo irrelevante, outrossim, a existência de condições pessoais favoráveis, pois, mesmo que provadas, não autorizam, por si só, a revogação da prisão preventiva ou a substituição desta pelas medidas cautelares previstas no art. 319, do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

6. Ordem parcialmente conhecida e, na sua extensão, denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0624731-13.2016.8.06.0000, formulado por Emanuela Maria Leite Bezerra Campelo e Marcos Lima Marques, em favor de Nardier França da Silva, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer parcialmente da presente ordem de *Habeas Corpus*, para denegar-lhe provimento na extensão conhecida, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 17 de agosto de 2016.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de concessão da ordem em caráter liminar, impetrado por Emanuela Maria Leite Bezerra Campelo e Marcos Lima Marques, em favor de Nardier França da Silva, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza.

Consta nos autos que, em 06 de maio de 2016, o paciente foi preso em flagrante delito, vindo a ter o título prisional convertido em preventiva, nos autos em que responde pela suposta prática do crime previsto no art. 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro.

Na inicial (fls. 1/13), alegam os impetrantes, em síntese, as teses de carência de fundamentação da decisão pela qual se manteve a custódia cautelar; ausência dos requisitos para a prisão preventiva; e negativa quanto a autoria delitiva.

Ressaltaram, outrossim, a existência de condições pessoais favoráveis à concessão de liberdade provisória, também possibilitada a aplicação das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP, mormente por ser o paciente primário, possuidor de bons antecedentes e ter endereço fixo, não estando, pois, configurado o *periculum libertatis*.

Arrematam postulando a concessão da ordem liminarmente e, no mérito, a sua confirmação, com expedição do competente alvará de soltura, a fim de que o paciente possa responder ao processo em liberdade, mesmo que por meio de medidas cautelares alternativas à prisão.

Documentos acostados nas fls. 14/25, dentre esses: Documentos pessoais e Certidões de Antecedentes Criminais às fls. 14/19; Denúncia às fls. 20/22; Decisão pelo indeferimento do pedido de revogação da preventiva às fls. 23/25.

Pleito liminar indeferido em decisão de fls. 28/31.

Judiciosas informações colacionadas à fl. 35.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 38/41, com manifestação pelo conhecimento e concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

Através da presente ação constitucional de *Habeas Corpus*, conforme já exposto no relatório, busca-se a soltura do paciente, sob as alegações, em síntese, de carência de fundamentação da decisão pela qual se manteve a custódia cautelar; ausência dos requisitos para a prisão preventiva; negativa quanto a autoria delitiva; e de existência de condições subjetivas favoráveis à concessão de liberdade provisória, também possibilitada a aplicação das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP.

Inicialmente, insta considerar que é impossível o exame meritório da tese de negativa de autoria, por se tratar de matéria que demanda exame aprofundado da prova, não sendo o *habeas corpus* instrumento hábil para sua aferição, salvo se houvesse, nos autos, prova pré-constituída e irrefutável de inocência, o que não é o caso.

Com efeito, a avaliação mais acurada da prova e dos fatos na via do *writ* significaria o prejudgamento de pedido contido numa ação de conhecimento, o que é vedado, já que invadiria, indevidamente, o poder jurisdicional de outro órgão judicante. Dessa maneira, “a matéria envolvendo o *meritum causae* deve ser sopesada pelo Magistrado na oportunidade própria e não pelo tribunal em termos do *writ* sob consideração” (MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus*. 9. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 236).

Convém ressaltar que a jurisprudência é pacífica a esse respeito, conforme demonstram os julgados a seguir (destaquei):

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. MATÉRIA DE PROVA. INVIABILIDADE. 3. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. CONSTRANGIMENTO

ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 4. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. NÃO CABIMENTO. 5. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Não é possível conhecer da alegação de negativa de autoria quando as instâncias ordinárias reconheceram a existência de indícios suficientes aptos a justificar a decretação prisão cautelar do acusado, visto que a desconstituição desse entendimento exige uma análise profunda das provas, procedimento incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

3. A manutenção da prisão preventiva justifica-se para resguardar a ordem pública, em razão da inequívoca periculosidade do agente, evidenciada pela quantidade e variedade de droga apreendida no momento da abordagem a saber: 1.0000 (mil) comprimidos de ecstasy e a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e no apartamento do paciente: 10 (dez) buchas de “MDMA” (metilenodioximetanfetamina), 65 (sessenta e cinco) comprimidos de ecstasy, diversas substâncias anabolizantes e mais R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos) reais.

4. Estando presente a necessidade concreta da manutenção da custódia preventiva, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime de tráfico de drogas, razão pela qual são inaplicáveis ao caso em análise.

5. Ordem não conhecida. (STJ, HC 255.770/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. NULIDADE DO FLAGRANTE. IRRELEVÂNCIA. CUSTÓDIA EMBASADA EM NOVO TÍTULO JUDICIAL. NEGATIVA DE AUTORIA. REEXAME DOS FATOS. INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- As alegações de nulidade do flagrante, com o objetivo de conceder a liberdade ao paciente, estão superadas diante da superveniência de novo título judicial a embasar a custódia cautelar, qual seja, a r. decisão que determinou a conversão do flagrante em preventiva, bem como as inúmeras outras decisões que indeferiram o pedido de revogação da prisão preventiva. Precedentes.

- **Afirmado pelas instâncias ordinárias, a existência de indícios suficientes de autoria, a tese de negativa de participação do paciente na empreitada criminoso não pode ser examinada por esta Corte, por demandar o reexame aprofundado do conteúdo fático-probatório dos autos, inviável na via eleita. Precedentes.**

- A gravidade concreta do delito, revelada na variedade e elevada quantidade de droga apreendida em poder dos acusados - “54 porções acondicionadas em papel alumínio contendo cerca de 24,4 g de crack, 14 porções acondicionadas em material sintético transparente, contendo 9,3g de cocaína, 4 porções acondicionadas em material sintético transparente contendo cerca de 3g de crack, 1 porção acondicionada em material sintético transparente contendo 28,8g de cocaína, além de 4 porções contendo 21,2g de maconha” - são circunstâncias aptas a autorizar a imposição da custódia cautelar para garantia da ordem pública.

Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 251.549/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 10/12/2012)

No que se refere às teses de carência de fundamentação da decisão pela qual se manteve a custódia cautelar e de ausência dos requisitos para a prisão preventiva, examinando detidamente os fólios, entendo não assistir razão jurídica aos impetrantes, uma vez que o ato decisório ora vergastado encontra-se devidamente fundamentado nas hipóteses dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, observando-se, portanto, a necessária fundamentação dos atos decisórios (art. 93, IX, da Constituição Federal) e o respeito aos requisitos previstos na lei adjetiva. Transcrevo, a propósito, trechos da decisão (fls. 23/25 - destaquei):

“ Verifica-se, pois, que o “*modus operandi*” do ilícito, bem assim o fato de se tratar de delito cometido com grave ameaça às vítimas, haja vista a ação em concurso de pessoa e mediante ameaça de arma de fogo subtraiu os pertences das vítimas.

Os fatos em concreto evidenciam a periculosidade e a ousadia do suplicante e seus comparsas, constituindo autênticas circunstâncias legitimadoras da prisão provisória, pois inegavelmente associadas à garantia da ordem pública, considerando a instabilidade e o sentimento de insegurança social que tais atitudes acarretam, bem como a necessidade da manutenção da credibilidade do Judiciário.

Ademais, presentes indícios suficientes de autoria por parte do requerente, haja vista ter sido prontamente reconhecido pela vítima como o autor do delito que sofrera. (...)

