

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 57 - 2018
Abril / Junho

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.57, p. 1 - 492, 2018

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 57.2018
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 e Biblioteca
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte - Presidente
Des. Durval Aires Filho
Desa. Lira Ramos de Oliveira
Dr. Emílio de Medeiros Viana
Dra. Joriza Magalhães Pinheiro
Bel. Francisco Hudson P. Rodrigues - Secretário

Normalização
Divisão de Biblioteca do Departamento de Gestão de Documentos do TJCE
Bibliotecária - Ismênia Souto de Araújo Andrade - CRB-3/834

Revisão
Conselho Editorial e Biblioteca

Diagramação e Arte Gráfica
Hugo Leonardo Guedes Monteiro

Impressão
Coordenadoria de Apoio Operacional do TJCE

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

ISSN 2175-0874

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

CDU 340.342 (05)

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

DES. 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 Gladyson 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
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 Vilauba Fausto Lopes
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des.Raimundo Nonato Silva Santos
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho

Desa. Maria Edna Martins
Des. Mário Parente Teófilo Neto
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães
Desa.Lira Ramos de Oliveira
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Des. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos
Des. Francisco Carneiro Lima
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato
Dra. Marlúcia de Araújo Bezerra - Juíza Convocada
Dr. Antônio Pádua Silva - Juiz Convocado
Dra. Maria das Graças Almeida de Quental - Juíza Convocada
Dr. Henrique Jorge Holanda Silveira - Juiz Convocado
Dra. Rosilene Ferreira Facundo - Juíza Convocada
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão - Secretário

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

Des. Francisco Gladyson 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
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
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)

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
Des.Raimundo Nonato Silva Santos
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Desa.Lira Ramos de Oliveira
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato
Dra. Marlúcia de Araújo Bezerra - Juíza Convocada
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão - Secretário

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

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

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

Des. 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
Des. Raimundo Nonato Silva Santos
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
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
Dr. Antônio Pádua Silva - Juiz Convocado
Dra. Maria das Graças Almeida de Quental - Juíza Convocada
Dra. Rosilene Ferreira Facundo - Juíza Convocada
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
Dra. Rosilene Ferreira Facundo - Juíza Convocada
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. José Tarcílio Souza da Silva
Dr. Antônio Pádua Silva - Juiz Convocado
Dra. Maria das Graças Almeida de Quental - Juíza Convocada
Dr. José Welligton de Oliveira Lobo - Secretário

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Apelação Cível 15/221
Agravo de Instrumento 225/311
Mandado de Segurança 315/355

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Apelação Crime 361/431
Habeas Corpus 435/486

Índice Alfabético 487/492

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

PROCESSO: 0000956-09.2010.8.06.0071 – APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
APELANTE: MUNICÍPIO DO CRATO
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DO CRATO
APELADO: CLAUDIOMAR CÍCERO DE SOUZA
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. GUARDA MUNICIPAL. ATIVIDADE EXERCIDA EM REGIME DE PLANTÃO. HORAS EXTRAS. PAGAMENTO DAS HORAS QUE EXCEDEM A JORNADA SEMANAL DE 40 HORAS PREVISTA PELO ART. 1° DA LEI MUNICIPAL Nº 2.136/2003 COM ACRÉSCIMO DE 1/3 INSTITUÍDO PELO ART. 9º, §2° DA LEI MUNICIPAL N° 2061/2001. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA REEXAMINADA.

1. A análise a respeito do pagamento das horas extras laboradas em regime de plantão de 12X36 (12 horas de trabalho com 36 horas de descanso) pressupõe a apreciação das regras atinentes à jornada de trabalho dos servidores públicos municipais instituídas pela Lei Municipal n° 2.061/2001, com as alterações empreendidas pelo art. 1° da Lei Municipal n° 2.136/2003, onde restou estabelecido que a carga horária do servidor regido por esta lei é de 40 (quarenta) horas semanais.

2. Logo, a estipulação de turnos de revezamento de 12X36 é legal, todavia ocasiona a extrapolação da jornada semanal de trabalho sempre que o

servidor sujeito a esse regime (12X36) labore 4 dias da semana, pois isso resultará num total de 48 horas semanais.

3. Assim, faz-se necessário que se reconheça que o guarda municipal labora em 2 semanas do mês 3 dias (3x12=36 horas) perfazendo 36 horas e, nas outras 2 semanas, laborará 4 dias (4x12=48) totalizando 48 horas, resultando na seguinte equação: 48 + 36 = 84/2= 42 horas semanais.