Ressalte-se que a primariedade e residência fixa, por si só, são insuficientes para o deferimento do presente pleito, uma vez que se encontram presentes, indubitavelmente, os motivos da custódia cautelar, previstos no art. 312 do CPP.

Destarte, a extrema gravidade da conduta praticada pelo suplicante, demonstra ser imperiosa a manutenção de sua clausura provisória, como única forma de garantir a ordem pública.

É pacífica, neste sentido, a Jurisprudência do Tribunal Superior de justiça:

‘A periculosidade do réu, evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, e por seus antecedentes penais, por si só, basta para embasar a custódia’ (RHC 8.383-SP, 5ª Turma, rel. Edson Vidigal).

Sendo assim, verifica-se a presença, *in casu*, dos requisitos da custódia cautelar, circunstância que afasta a aplicação do art. 310, do CPP.

Do exposto e por mais que dos autos constam, levando em consideração o parecer do Ministério público, e por entender que as medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP são insuficientes para a manutenção da ordem pública, indefiro a presente postulação e mantenho o decreto da PRISÃO PREVENTIVA do Sr. NARDIER FRANÇA DA SILVA, com fulcro no art. 311 do CPP, para garantia da ordem pública e por conveniência da instrução penal, nos moldes do art. 312 e 313 do Código de Ritos Penais, com as alterações trazidas pela lei 12.403/2011.” (*sic*)

No que tange ao *fumus commissi delicti*, enquanto provável ocorrência de um delito e pressuposto de toda medida cautelar coercitiva no processo penal, não obstante inexistir nos autos cópia do inquérito policial, as narrativas feitas pelo *Parquet* e pelo Juiz de piso comprovam a existência de elementos suficientes para se estabelecer a materialidade e os indícios de autoria, havendo nos autos reiteradas menções a provas colhidas durante o procedimento inquisitivo, e tendo, ademais, o Órgão Ministerial noticiado que a vítima reconheceu os acusados como autores do crime (cf. fl. 21).

Convém ressaltar, nessa perspectiva, a desnecessidade de prova manifesta e inequívoca quanto à autoria no momento da decretação da prisão cautelar, bastando existirem indícios suficientes. Aliás, tratando desse tema a partir da Lei nº 12.413/2011, Aury Lopes Jr. argumenta que “o *fumus commissi delicti* não constitui o maior problema [na conversão da prisão em flagrante em preventiva], na medida em que o próprio flagrante já é a visibilidade do delito, ou seja, já constitui a verossimilhança de autoria e materialidade necessárias neste momento” (*O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54).

A respeito do *periculum libertatis*, enquanto perigo decorrente do estado de liberdade do imputado, a autoridade impetrada calçou a decisão que indeferiu o pleito de liberdade provisória na necessidade da constrição para a garantia da ordem pública, diante da periculosidade evidenciada através das circunstâncias do crime, haja vista tratar-se de roubo majorado, com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, praticado em via pública.

Impende destacar, nessa perspectiva, que a análise da questão implica juízo de periculosidade, e não juízo de culpabilidade, como bem assentou Renato Brasileiro de Lima (destaquei):

“Para uma segunda corrente, de caráter restritivo, que empresta natureza cautelar à prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública, **entende-se *garantia da ordem pública* como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime. Acertadamente, essa corrente, que é majoritária, sustenta que a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente.**

O caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo, de modo a impedir

que o réu possa continuar a cometer delitos, resguardando o princípio da prevenção geral. Há, de fato, evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento jurisdicional definitivo, eis que, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o agente já poderá ter cometido diversas infrações penais. Como adverte Scarance fernandes, ‘se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos, esse objetivo seria acautelado por meio da prisão preventiva’.

No caso de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, faz-se um juízo de periculosidade do agente (e não culpabilidade), que, em caso positivo, demonstra a necessidade de sua retirada cautelar do convívio social.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pp. 236 e 237).

Nesse contexto, se existem, nos autos, elementos concretos e suficientes a demonstrar a necessidade de continuação da custódia antecipada, como ocorre *in casu*, indevida a substituição da segregação preventiva por outras medidas cautelares alternativas à prisão, sendo irrelevante, outrossim, a existência de condições pessoais favoráveis, pois, mesmo que provadas, não autorizam, por si só, a revogação da prisão preventiva ou a substituição desta pelas medidas cautelares previstas no art. 319, do Código de Processo Penal.

No sentido de todo o exposto, colaciono atuais precedentes do Superior Tribunal de Justiça (destaquei):

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. **ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO FUNDAMENTADO. MODUS OPERANDI. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado,

situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem da ordem de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes da execução (provisória ou definitiva) da pena. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores.

III - Na hipótese, verifica-se que a prisão preventiva do paciente está devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, notadamente o *modus operandi* do delito, roubo em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo, mediante grave ameaça à vítima, o que revela a periculosidade social e a necessidade da constrição da liberdade a fim de evitar a reiteração delitiva.

IV - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem aos recorrentes a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar.

Habeas Corpus não conhecido. (HC 354.562/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 01/08/2016)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 691/STF. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA NA

GARANTIDA A ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. *MODUS OPERANDI*. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I - Apesar de não se admitir, em princípio, a impetração de *habeas corpus* contra decisão que denega pedido liminar em sede de *writ* impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância (Súmula 691/STF), uma vez evidenciada teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, é possível a mitigação do mencionado óbice (precedentes).

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes da execução (provisória ou definitiva) da pena. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores.

III - *In casu*, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados extraídos dos autos, que demonstram que a liberdade do paciente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada sua periculosidade concreta evidenciada pelo *modus operandi* da conduta em tese por ele praticada, roubo em concurso com outros dois agentes, em via pública.

IV - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que ocorre na hipótese.

Habeas corpus não conhecido. (HC 353.579/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 01/08/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMAS DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. CUSTÓDIA FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. RECLAMO IMPROVIDO.

1. Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a preservação da custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da periculosidade dos agentes, evidenciada pela gravidade das circunstâncias em que ocorrido o fato criminoso.

2. As circunstâncias do delito - cometido dentro de uma mercearia, em concurso de 6 (seis) agentes, com empregado de 3 (três) armas de fogo para subjugar as vítimas, após o que os roubadores se evadiram na posse de determinada quantia em dinheiro e de outros bens, além de 2 (dois) acusados ainda ameaçaram uma testemunha enquanto recolhidos na viatura - denotam a reprovabilidade da conduta e a ousadia do recorrente, autorizando a preventiva.

3. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade, consoante ocorre *in casu*.

4. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social da reprodução de fatos criminosos.

5. Recurso ordinário improvido. (RHC 65.292/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A

MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. *MODUS OPERANDI* DO DELITO. PERICULOSIDADE SOCIAL DO RECORRENTE. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REGIME INICIAL ABERTO. COMPATIBILIDADE ENTRE A PRISÃO CAUTELAR E O REGIME MENOS GRAVOSO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (HC n. 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

II - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, os quais denotam que a liberdade do ora recorrente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a sua periculosidade concreta, evidenciada pelo *modus operandi* da sua conduta, com grave ameaça contra as vítimas, mediante uso de arma de fogo, circunstância que justifica a imposição da prisão cautelar em virtude do fundado receio de reiteração delitiva.

III - Estabelecido, na sentença condenatória, o regime aberto para o início do cumprimento da pena, ressalvado o entendimento pessoal deste relator, deve o paciente aguardar o trânsito em julgado de sua condenação em tal regime, compatibilizando-se a prisão cautelar com o modo de execução determinado na sentença condenatória.

Recurso ordinário desprovido. Ordem concedida de ofício para determinar que o paciente aguarde o julgamento do recurso de apelação no regime aberto. (RHC 61.717/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)

ISSO POSTO, diante da impossibilidade de análise da tese de negativa de autoria, por demandar incursão profunda em elementos de provas, incabível na via estreita do *writ*; e considerando que restam delineados os requisitos previstos no art. 312 do CPP na decisão pela qual se manteve a prisão preventiva, notadamente quanto à necessidade da medida constritiva para a garantia da ordem pública, sendo, nesse diapasão, irrelevante a existência de condições pessoais favoráveis e descabida a substituição da segregação por outras medidas cautelares, CONHEÇO PARCIALMENTE da presente ordem de *habeas corpus*, para NEGAR-LHE PROVIMENTO na extensão conhecida, agindo assim em parcial consonância com o parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 17 de agosto de 2016.

PROCESSO: 0625424-31.2015.8.06.0000 – *HABEAS CORPUS*

IMPETRANTE: ADAÍLTON FREIRE CAMPELO E BRUNO LIMA PONTES

PACIENTES: PAULO EDSON SILVA GONÇALVES E HILTON ARÃO
GADELHA DE CASTRO

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE
ACOIPIARA

RELATORA: FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 121, § 2º, II E IV, C/C O ART. 14, II, E ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL; ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI Nº 10.826/2003, TUDO C/C O ART. 2º, II, DA LEI Nº 8.072/1990. PRISÃO PREVENTIVA. TESE DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. DESCABIMENTO. PACIENTES PRONUNCIADOS. SÚMULA Nº 21, DO STJ. COMPLEXIDADE. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO POR CINCO DOS SETE RÉUS, ESTES PRESOS EM COMARCAS DISTINTAS, ENSEJANDO A NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS PARA INTIMAÇÃO DO ATO DECISÓRIO. SÚMULA Nº 15, DO TJ/CE. DETERMINADA REMESSA DOS AUTOS A ESTA CORTE DE JUSTIÇA. 2. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA ATRAVÉS DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. IRRELEVÂNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DAS

**MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO
ART. 319, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.**
Ordem conhecida e denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas corpus* nº 0625424-31.2015.8.06.0000, formulados pelos impetrantes Adailton Freire Campelo e Bruno Lima Pontes, em favor de Paulo Edson Silva Gonçalves e Hilton Arão Gadelha de Castro, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Acopiara.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da presente ordem de *habeas corpus*, para denegar-lhe provimento, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 22 de setembro de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de *habeas corpus*, com pedido de concessão da ordem em caráter liminar, formulado por Adailton Freire Campelo e Bruno Lima Pontes, em favor de Paulo Edson Silva Gonçalves e Hilton Arão Gadelha de Castro, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Acopiara.

Consta nos autos que, em 16 de outubro de 2014, os pacientes, juntamente com outros cinco acusados, foram pronunciados como incursores nas tenazes do art. 121, § 2º, II e IV, c/c o art. 14, II, e do art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, bem assim no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/2003, tudo c/c art. 2º, II, da Lei nº 8.072/1990, mantida, na referida a decisão as respectivas custódias preventivas.

Sustentam os impetrantes, em síntese, a existência de constrangimento ilegal em virtude de excesso de prazo para envio dos

autos do recurso em sentido estrito interposto pelos pacientes a esta Corte de Justiça, ressaltando a possibilidade de concessão de liberdade mediante a imposição de medidas cautelares não prisionais.

Concluem postulando a concessão da ordem liminarmente e, no mérito, a sua confirmação, com expedição do competente alvará de soltura, a fim de que o paciente possa responder ao processo em liberdade, ainda que mediante a aplicação de outras medidas cautelares.

Documentos diversos anexos às fls. 13/81.

Autos distribuídos por prevenção ao *Habeas Corpus* nº 0077549-30.2012.8.06.0000, consoante termo de distribuição à fl. 87.

Pleito liminar indeferido em decisão de fls. 88/89.

Judiciosas informações colacionadas às fls. 95/96, as quais vieram instruídas com os documentos de fls. 97/105.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 109/115, com manifestação pelo conhecimento e denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Na presente ação constitucional de *habeas corpus*, conforme já exposto no relatório, busca-se a soltura dos pacientes, por meio das alegações de excesso de prazo na formação da culpa e de possibilidade de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319, do Código de Processo Penal.

Inicialmente, é imperioso ressaltar que, consoante pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, a questão atinente ao excesso de prazo na formação da culpa não deve ser analisada apenas se considerando a soma aritmética dos prazos legalmente estabelecidos, também devendo considerar-se as peculiaridades do caso concreto, para, só ao final, verificar-se se a dilação do prazo é ou não justificável, aplicando-se, para tanto, o princípio da razoabilidade.

No caso, não se verifica desídia da autoridade impetrada quanto à tramitação do feito originário, não sendo demasiado ressaltar que, pronunciado o réu, fica superada a alegação de excesso de prazo na formação

da culpa, nos exatos termos do entendimento consolidado na Súmula nº 21, do STJ, segundo a qual:

Súmula n. 52, STJ: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”.

Ademais, não restou observada, a partir da prolação do mencionado *decisum*, ofensa ao princípio da razoabilidade, notadamente em sendo ponderado que os réus encontram-se presos em comarcas distintas, ensejando, pois, necessidade de cartas precatórias intimatórias acerca do referido ato decisório, bem assim que foram interpostos recursos em sentido estrito por cinco dos sete acusados, circunstâncias que bem demonstram a complexidade de que se reveste a demanda, atraindo a incidência da Súmula nº 15, desta Corte de Justiça, *in verbis*:

Súmula n. 15, TJ/CE: “Não há falar em ilegalidade da prisão por excesso de prazo quando a complexidade do crime apurado ou a pluralidade de réus justifica a mora na ultimate dos atos processuais.”

Ressalte-se, outrossim, que já se procedeu à análise inicial das irresignações, havendo sido determinada a remessa dos autos, por traslado, a esta Corte de Justiça, nos termos da decisão de fls. 103/104, conforme destacou a autoridade impetrada em seus judiciosos informes de fls. 95/96:

“O Impetrante afirma também que os Pacientes recorreram da pronúncia em novembro/2014, mas que a ação penal ainda não foi remetida a esse TJCE. Essa informação é verdadeira. Porém, tenha-se em conta que além do Paciente são seus co-réus, os quais encontram-se na seguinte posição processual:

VICENTE LEITE SOBREIRA: pronunciado, fora expedida carta precatória a Itaitinga-CE para disso intimá-lo, porém a mesma foi devolvida sem cumprimento em razão de o mesmo estar preso em Pacatuba. A comarca de Itaitinga não aplicou

o caráter itinerante das cartas precatórias. Foi expedida nova carta precatória para intimar este réu da pronúncia. Aguarda cumprimento.

ANTÔNIO RENILDO CUSTÓDIO CAZUZA: pronunciado, recorreu em sentido estrito, intimado pessoalmente mediante carta precatória devolvida em em 11/12/2014; nesta data este juízo apreciou seu RSE;

FELIPE DENIS CARMO DA SILVA: pronunciado, recorreu em sentido estrito depois de ser intimado pessoalmente mediante carta precatória devolvida em em 09/01/2015; nesta data este juízo apreciou seu RSE;

RAFAEL MARTINS DE ANDRADE: pronunciado, intimado pessoalmente mediante carta precatória, recorreu em sentido estrito; nesta data este juízo decidiu não receber o RSE em razão de intempestividade;

DEISIANE DUARTE LIMA: pronunciada, não foi disso intimada pessoalmente após devolução de carta precatória em 06/11/2014; nesta data este juízo extinguiu sua punibilidade por falecimento.