4. Desse modo, percebe-se que após a compensação das jornadas, o servidor terá laborado 2 horas extras por semana, devendo ser remunerado pelo horário extraordinário na forma estipulada pela legislação, ou seja, com majoração de 1/3 em relação ao valor da hora normal conforme disposto no art. 9°, §2°, da Lei n° 2.061/2001. Sentença mantida nesse tocante.

5. Em sede de Reexame Necessário, reforma-se a sentença tão somente no concernente aos índices de correção monetária e juros, em decorrência dos efeitos estipulados em questão de ordem na ADI 4425, determinando a aplicação da TR para fins de atualização monetária da condenação suportada pela Fazenda Pública Municipal até a data de 25/03/2015 e , a partir de então, pelo IPCA-E, assim como juros de mora calculados com base no índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, a partir da citação válida, permanecendo inalterados os demais capítulos da sentença.

6. Apelação Cível conhecida, mas desprovida. Sentença reexaminada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação e Reexame Necessário ACORDAM os Desembargadores membros da Segunda Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da Apelação Cível, julgando-a improcedente, alterando, contudo, a sentença monocrática, em sede de Reexame Necessário, tão somente no concernente aos índices de correção monetária e juros aplicados, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 11 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível e Reexame Necessário em relação à sentença monocrática proferida às fls. 107/108 pelo MM Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Crato que julgou parcialmente procedente ação de cobrança interposta por Claudiomar Cícero de Souza em face do Município de Crato, condenando a municipalidade promovida no pagamento das horas extras trabalhadas além das 40 horas semanais com acréscimo de 1/3 (um terço) sobre a hora normal, bem como os seus reflexos nas férias e gratificação natalina (13º), respeitado o prazo prescricional de 05 (cinco) anos retroativos à data do ajuizamento da demanda.

Alega o apelante, nas razões recursais de fls. 118/126, que o autor da demanda é guarda municipal e labora em regime de escala (12X36) perfazendo um total de 180 horas mensais, tempo inferior às 200 horas de jornada estabelecidas pelo art. 1º da Lei Municipal nº 2.136/2003, que aumentou de 30 para 40 horas semanais a jornada de trabalho dos servidores públicos municipais. Tal fato acarreta a conclusão de que não são devidas horas extras ao servidor, pois labora menos que as horas estabelecidas em lei.

Requer a procedência da Apelação para reformar a sentença monocrática, julgando improcedente o pedido formulado pelo autor de pagamento de horas extras, revertendo-se o ônus de sucumbência.

Recurso recebido em seus efeitos devolutivo e suspensivo, assim como determinada a intimação da parte apelada para oferecer contrarrazões (fl. 128).

Contrarrazões recursais às fls. 133/139.

Deixei de encaminhar o feito à douta Procuradoria Geral de Justiça, por entender ausente o interesse público na matéria versada.

É o sucinto relatório.

VOTO

Conheço do Reexame Necessário e do Recurso de Apelação Cível, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade.

Versa a presente lide acerca da possibilidade de pagamento de horas extras aos servidores da guarda municipal de Crato, sujeitos ao regime de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, com jornada mensal de 180 horas.

A análise a respeito do pagamento das horas extras laboradas em regime de plantão de 12 X 36 (12 horas de trabalho com 36 horas de descanso) pressupõe a apreciação das regras atinentes à jornada de trabalho dos servidores públicos municipais instituídas pela Lei Municipal nº 2.061/2001, com as alterações empreendidas pelo art. 1º da Lei Municipal nº 2.136/2003, onde restou estabelecido que "a carga horária do servidor regido por esta lei é de 40 (quarenta) horas semanais, desempenhadas, em cada Secretaria, através de escalas estabelecidas pela Secretaria de Administração".

Analisando-se o mencionado dispositivo legal há que se reconhecer que a jornada de trabalho é de 40 horas semanais e não de 200 horas mensais. A limitação da jornada de trabalho ocorre por limite semanal e não mensal como defende o Município de Crato.

Logo, a estipulação de turnos de revezamento de 12X36 é legal, todavia ocasiona a extrapolação da jornada semanal de trabalho sempre que o servidor sujeito a esse regime (12X36) labore 4 dias da semana, pois isso resultará num total de 48 horas semanais.