Em razão das pendências de intimação do réu Vicente, e em razão das pendências de decorrência de prazos de decisões proferidas com relação aos réus Deisiane e Rafael, este juízo ainda não proferira a decisão exigida pelo art. 589-CPP (reforma ou manutenção da pronúncia) para nenhum dos pronunciados que já recorreram. Contudo, em razão da urgência invocada neste HC, este juízo antecipou essa apreciação e ordenou que a ação fosse trasladada e que esse traslado fosse remetido ao TJCE (anexo).” (*sic*).

Desta forma, considerando que não se mostra configurada afronta ao princípio da razoabilidade no que se refere à condução da marcha processual, resta incabível a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, a teor de vasto entendimento jurisprudencial, exemplificado através dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi adotado por este Superior Tribunal de Justiça. 2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO PARA O PROCESSAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL NO JUÍZO SINGULAR. REMESSA DOS AUTOS À CORTE ESTADUAL. PERDA DO OBJETO QUANTO AO PONTO. APONTADA DEMORA NO JULGAMENTO DO APELO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE TRÊS RÉUS. ADVOGADOS DIVERSOS. UTILIZAÇÃO DA PRERROGATIVA DO ART. 600, § 4º, DO CPP. DESISTÊNCIA DE UM DOS APENADOS. CONDENAÇÃO A CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE PENA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA. PRETENDIDO DESMEMBRAMENTO EM RELAÇÃO AO PACIENTE. QUESTÃO NÃO EXAMINADA PELA CORTE *A QUO*. SUPRESSÃO NESSE ASPECTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. 1. **Constatado que os autos da apelação criminal já foram remetidos à Corte Estadual, resta superado o alegado excesso de prazo no processamento do apelo pelo Juízo singular, objeto do *writ* impugnado, remanescendo, portanto, a apreciação apenas da apontada demora no julgamento do mencionado recurso pelo colegiado.** 2. **Os prazos para a finalização dos atos processuais não são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade.** 3. Caso de processo em que o

Ministério Público e 3 (três) réus recorreram, com advogados diversos, tendo um deles se utilizado da prerrogativa de apresentação das razões de apelo diretamente no Tribunal de origem, não cumprida pelo seu defensor, dando azo ao retorno dos autos ao Juízo singular, para diligências. **4. Evidenciado que o intervalo entre o aforamento do recurso e seu estado atual encontra-se dentro dos critérios da razoabilidade, ausente manifesto constrangimento ilegal passível de ser sanado pela via eleita, especialmente diante da razoável quantidade de pena que foi imposta ao paciente, a ser cumprida em regime fechado.** 5. Inviável a análise, diretamente por este STJ, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, do pretendido desmembramento dos autos, para fins de imediato julgamento do apelo do paciente, já que o pleito não foi deduzido perante o Tribunal apontado como coator, que até o momento não se manifestou quanto a essa possibilidade. 6. *Habeas corpus* não conhecido, recomendando-se ao Tribunal de origem que, de posse dos autos, imprima maior celeridade na apreciação do recurso defensivo lá aforado em favor do paciente. (STJ , Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 20/05/2014, T5 - QUINTA TURMA).

HABEAS CORPUS. ARTS. 33 E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006 E ART. 12 DA LEI Nº 10.826/03. EXCESSO DE PRAZO NA REMESSA DA APELAÇÃO A ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RAZOABILIDADE. RECURSO JÁ EM TRÂMITE NESTE JUÍZO *AD QUEM*. ALEGAÇÃO SUPERADA. COAÇÃO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O paciente foi preso em flagrante na data de 31 de janeiro de 2013. Em sentença datada de 21 de outubro de 2014, o réu foi condenado pela prática dos delitos contidos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06 (tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico), e art. 12 da Lei nº 10.826/03 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido), à pena total de 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e multa. **2. A autoridade impetrada, ao que se percebe, cumpriu com afincos e com a maior presteza possível o procedimento previsto na legislação processual**

penal. De fato, sopesando-se o tempo de custódia com as circunstâncias envolvendo o caso concreto, especialmente a gravidade dos crimes e a complexidade do feito, não há que se falar em excesso de prazo. 3. Eventual ilegalidade da prisão cautelar por excesso de prazo deve ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, sendo permitido ao Juízo, em hipóteses de excepcional complexidade, a extrapolação dos prazos previstos na lei processual penal. 4. O excesso de prazo não resulta de simples operação aritmética. Complexidade do processo, retardamento injustificado, atos procrastinatórios da defesa e número de réus envolvidos são fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo na formação da culpa. 5. Ainda que fosse outra a conclusão, o alegado excesso de prazo resta ultrapassado diante da posterior remessa da apelação a esta Corte de Justiça, tornando superado tal argumento. 6. Ordem denegada. (TJ-CE - HC: 00007053420158060000 CE 0000705-34.2015.8.06.0000, Relator: LUIZ EVALDO GONÇALVES LEITE, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 07/07/2015).

De outro lado, mantém-se hígida a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, diante da periculosidade evidenciada através das circunstâncias do delito, notadamente em tendo sido presos os pacientes em flagrante em poder de armamentos de grosso calibre, sendo a maioria de uso restrito das forças armadas, dentre os quais 03 (três) submetralhadoras e 01 (uma) pistola GLOCK, com vasta munição, fato que os ligaria ao crime de tentativa de homicídio cometido em suposto atendimento a pedido de traficante conhecido por “Zoinho” – atualmente encarcerado em Unidade Prisional na região metropolitana de Fortaleza.

Como cediço, a existência de condições pessoais favoráveis, ainda que devidamente comprovada nos autos, não tem o condão de ensejar, por si só, a concessão da liberdade provisória, com ou sem a imposição de qualquer medida cautelar prevista no art. 319 do Código de Processo Penal, se existem, nos autos, elementos concretos e suficientes a evidenciar a necessidade de continuação da custódia antecipada, tal como ocorre *in casu*, como bem destacado na sentença de pronúncia (fls. 13/25):

“Tendo em vista que ainda estão presentes os motivos de ordem pública que determinou a custódia cautelar dos acusados, mantenho sua prisão preventiva, o que faço lastreado nos argumentos da decisão de folhas 357/360, que passa a ser parte integrante deste ponto da presente decisão interlocutória mista não terminativa e sem embargo de não haver registro nos autos de que os acusados não seja primário e não registrar antecedentes criminais.

Com efeito, entendo ainda presente o motivo ínsito à garantia da ordem pública, em face da concreta periculosidade, frieza dos réus, por mim verificadas quando do depoimento das testemunhas que atestam a necessidade de resguardar a integridade física e psíquica da vítima e das testemunhas, bem como para acautelar e apaziguar o meio social do clamor público provocado pelo delito e pela escalada e banalização da violência.”

Impende destacar, nessa perspectiva, que a análise da questão implica juízo de periculosidade, e não juízo de culpabilidade, como bem assentou Renato Brasileiro de Lima (grifei):

“Para uma segunda corrente, de caráter restritivo, que empresta natureza cautelar à prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública, entende-se garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime. Acertadamente, essa corrente, que é majoritária, sustenta que a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente.

O caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo, de modo a impedir que o réu possa continuar a cometer delitos, resguardando

o princípio da prevenção geral. Há, de fato, evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento jurisdicional definitivo, eis que, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o agente já poderá ter cometido diversas infrações penais. Como adverte Scarance fernandes, ‘se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos, esse objetivo seria acautelado por meio da prisão preventiva’.