Assim, faz-se necessário que se reconheça que o guarda municipal labora em 2 semanas do mês 3 dias (3x12=36 horas) perfazendo 36 horas e, nas outras 2 semanas, laborará 4 dias (4x12=48) totalizando 48 horas, resultando na seguinte equação: 48 + 36 = 84/2= 42 horas semanais.

Desse modo, percebe-se que após a compensação das jornadas, o servidor terá laborado 2 horas extras por semana, devendo ser remunerado pelo horário extraordinário na forma estipulada pela legislação, ou seja, com majoração de 1/3 em relação ao valor da hora normal conforme disposto no art. 9°, §2°, da Lei n° 2.061/2001.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará possui jurisprudência firme acerca do tema. Nesse sentido:

> **Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. GUARDA MUNICIPAL DE CRATO. JORNADA DE TRABALHO EM ESCALA DE 12 HORAS DE TRABALHO POR 36 HORAS DE DESCANSO. ALEGAÇÃO DE TRANSPASSE DO LIMITE LEGAL. PLEITO DE HORAS EXTRAS. PROCEDÊNCIA. LIMITE SEMANAL DE 40 (QUARENTA) HORAS EXPRESSAMENTE PREVISTO NA LEI Nº 2.061/2001. TRANSPASSE DO TETO FACILMENTE CONSTATADO A PARTIR DA VERIFICAÇÃO DA ESCALA DESEMPENHADA. MÉDIA DE 42 (QUARENTA E DUAS) HORAS SEMANAIS DE LABOR. EXCEDENTE DE 2 (DUAS) HORAS SEMANAIS QUE DEVE SER INDENIZADO NA FORMA DE HORAS EXTRAS, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL**. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. PLEITO AUTORAL AO QUAL SE JULGA PROCEDENTE. 1. Cuida-se de Apelação Cível interposta por ACLÉCIO RODRIGUES MONTEIRO em face do MUNICÍPIO DE CRATO, em Ação Ordinária, insurgindo-se contra sentença de fls. 123/127, proferida pelo douto Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Crato, o qual sentenciou o feito pela improcedência dos pedidos autorais, rejeitando o pleito de pagamento de horas extras, sem, contudo condenar o promovente nos ônus sucumbenciais. 2. Assevero que **a**

presente discussão tem por cerne a análise de ter ou não o autor direito à percepção de horas extras supostamente laboradas, para tanto, segundo o recorrente, como desempenha escala de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, incumbida aos servidores da Guarda Municipal de Crato, teria direito de receber o valor correspondente à, no mínimo, 2 (duas) horas extras por semana trabalhada. 3. No caso dos autos, há previsão expressa de jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais estabelecida na Lei Municipal nº 2.136/2003, que alterou o teor do art. 9º da Lei nº 2.061/2001, passando a dispor que a carga horária do servidor público Municipal seria de 40 (quarenta) horas semanais, *in verbis*: Art. 9º. A carga horária do servidor público regido por esta Lei é de 40 (quarenta) horas semanais, desempenhadas, em cada Secretaria, através de escalas estabelecidas pela Secretaria de Administração. (…) §2º. A carga horária superior a 40 (quarenta) horas será em caráter provisório, tendo os valores fixados no anexo III desta lei, os acréscimos em 1/3 (um terço) à hora de trabalho, quando o servidor ultrapassar a jornada normal de labuta." (marcações nossas) 4. Pode-se extrair duas conclusões a partir do dispositivo legal. Primeiramente, que a jornada de trabalho semanal dos servidores públicos do Município de Crato seria de 40 (quarenta horas e que, portanto, estariam todos subordinados à referida carga horária e que, em segunda percepção, fariam jus ao recebimento de horas extras – acrescido de 1/3 sobre o valor da hora normal – quando houver transpasse desse limite de jornada. 5. Ocorre que, em simples operação matemática, percebe-se que o pleito autoral merece guarida, pois em duas das quatro semanas do mês seriam cumpridos 4 (quatro) plantões, totalizando carga horária semanal de 48 (quarenta e oito) horas, enquanto que nas demais apenas 3 (três) plantões, somando 36 (trinta e seis) horas, números que uma vez realizada a média geral resultaria em 42 horas semanais, ensejando o direito autoral de perceber as horas extras representadas por estas 2 (duas) horas que excederiam o limite previsto em lei. 6. Por tal razão, havendo previsão expressa de lei estabelecendo o limite de 40 (quarenta) horas semanais, e com base na

escala desempenhada pelo recorrente – 12 horas de labor por 36 horas de descanso -, merece reforma o comando sentencial hostilizado, para que seja o Município de Crato, ora recorrido, condenado ao pagamento das horas laboradas além da jornada semanal prefalada, com acréscimo de valor no importe de 1/3 (um terço) a mais da hora normal, bem como aos reflexos atinentes às férias e ao décimo terceiro salário, respeitando-se o lapso prescricional de cinco anos à contar da data do ajuizamento da demanda. 7. Apelo conhecido e provido. Sentença reformada. Pleito autoral ao qual se julga procedente. (0000934-48.2010.8.06.0071, Relator(a): LISETE DE SOUSA GADELHA, Comarca:Crato, Órgão julgador:1ª Câmara Cível, Data do julgamento:13/07/2015, Data de registro:13/07/2015) (grifei)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. **GUARDA MUNICIPAL. JORNADA SEMANAL DE 40 HORAS. REGIME DE 12X36. DIREITO AO RECEBIMENTO DAS HORAS EXTRAS LABORADAS**. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Em exame, Apelação Cível interposta pelo Município de Crato, em face da sentença que julgou parcialmente procedente Ação Ordinária de Cobrança, onde busca o autor do pagamento de verbas referentes a horas extras. 2. **Segundo o disposto no art. 1º da Lei Municipal nº 2136/2003 - que deu nova redação ao artigo 9º da Lei Nº 2061,2001, e alterou o expediente e a duração da jornada de trabalho dos Servidores Públicos do Município de Crato (fl. 132), "A carga horária do servidor regido por esta Lei é de 40 (quarenta) horas semanais, desempenhadas em cada Secretaria, através de escalas estabelecidas pela Secretaria de Administração". 3. Hipótese em que o autor/apelado labora na jornada de 12 X 36, ou seja, a cada período de 12 (doze) horas trabalhadas, folga 36 (trinta e seis) horas. Sendo assim, conclui-se facilmente que, em uma semana, o autor/apelado labora por 48 (quarenta e oito) horas, e, na outra, por 36 (trinta e seis) horas, daí porque faz jus ao pagamento das horas trabalhadas além da quadragésima semanal, ressalvada a prescrição quinquenal, nos moldes**

> **em que estabelecido na sentença.** 4. Recurso conhecido e desprovido. (0000318-73.2010.8.06.0071 Apelação / Reexame Necessário, Relator(a): FRANCISCO SALES NETO, Comarca:Crato, Órgão julgador:2ª Câmara Cível, Data do julgamento:17/06/2015, Data de registro: 17/06/2015) (grifei)

Ante tais razões, havendo constatação de que o servidor transpassa a jornada semanal estipulada pela legislação municipal, há que se remunerar como horas extras as horas laboradas a mais, com incidência do percentual de 1/3 previsto em lei.

Diante de todo o exposto, conheço da Apelação interposta, julgando-a improcedente, para manter inalterada a sentença monocrática que condenou o apelante ao pagamento de horas extras excedentes ao limite de 40 horas semanais instituído pela lei municipal nº 2.061/2001, acrescido do percentual de 1/3, observando-se o prazo prescricional de 5 anos anteriores ao ajuizamento da demanda.

Em sede de Reexame Necessário, reforma-se a sentença tão somente no concernente aos índices de correção monetária e juros, em decorrência dos efeitos estipulados em questão de ordem na ADI 4425, determinando a aplicação da TR para fins de atualização monetária da condenação suportada pela Fazenda Pública Municipal até a data de 25/03/2015 e, a partir de então, pelo IPCA-E, assim como juros de mora calculados com base no índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, a partir da citação válida, permanecendo inalterados os demais capítulos da sentença.

É como voto.

Fortaleza, 11 de abril de 2018.