No caso de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, faz-se um juízo de periculosidade do agente (e não culpabilidade), que, em caso positivo, demonstra a necessidade de sua retirada cautelar do convívio social.” (grifos nossos). (LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pp. 236 e 237).

A propósito, colaciono os seguintes precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

- A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), as exigências do art. 312 do CPP. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

- Na hipótese dos autos, a decretação da segregação cautelar está devidamente fundamentada, tendo o Tribunal de Origem destacado que o recorrente oferece risco à coletividade, tendo em vista que as circunstâncias

do crime são graves, o que demonstra a periculosidade do paciente e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.

- O Superior Tribunal de Justiça entende que condições pessoais favoráveis, como bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade, quando a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos, como ocorre *in casu*.

Recurso a que se nega provimento. (STJ, RHC 33.129/PA, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 26/04/2013).

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA O CÁRCERE. NÃO-OCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO. *MODUS OPERANDI*. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A imposição da custódia preventiva encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, *in concreto*, a especial gravidade da conduta, evidenciada pelo *modus operandi* do delito. Precedentes.

2. No caso, conforme ressaltado pelas instâncias ordinárias, diante da demora da vítima para retirar sua filha de apenas 2 anos da cadeirinha no banco de trás do automóvel subtraído, o Recorrente encostou arma de fogo na cabeça da criança e acionou o gatilho, tendo o revólver falhado. Assim, a conduta do Recorrente no caso demonstra a sua periculosidade concreta, a justificar a medida constritiva.

3. O Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que “o *modus operandi*, os motivos, a repercussão social, dentre outras circunstâncias, em crime grave (na espécie, inclusive, hediondo), são indicativos, como garantia da ordem pública, da necessidade de segregação cautelar, dada a afronta a regras elementares de bom convívio social.” (RHC 15.016/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ de 09/02/2004.)

4. Recurso desprovido. (STJ, RHC 41.748/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/11/2013).

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E LATROCÍNIO TENTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DELITIVA. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *MODUS OPERANDI*. PERICULOSIDADE DO AGENTE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR INIMPUTÁVEL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Para a decretação da prisão preventiva, não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que, pelo cotejo dos elementos que instruem o *mandamus*, se fazem presentes.

2. A análise acerca da negativa de autoria veiculada na inicial é questão que não pode ser dirimida na via sumária do *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal.

3. Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta dos delitos em tese praticados e da periculosidade do agente, bem demonstradas pelo *modus operandi* empregado.

CUSTÓDIA CAUTELAR. INCIDÊNCIA DA LEI N. 12.403/2011. IMPOSSIBILIDADE. REPROVABILIDADE EXACERBADA DO DELITO. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável a aplicação de medida cautelar diversa da prisão quando há motivação que justifique a medida excepcional, a exemplo da gravidade concreta do delito, o que torna de rigor sua prisão.

2. Ordem denegada. (STJ, HC 236.386/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012).

ISSO POSTO, considerando que a pronúncia dos pacientes torna superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, nos termos da Súmula nº 21, do STJ, e, tendo em vista que não evidenciada, a partir do referido ato, desídia da autoridade impetrada quanto à condução do feito, de patente complexidade, o que implica a incidência da Súmula nº 15, desta Corte de Justiça; restando, outrossim, concretamente demonstrada a necessidade da constrição para a garantia da ordem pública, diante as circunstâncias do delito, sendo, neste diapasão, inaplicáveis as medidas cautelares previstas no art. 319, do Código de Processo Penal, ainda que existentes condições pessoais favoráveis, CONHEÇO da presente ordem de *habeas corpus*, para NEGAR-LHE PROVIMENTO, agindo assim em consonância com o parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 22 de setembro de 2015.

HABEAS CORPUS Nº 0625679-18.2017.8.06.0000

ORIGEM: 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CRATO

IMPETRANTE: WALDIR XAVIER DE LIMA FILHO

PACIENTE: OTILIO RODRIGUES DA SILVA NETO

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DO CRATO

RELATOR: DES. MARIO PARENTE TEÓFILO NETO

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TORTURA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PERICULOSIDADE. MODUS OPERANDI. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. CONDIÇÕES PESSOAIS IRRELEVÂNCIA. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

01. A prisão preventiva foi decretada para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal diante do *modus operandi* empregado, diante das personalidades agressivas dos acusados e demonstradas nas ações que lhes são imputadas nos autos, onde mostra que suas liberdades poderão causar temor à própria vítima e seus colegas, interferindo negativamente na instrução criminal, diante da notícia do conflito gerado entre as famílias envolvidas e na comoção social e no laudo de lesão corporal (fl.212) atestando a violência empregada.

02. Nas informações prestadas pela autoridade coatora, fora colacionado o exame de sanidade em lesão corporal (fl. 212), onde se pode extrair a violência praticada pelo acusado, considerando que o perito afirmou que das lesões apresentadas, estas resultaram em incapacidade para as ocupações

habituais por mais de trinta dias, sendo necessário o retorno após 03 meses para reavaliação com laudo de oftamologista e bucomaxilofacial para que se diga se as lesões irão resultar em debilidade permanente ou perda de sentido ou função. Saliente-se, ainda, que, em relação ao paciente, o juízo de origem ressaltou a reiteração delitiva pois o acusado já respondeu a processo nº 34644-28.2013.8.06.0112, por lesão corporal, onde as medidas cautelares se tornam inaplicáveis ao caso concreto.

03. As supostas condições pessoais favoráveis ao paciente arguidas pelo impetrante (primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito), não afastam a possibilidade de decretar a prisão preventiva se estiverem presentes os requisitos necessários para tal, o que se observa no caso em comento, se tornando, portanto, irrelevantes.

04. Ordem conhecida e denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, nº 0625679-18.2017.8.06.0000, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em CONHECER da ordem impetrada, mas para DENEGÁ-LA, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em 24.07.2017, com pedido de liminar, em favor de OTILIO RODRIGUES DA SILVA NETO, tendo como autoridade coatora o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca do Crato.

Narra o impetrante às fls. 01/19, que Otilio Rodrigues da Silva Neto teve sua prisão preventiva decretada quando do recebimento da denúncia pelo juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca do Crato, em 30.06.2017, como incurso nas tenazes do art. 1º, I, “a” c/c §4º, da lei 9.455/97, (Tortura), em concurso e por motivo fútil, por fato ocorrido em 23.04.2017.

Argui ausência de fundamentação no decreto preventivo, uma vez que o paciente se encontra no distrito da culpa e não representa nenhum embaraço ao bom andamento do processo, e é detentor de condições pessoais favoráveis, estando ausentes os requisitos contidos no art. 312, do CPP.

Requeru, liminarmente, a expedição de salvo conduto em favor do paciente, e no mérito, a confirmação da liminar.

Após autuação do processo, atravessou o impetrante petição, fl. 187, requerendo, subsidiariamente, a revogação da segregação cautelar e aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão.

Liminar concedida, de ofício, às fls. 188/196, determinando que o juízo de origem apresentasse fundamentação sobre a possibilidade ou não de aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão, para então analisar a liminar requestada.

Informações da autoridade coatora às fls. 200/204, e aditamento desta às fls. 209/212.

Contrariando esta relatoria, que determinou que viessem os autos conclusos após prestadas as informações da autoridade coatora para nova análise da liminar, foram os autos enviados à Procuradoria Geral de Justiça que emitiu parecer às fls. 213/222, opinando pelo conhecimento e denegação da ordem.

Processo distribuído por prevenção ao *habeas corpus* nº 0625611-68.2017.8.06.0000.

É o que de indispensável se tem a relatar.