PROCESSO: 0001370-74.2003.8.06.0128 - APELAÇÃO
APELANTE/APELADO: BANCO BRADESCO S/A
APELANTE/APELADO: DIONÍSIO PAULO RABELO E JULIETA DIAS RABELO
RELATOR: DESEMBARGADOR TEODORO SILVA SANTOS

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ESTABELECIMENTO BANCÁRIO. DISPARO ACIDENTAL DE ARMA DE FOGO. MORTE DE FILHO DOS PROMOVENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MÉTODO BIFÁSICO. MAJORAÇÃO. PRECEDENTES DO TJCE E DO STJ. RECURSOS CONHECIDOS. APELAÇÃO CÍVEL NÃO PROVIDA. RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Trata-se de Apelação Cível e Recurso Adesivo interpostos em face de sentença, nos autos da ação indenizatória proposta em face de BANCO DO ESTADO DO CEARÁ - BEC (sucedido por BANCO BRADESCO S/A.), meio pelo qual o juízo *a quo* condenou a empresa promovida ao pagamento de indenização pelos danos materiais (pensionamento mensal) e danos morais suportados pelos promoventes, no montante de R$44.000,00 (quarenta e quatro mil reais) para cada promovente, pela ocorrência de disparo acidental de arma de fogo que resultou na morte do filho dos promoventes. Passa-se a analisar as teses.

2. Prescrição: O evento lesivo (tiro acidental nas

dependências do estabelecimento bancário) se deu em 28/06/1995, o qual resultou na morte de David Dallas Dias Rabelo, tendo a petição inicial sido proposta em 22/08/2003. No tocante à prescrição do direito autoral, tem-se que pelo Código Civil de 1916 o prazo prescricional dos direitos pessoais era de 20 (vinte) anos, conforme o artigo 177 daquele diploma legal. Já no Código Civil de 2002, o prazo foi reduzido para 03 (três) anos, conforme artigo 206, §3º, inciso V. Com a entrada em vigor do CC/2002, em 11/01/2003 passou-se pouco mais de 07 (sete) anos do evento lesivo, tido como marco inicial da prescrição. Neste caso, aplica-se o prazo da nova lei, no caso, de 03 (três) anos.
2.1. Nos termos da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (vide AgRg no AREsp 576.245/SP), pela redução do prazo pela nova legislação, o marco inicial passa a ser a data de entrada em vigor do Código Civil de 2002, ou seja, em 11/01/2003, só ocorrendo, então, a prescrição do direito autoral em 11/01/2006. Como visto, a petição inicial foi protocolada em 22/08/2003, dentro do prazo para se pleitear o direito perseguido na demanda. Prescrição não consumada. Tese recursal rejeitada.
3. No tocante às provas, destacou-se a conduta do agente, policial militar, que se encontrava nas dependências da instituição financeira, atuando verdadeiramente como seu preposto, fazendo então a segurança do local, e conforme relatos das testemunhas, possivelmente aguardando para a realização da escolta no transporte de valores provenientes daquela instituição.

3.1. No caso, é nítida a incidência do disposto no artigo 932, inciso III do Código Civil de 2002, pois, pela teoria da aparência e através das provas dos autos, o policial militar agia como verdadeiro preposto da instituição financeira, imputando-se a esta a responsabilidade civil pelo sinistro narrado nos autos.

4. A obrigação de indenizar só é alcançada quando preenchidos os requisitos legais, quais sejam, a comprovação do dano sofrido (disparo acidental de arma de fogo nas dependências do banco que resultou na morte da vítima), a conduta lesiva (serviço prestado sem atender às normas de segurança) e o nexo causal (notório) entre o dano e o ato lesivo (responsabilidade objetiva). Conforme verifica-se no caso em deslinde, os requisitos supramencionados foram preenchidos. Inteligência do disposto nos artigos 186 e 927 ambos do CC/2002. Responsabilidade civil configurada. Precedentes do STJ.

5. No cotejo das circunstâncias de fato que envolveram o acontecimento e a repercussão na esfera do direito das partes, em atenção aos postulados da integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência nacional e local (artigo 926, *caput* do CPC/2015), adotando-se o método bifásico de fixação de indenização, acolhe-se a tese recursal apresentada no recurso adesivo das partes promoventes, neste ponto, para fixar a importância de R$100.000,00 (cem mil reais) para cada parte promovente a título de indenização por dano moral, por ser adequada a compensar a lesão suportada. Incidência de juros de mora de 1% ao

mês desde o evento danoso (artigo 398, CC/02 e Súmula 54/STJ) e correção monetária segundo o INPC a partir da publicação da presente decisão (Súmula 362/STJ). Precedentes do STJ e do TJCE.
6. Pelo provimento do recurso, altero o ônus sucumbencial, repartição de custas e honorários sucumbenciais. Fixa-se, por sua vez, honorários sucumbenciais recursais os quais passam de 15% (quinze por cento) para 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, a ser suportado pela parte promovida, ora sucumbente, nos termos do artigo 85, §11 do CPC/2015 c/c Enunciado 241 aprovado no VII Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC.
7. Recursos conhecidos. Apelação Cível não provida. Recurso adesivo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos recursos para: 1) dar parcial provimento ao recurso adesivo e 2) negar provimento ao apelo apresentado pela parte promovida, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 21 de fevereiro de 2018.