Processo que independe de revisão bem como de inclusão em pauta como preceituam os artigos 78, §5º e 82, §1º, respectivamente, do RITJCE.

VOTO

Estando presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, o conhecimento do presente *writ* é medida que se impõe.

Aponta o impetrante falta de fundamentação na decisão que decretou a segregação cautelar do paciente vindo a requerer sua revogação e consequente expedição de salvo conduto em favor do paciente.

Quando da análise da liminar, fls. 188/196, esta relatoria entendeu estarem ausentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* por não vislumbrar ausência de fundamentação na decisão atacada. Contudo, por não haver o juízo de piso falado acerca da possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares, a liminar foi concedida, de ofício, para que o magistrado *a quo* falasse a respeito, o fazendo às fls. 200/204, nos seguintes termos:

“Especificamente quanto a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, na forma do art. 2852, §6º, do Código de Processo Penal, entendo que as hipóteses delineadas no art. 319 do *memso Códex* são insuficientes para acautelar a ordem pública, posta em risco pela gravidade incomum do delito, ainda mais quando se cusa de paciente foragido do distrito da culpa.

Como salientado por Vossa Excelência, à fl. 194, segundo entendi e salvo melhor juízo, as providências alternativas são “insuficientes a acautelar a ordem pública para o caso em concreto”.

As condutas do paciente e dos denunciados, todos foragidos, os quais agrediram menor de idade, com intuito de obter informações para localizar outros menores, para certamente agredi-los, assim como fizeram com R.F., denotam o quão violentos são. Além disso, há evidente desprezo pela vida alheia, posto que a vítima foi deixada ao relento, de madrugada, lesionada.

É da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que é “*indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada na gravidade dos delitos comentidos e na periculosidade do agente, a demonstrar a sua insuficiência para acautelar a ordem pública e social.*” (RHC 39238/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje 15.04.2014).”

Uma vez que foi cumprido pelo juízo de piso o que determinado por esta relatoria, passo à análise do mérito do *mandamus*.

As supostas condições pessoais favoráveis ao paciente arguidas pelo impetrante (primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito), não afastam a possibilidade de decretar a prisão preventiva se estiverem presentes os requisitos necessários para tal, o que se observa da decisão atacada abaixo colacionada (fls. 111/116):

“Referente à representação pelas PRISÕES PREVENTIVAS dos denunciados e que no momento se mostram necessárias à viabilização da instrução criminal e garantia da ordem pública, necessário breve análise dos fatos que resultaram nas agressões do menor, em especial sua motivação e dinâmica, esta a demonstrar dolo intenso dos acusados.

Compulsando as informações trazidas em Inquérito Policial, fácil observar, que a motivação que teria feito com que os acusados tivessem agredido o adolescente vitimado, decorreu do fato de ele e seu grupo, em inequívoca brincadeira de mau gosto, terem batido no portão da casa do denunciado OTÍLIO ROFRIGUES DA SILVA NETO, local em que se realizava uma festa com a participação de várias outras pessoas.

Enfurecido com aquela atitude, e por ocasião de uma segunda investida do grupo de adolescentes, referido acusado passou a correr atrás do mesmo e que logo se dispersou, chegando, porém, a alcançar a vítima e de imediato passado agredi-la com socos e chutes, essa violência tendo se intensificado com a chegada e auxílio THALYS ANDRÉ BANDEIRA CAVALCANTE DA SILVA e LÉO DANTE MOREIRA SANTAGUIDA e depois de JOSÉ RODRIGUES DE PAIVA ALENCAR FILHO, este a conduzir o veículo no qual, logo em seguida e no propósito de identificar e localizar as demais pessoas que se encontravam na companhia daquele menor e conseguiram escapar, o mesmo foi colocado e mais uma vez espancado enquanto com ele circulavam pelas ruas da cidade. Segundo o relato da vítima e que no momento se mostra de extrema importância e relevância ao esclarecimento dos fatos, sobretudo diante do horário das agressões sofridas e

que impediu fossem presenciadas por testemunhas oculares, além da covardia empregadas, a mesma foi agredida por pelo menos três dos denunciados, todos imbuídos no mesmo propósito de repreendê-lo do fato de terem batido no portão da casa de um deles, sessão de tortura essa que teve sequência quando forçado a entrar no veículo que passou a circular pelas ruas da cidade no sentido de apontar quem seriam os demais colegas que estariam envolvidos naquele banal episódio e que sequer chegou a resultar em dano materiais importantes: “...que o declarante foi alcançado por OTÍLIO; que OTÍLIO bateu muito no declarante; que OTÍLIO deu murros e chutes no declarante; que outros três indivíduos chegaram; que sabe que alguns deles bateram no declarante, mas não sabe dizer quais foram; que esses outros deram chutes e murros no declarante; que nenhum deles disse que parassem de bater no declarante ou tentou fazer cessar o espancamento; que dois deles colocaram o declarante a força em um carro e ficaram rodando com declarante; que dentro do carro três dos homens ficaram batendo no declarante; que nenhum deles disse que o declarante seria deixado em casa; que o declarante tem certeza que o OTÍLIO era um dos que estavam batendo no declarante; que o indivíduo que estava sentado ao seu lado, que não era OTÍLIO, também lhe batia; que o outro sujeito que estava sentado na frente lhe bateu também; que dentro do carro só quem não lhe batia era o motorista; que os homens perguntavam onde estavam os amigos do declarante...; que os indivíduos davam murros nas pernas e nos braços do declarante; que um deles ainda deu um murro no queixo do declarante; que os sujeitos batiam no declarante porque estavam com raiva do declarante e para fazer o declarante dizer onde estavam os amigos do declarante; que em um determinado momento os homens pararam o carro e empurraram o declarante para fora; que o declarante chegou a cair de joelhos no chão; que não ficou caído no chão; que diz que falou para os homens que seu pai era policial...; que diz que quando estava sendo espancado na rua, o declarante foi ameaçado por todos que estavam batendo no declarante; que dentro do carro o declarante não foi ameaçado; que o declarante estava com muito medo quando estava dentro do carro sendo espancado pelos indivíduos” (Declarações da vítima FELIPE RODRIGUEZ FERRAZ DE ALENCAR – fls. 64/65).

Referida versão, somada às demais provas até momento colhidas, em especial a própria confissão de OTÍLIO RODRIGUES DA SILVA NETO e fotografias retiradas da vítima após agredida por pelo menos três dos denunciados, trazem indícios seguros da infração penal a eles imputadas e reguladas pela LEI 9.455/1977:

(...)

É que as agressões noticiadas, além de terem como propósito o fato da vítima integrar o grupo que teria batido no portão da casa de um dos acusados, também objetivava forçá-la a identificar e localizar os demais integrantes, razão pela qual a mesma foi colocada no interior do veículo que tudo indica estivesse sob a responsabilidade e era conduzido pelo réu JOSÉ RODRIGUES DE PAIVA ALENCAR FILHO e nele passado a circular pelas ruas da cidade, sempre, porém, pressionado física e psicologicamente a dar informações sobre seus colegas, certamente para que com eles também procedessem de igual forma, demonstrando, assim, culpabilidade intensa e personalidades descomprometidas com a ordem pública, próprias daqueles que costumam encontrar na violência, a solução de seus problemas, esquecendo, ou fingindo esquecer, da existência das autoridades constituídas para trazer equilíbrio no conflito de interesses e estabelecer a paz social.