RELATÓRIO.

Trata-se de Apelação Cível e Recurso Adesivo interpostos, respectivamente, por BANCO BRADESCO S/A. (fls.399/420, e-SAJ) e DIONÍSIO PAULO RABELO (fls.448/455, e-SAJ) em face de sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Morada Nova/CE (fls.389/395,

e-SAJ) que, nos autos da Ação Indenizatória proposta em face de BANCO BRADESCO S/A., julgou procedente o pleito autoral nos termos a seguir reduzidos:

> [...] Isso posto, JULGO PROCEDENTES EM PARTE os pedidos, para condenar o requerido (I) ao pagamento, a título de dano moral, o *quantum* de R$88.000,00 (oitenta e oito mil reais), sendo R$44.000,00 (quarenta e quatro mil reais) para cada um dos requerentes, corrigidos monetariamente pelo IGP-M a contar da data desta sentença na forma da súmula 362/STJ, incidindo juros moratórios a contar da data do evento (súmula 54 do STJ), bem como (II) ao pagamento de pensionamento alimentício mensal equivalente a 2/3 (dois terços) do salário-mínimo, dos 18 (dezoito) até os 25 (vinte e cinco) anos da vítima, reduzido para 1/3 (um terço) até a data em que o *de cujus* completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade sendo as parcelas vencidas calculadas sobre o valor do salário mínimo vigente na data em que deveria ter sido pagas, acrescidas de correção monetária pelo IPG-M e de juros de mora de 1% ao mês, ambos da data de vencimento da parcela e as vincendas pagas com base no salário mínimo vigente na data de cada vencimento, pelo que dou o processo por encerrado com resolução de mérito, nos termo do art. 487, I, do CPC/2015. […]

Irresignada com a sentença, a parte promovida BANCO BRADESCO S/A. interpôs recurso apelatório, meio pelo qual requer a reversão da decisão recorrida, com base nas seguintes teses: 1) incidência da prescrição do direito autoral o que impede a procedência do pleito; 2) ausência de responsabilidade civil da empresa demandada pela culpa exclusiva de terceiro na ocorrência do evento lesivo; 3) ausência de comprovação dos rendimentos do *de cujus* para a fixação do pensionamento mensal, e 4) necessidade de readequação do montante indenizatório (redução dos danos morais fixados). Pugna, ao final, pelo provimento do recurso.

Devidamente intimada, a parte promovente, ora apelada, apresentou contrarrazões recursais (fls.437/446, e-SAJ), refutando a tese contida no recurso apelatório, meio pelo qual sustenta que: 1) não há

incidência da prescrição tendo em vista que aplica-se o regramento do Código Civil de 1916 ao caso; 2) há a presunção dos rendimentos do *de cujus* tendo a sentença fixado corretamente a pensão; 3) a ocorrência do evento lesivo se deu por culpa da empresa promovida, e 4) é devida a indenização por danos morais, conforme precedentes do STJ citados. Por fim, requer a rejeição do recurso apelatório.

Por sua vez, ato contínuo à apresentação das contrarrazões recursais, a parte promovente apresentou recurso adesivo à apelação (fls.448/455, e-SAJ), meio pelo qual pugna pela majoração do montante fixado a título de reparação por danos morais o qual deve ser o valor de R$300.000,00 (trezentos mil reais) para cada apelante. Pugna pelo provimento do recurso adesivo.

Devidamente intimada, a empresa promovida apresentou contrarrazões recursais (fls.460/473, e-SAJ), meio pelo qual pleiteia a rejeição do recurso adesivo, reiterando os argumentos já apresentados no recurso apelatório interposto. Pugna ao final, pelo improvimento do recurso adesivo.

É o relatório. Passa-se à decisão.

VOTO.

Do Juízo de Admissibilidade:

Da tempestividade (art. 1.003, §5º do CPC/2015): A decisão recorrida foi disponibilizada no Diário de Justiça em 25/04/2016. O recurso apelatório foi interposto em 17/05/2016, sendo, portanto, tempestivo.