Mesmo que nem todos os acusados tenham agredido a vítima, o que até se mostra possível através das informações da própria vítima, verossímil que todos eles deram suporte às agressões físicas e mentais impostas ao menor, já que, além de não impedi-las, agiram em concurso ao colocá-la no veículo e juntos passaram a circular pelas ruas da cidade a procura dos demais envolvidos, momento em que voltou a ser agredido. A própria dinâmica da ação apontada como criminosa é suficiente a definir sobre o caráter perigoso de todos os denunciados, já que próprio de pessoas dispostas a provocar intenso sofrimento físico e mental àqueles que eventualmente confrontem seus interesses, sem qualquer desconforto pessoal, notadamente se considerarmos o fato de que aquelas agressões cessaram não por piedade, mas pelo fato do menor, apesar das pancadas que o levaram ao estado de “quase desmaio”, teve a feliz iniciativa de informar ou criar a história que “seria

filho de um policial”, quando, então, se sentiram obrigados a jogá-lo fora do carro e abandoná-lo gravemente ferido.

É fato, também, que a vítima pode não ter vindo a óbito apenas em razão de ter sido encontrada por um popular e a ele ter pedido socorro, sendo levado ao hospital da cidade e recebido os primeiros e fundamentais atendimentos médicos, as sequelas das agressões físicas e mentais sofridas ainda não sendo possível se dimensionar.

Anote-se, também, que após conhecimento do fato e como é natural ocorrer, surgiram informações de possíveis conflitos entre as famílias envolvidas, inclusive com existência de ameaças e certamente em razão de nenhuma providência ainda ter sido adotada por este Juízo: além disso, o episódio narrados nos autos e cuja desproporcionalidade e covardia dos meios empregados à sua causa se mostram evidentes, refletiu forte e negativamente na sociedade local, provocando-se a sensação de absoluta insegurança pública, podendo levá-la a acreditar que a justiça pelas próprias mãos se mostre como sendo o meio eficaz à proteção de seus direitos, situação que causaria pânico social extremo e que já vem afetado pelo crescente índice de violência na cidade e adjacências.

Em análise a esse contexto, notadamente no que diz respeito às personalidades agressivas dos acusados e demonstradas nas ações que lhes são imputadas nos autos, evidente se mostra que suas liberdades, em especial por causar temor à própria vítima e seus colegas, interferirão negativamente na instrução criminal, provocando-lhes, até pela insegurança decorrente da própria convivência social sem limite, estados emocionais que os intimidarão a falarem sobre toda a dinâmica que resultou nas agressões investigadas.

Nesse ponto, relevante também mencionar, que os réus OTÍLIO RODRIGUES DA SILVA NETO e JOSÉ RODRIGUES DE PAIVA ALENCAR FILHO já se envolveram em outros episódios nos quais foram indicados por lesões corporais (PROC. N. 34644-28.2013 E 32999-57.2014), praticadas, inclusive, em datas relativamente recentes, o que reforça a ideia de que, certos ou errados, buscam resolver seus problemas com o uso da violência, não sendo demais se pensar, que em liberdade voltarão a investir, inclusive, que em liberdade voltarão a investir, inclusive, contra a vítima,

familiares e testemunhas, no sentido de obstruírem ou dificultarem a produção das provas que eventualmente lhes sejam desfavoráveis.

Assim, presentes os elementos que autorizam a recomendam pelo acolhimento das PRISÕES PREVENTIVAS dos acusados OTÍLIO RODRIGUES DA SILVA NETO, JOSÉ RODRIGUES DE PAIVA ALENCAR FILHO, LÉO DANTE MOREIRA SANTAGUIDA e THALYS ANDRÉ BANDEIRA CAVALCANTE DA SILVA, representadas pelo Ministério Público, *ex vi* disposto no ART. 312, DO CPP, já que necessária à garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal, razões pelas quais as DECRETO.”

Observa-se pois que a prisão preventiva foi decretada para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal decorrente do *modus operandi* empregado, onde os executores só cessaram as agressões quando a vítima noticiou ser filho de policial, jogando-a fora do carro e abandonando-a gravemente ferida, levando em consideração as personalidades agressivas dos acusados e demonstradas nas ações que lhes são imputadas nos autos, onde mostra que suas liberdades poderá causar temor à própria vítima e seus colegas, interferindo negativamente na instrução criminal, e, ainda, diante da notícia do conflito gerado entre as famílias envolvidas e na comoção social.

Nas informações prestadas pela autoridade coatora, fora colacionado o exame de sanidade em lesão corporal (fl. 212), onde se pode extrair a violência praticada pelo acusado, considerando que o perito afirmou que das lesões apresentadas, estas resultaram em incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, sendo necessário o retorno após 03 meses para reavaliação com laudo de oftalmologista e bucomaxilofacial para que se diga se as lesões irão resultar em debilidade permanente ou perda de sentido ou função.

Saliente-se, ainda, que, em relação ao paciente, o juízo de origem ressaltou a reiteração delitiva onde o acusado já respondeu a processo nº 34644-28.2013.8.06.0112, por lesão corporal.

Como consignado na decisão de fls.188/196, as medidas cautelares diversas da prisão se mostram insuficientes a acautelar a ordem pública para o caso em concreto.

Diante do exposto, conheço da presente *mandamus*, mas para denegar a ordem requestada por a decisão atacada encontrar-se fundamentada na garantia da ordem pública em consonância com o art. 312, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Fortaleza, 29 de agosto de 2017.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação acidentária – direito intertemporal – princípio da fundamentação – aplicação do C.P.C./73 – teoria do isolamento dos atos processuais – restabelecimento do benefício de auxílio-doença acidentário – requisitos preenchidos 154/156.

Cartão magnético – retenção em caixa eletrônico – posto bancário – relação de consumo – súmula 297 do STJ – fato do serviço – falha na segurança – responsabilidade civil objetiva 241/242.

Concurso público – convocação dos aprovados por edital afixado na sede da prefeitura – ilegalidade – direito subjetivo dos concursados à convocação por comunicação pessoal – princípio da confiança 29.

DECON – aplicação de multa – infração de regra consumerista – processo administrativo sancionatório – não apreciação da matéria de defesa suscitada pela empresa – anulação – vício formal e material 48/49.

Direito autoral – execução de obras musicais em evento público gratuito – irrelevância – necessidade de prévia autorização e recolhimento dos direitos autorais – aplicação da lei nº 9.610/98 95/97.

Empresa aérea – extravio de bagagem em viagem internacional – incidência do C.D.C. - falha na prestação do serviço – responsabilidade objetiva – inteligência do art. 14 do C.D.C. - prévia declaração do conteúdo da bagagem não exigida pela empresa – dever de ressarcir passageiros pelos prejuízos – danos materiais e morais devidos 210/214.

Empresa privada – negação de inscrição em cadastro geral de contribuintes – alegação de débito por parte da empresa e de seu sócio – inviabilização de funcionamento – expressa violação à regra constitucional – art. 170, caput, da Constituição Federal 200/201.

Empresa privada de segurança pública – falha na prestação do serviço – serviço de monitoramento – ocorrência de furto – realização de vistoria externa no local, nos moldes contratados – danos morais e materiais – improcedência 83.

Erro médico – indenização por danos morais – responsabilidade objetiva do município – contrato verbal firmado entre o município e a médica – irrelevância – comprovação do dano e do nexo causal – art. 37, § 6º da Constituição Federal 135/137.

Matadouro público – ausência de condições higiênico-sanitárias e de licenciamento ambiental – interdição do estabelecimento – recurso do M.P. objetivando obrigar o município a sua reforma – impossibilidade – controle judicial de políticas públicas – princípio da separação dos poderes 107/108.

ISSEC – segurado falecido – dependência reconhecida – fornecimento de carteira de atendimento médico – obrigatoriedade – impetrante portadora de moléstia grave – direito à saúde – previsão constitucional 283/284.

Plano de saúde – cirurgia redutora de mamas – recomendação médica – negativa de cobertura – incidência do C.D.C. - súmula 469 do STJ – rol da A.N.S. - referência para cobertura assistencial mínima – dano moral configurado 185/186.

Prestação de serviços – inexecução parcial – comprovação por laudo pericial – violação de cláusula contratual – restituição de valor – princípio da vedação ao enriquecimento sem causa – inteligência do art. 884, do Código Civil 74/75.

Previdenciário – auxílio-acidente – sentença concessiva de aposentadoria por invalidez – julgamento extra petita – inocorrência – fungibilidade das ações acidentárias – precedentes do STJ 124/125.

Previdenciário – entidade fechada de previdência privada – suplementação do benefício – incidência das normas regulamentares vigentes ao tempo da implementação das condições para obtenção do benefício 37.

Reintegração de posse – transmissão de posse pelo antigo possuidor a seus herdeiros – sucessão causa mortis – princípio da saisine – inexistência de meação – casamento realizado sob a égide do Código Civil de 1916 – regime de separação de bens 266/268.

Representação sindical – art. 8º, II, da C.F. - interesses da categoria – legitimação sindical extraordinária – precedentes da Suprema Corte – súmulas 629 e 630 – dispensa da autorização da categoria 89.

Servidor público – reintegração aos quadros da polícia militar - impossibilidade – desligamento de curso de formação – prescrição quinquenal – art. 1º do Decreto nº 20.910/32 254/255.

Servidor público – sistema remuneratório – adicional de trabalho noturno – necessidade de disciplinamento em lei formal e material específica – inexistência – inteligência do art. 37, X, na redação da E.C. Nº 19/98 ... 61.

Usucapião – requisitos do art. 550, do Código Civil/16 – posse ad usucapionem, tempo e coisa hábil – inocorrência – controvertida existência de relação locatícia – posse mansa e pacífica indemonstrada 168/171.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Desapropriação – suspensão de obras públicas – imóvel desapropriado não confere com as delimitações apresentadas pela administração pública – desapropriação indireta - indenização – art. 5º, XXIV, da Constituição Federal 303/306.

Direito constitucional – criação de procuradoria municipal – discricionariedade da administração municipal - requisitos para a tutela antecipada – ausência – revogação 356/357.

Direito do menor – guarda compartilhada x guarda unilateral – interesse do menor – supremacia – espécie que melhor se adequa à necessidade do infante – situação conflituosa – suposta sevícia – apuração – guarda unilateral determinada 315/316.

Faixa de domínio – contrato de permissão especial de uso – pacto de natureza onerosa – superveniência de lei a autorizar a gratuidade da permissão – não aplicabilidade no caso concreto – prorrogação do contrato anterior – excepcionalidade prevista na lei 333.

Fornecimento de fosfoetanolamina sintética – paciente portadora de câncer no ovário - substância não recomendada de uso pelo Instituto Nacional do Câncer – composto ainda em estudo – necessidade de aprovação pela ANVISA 293/294.

Imóvel em construção – atraso na entrega – alegação da construtora de ocorrência de greves e de escassez de mão de obra – impossibilidade – inadimplemento evidenciado - decisão que determinou o custeio dos aluguéis do agravado até efetiva entrega do empreendimento – manutenção 366/368.

Mandato legislativo – vereador – afastamento por tempo indeterminado – decisão judicial – suplência – nomeação negada – ilegalidade da câmara municipal – direito líquido e certo à convocação – previsão legal 322/323.

Sentença – cumprimento provisório – pagamento de pró-labores e de multa – nomeação de interventor judicial com poderes de administração – afastamento de todos os sócios – decisão unipessoal em processo diverso comunicada nos autos da execução – fato superveniente desconsiderado pelo julgador a quo – desatendimento à decisão do relator quanto à não liberação de valores ou sua devolução – medida temerária – lesão grave e de difícil reparação configurada 339/342.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Crime de estupro – continuidade delitiva – pedido de absolvição – improcedência – autoria e materialidade evidenciadas – palavra da vítima e prova testemunhal – desclassificação para contravenção penal – impossibilidade 471/472.

Homicídio – sentença que reconheceu a legítima defesa – insurgência ministerial – preliminar de ilegitimidade do M.P. para recorrer – inocorrência – inteligência do art. 593, III, alínea “D”, do C.P.P. - absolvição contrária a prova dos autos – procedência – submissão do réu a novo julgamento 389/390.

Homicídio culposo na direção de veículo automotor – pleito de absolvição – culpa da ré não demonstrada de forma indubitável – fragilidade das provas – aplicação do princípio in dubio pro reo 452/454.

Homicídio duplamente qualificado – tribunal do júri – pleito de anulação do julgamento – alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos – inocorrência – versão acolhida devidamente comprovada nos elementos de convicção constantes nos autos 446/447.

Homicídio qualificado – apelação da defesa contra decisão do novo julgamento – alegação idêntica à de recurso antes interposto pelo M.P. e acolhida pelo juízo – impossibilidade 401/402.

Homicídio tentado – duplamente qualificado – dosimetria da pena – pena-base fixada acima do mínimo legal – culpabilidade do agente – simples menção à potencial consciência da ilicitude – consequências do crime – fundamentação genérica e subsumida ao próprio tipo penal 439/440.

Latrocínio tentado – exasperação da pena-base acima do mínimo legal – possibilidade – aplicação do art. 65, III, “D”, do Código Penal – confissão espontânea – redimensionamento da pena 416/417.

Tráfico de substância entorpecente – pleito de fixação da pena no patamar mínimo legal – réu primário e de bons antecedentes – impossibilidade – presença de circunstância judicial desfavorável – pretensão de redução da pena em grau máximo – cabimento – mesmo critério utilizado para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal e para fixação da pena, quando da escolha da fração atinente à minorante 423/424.

HABEAS CORPUS

Homicídio qualificado e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito – prisão preventiva – tese de excesso de prazo na formação da culpa – descabimento – pacientes pronunciados – súmula 21 do STJ 523/524.

Homicídio qualificado tentado – alegação de prescrição da prestação punitiva – pena aplicada pelo tribunal do júri de 4 anos e 2 meses de reclusão – sentença transitada em julgado para a acusação – prazo prescricional de 12 anos – recursos apelatórios interpostos pelo paciente e pelo M.P. - intempestividade – trânsito em julgado retroativo 491/493.

Roubo duplamente majorado – uso de arma e concurso de pessoas – arguição de excesso de prazo na formação da culpa – não configuração – peculiaridades do feito – pluralidade de réus – necessidade de expedição de carta precatória – audiência de instrução definida 485/486.

Roubo qualificado – emprego de arma e concurso de pessoas – prisão flagrancial convertida em preventiva – pleito de soltura – tese de negativa de autoria – não conhecimento por incompatibilidade com a via do writ – tese de carência de fundamentação da decisão que manteve a constrição cautelar e de ausência dos requisitos da preventiva – improcedência 507/509.

Tortura – ausência de fundamentação – periculosidade – modus operandi – garantia da ordem pública – ilegalidade não evidenciada 536/537.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ**

<i>Formato</i>	17 x 24 cm
<i>Tipologia</i>	Minion Pro 9/11
<i>Papel</i>	Sulfite Alta Alvura 75 g/m ² (miolo) Supremo 250 g/m ² (capa)
<i>Número de Páginas</i>	551
<i>Impressão</i>	Coordenadoria de Apoio Operacional Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
<i>Data</i>	Dezembro 2017