Do preparo: a parte apelante recolheu o preparo recursal devido (fls.421/423, e-SAJ).

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

Diante disso, conheço do recurso de Apelação Cível, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade.

Da Análise Meritória:

A empresa promovida BANCO BRADESCO S/A. interpôs recurso apelatório, meio pelo qual requer a reversão da decisão recorrida, com base nas seguintes teses: 1) incidência da prescrição do direito autoral o que impede a procedência do pleito; 2) ausência de responsabilidade civil da empresa demandada pela culpa exclusiva de terceiro na ocorrência do evento lesivo; 3) ausência de comprovação dos rendimentos do *de cujus* para a fixação do pensionamento mensal, e 4) necessidade de readequação do montante indenizatório (redução dos danos morais fixados). Passa-se à analisar as teses.

1. Prescrição:

A tese recursal que indica a ocorrência da prescrição do direito autoral deve ser rejeitada, pelos fundamentos que passo a expor.

O evento lesivo (tiro acidental nas dependências do estabelecimento bancário) se deu em 28/06/1995, o qual resultou na morte de David Dallas Dias Rabelo, tendo a petição inicial sido proposta em 22/08/2003.

No tocante à prescrição do direito autoral, tem-se que pelo Código Civil de 1916 o prazo prescricional dos direitos pessoais era de 20 (vinte) anos, conforme o artigo 177 daquele diploma legal. Já no Código Civil de 2002, o prazo foi reduzido para 03 (três) anos, conforme artigo 206, §3º, inciso V. Destarte, ao caso resta necessária a aplicação da regra de transição contida no artigo 2.028 do CC/2002, tendo em vista que a prescrição se iniciou na vigência do CC/1916 e se encerrou na vigência do CC/2002. Segue referido dispositivo legal:

> **Código Civil de 2002:**
>
> Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

> Com a entrada em vigor do CC/2002, em 11/01/2003 passou-se pouco mais de 07 (sete) anos do evento lesivo, tido como marco inicial da prescrição. Neste caso, aplica-se o prazo da nova lei, no caso, de 03 (três) anos.
> Nos termos da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (vide AgRg no AREsp 576.245/SP), pela redução do prazo pela nova legislação, o marco inicial passa a ser a data de entrada em vigor do Código Civil de 2002, ou seja, em 11/01/2003, só ocorrendo, então, a prescrição do direito autoral em 11/01/2006. Como visto, a petição inicial foi protocolada em 22/08/2003, dentro do prazo para se pleitear o direito perseguido na demanda. Prescrição não consumada. Tese recursal rejeitada.

2. Fato lesivo – responsabilidade civil:

A tese recursal da instituição financeira, ora apelante, baseia-se na alegação de que a vítima do tiro nas dependências da agencia bancária teria sido atingida por uma "bala perdida", desferida por um policial militar em serviço, meio pelo qual tenta se exonerar de qualquer responsabilidade.

No tocante à análise do sinistro ocorrido, passo a descrever, com base nas provas e depoimentos de testemunhas colhidos, a situação fática.

A testemunha Rubens Guimarães Silva Júnior em seu depoimento (fls.159/160, e-SAJ) narra que:

> [...] David ia saindo do banco, no estacionamento, quando foi atingido por um disparo de arma de fogo; o tiro foi disparado acidentalmente por um policial militar que estava no estacionamento da agência; [...] a viatura estava próximo à janela de vidro da agência, que dava para o estacionamento da agência; as pessoas na época comentavam que os policiais estavam fazendo a segurança da agência; sempre que ia ao BEC via policiais militares no local e dava para perceber que eles estavam fazendo a segurança da agência; [...] ouvia comentários de que a polícia militar fazia transporte de malotes de valores do BEC para o Banco do Brasil, mas nunca presenciou tal transporte; […]

Por sua vez, a testemunha José Ari de Almeida Castro Filho em seu depoimento (fls.161/162, e-SAJ) indicou que:

> [...] verificou no local manchas de sangue próximo à rampa que dá acesso à agência bancária, no estacionamento do banco; [...] é costume da polícia permanecer nas imediações das agências bancárias, e mais especificamente no BEC policiais ficavam no estacionamento e até dentro da agência do banco; [...] é comum a polícia fazer o transporte ou a escolta de valores para as agências bancárias [...] é do conhecimento da cidade que a polícia militar fazia transporte ou escolta de valores do BEC; […]

A tese recursal de inexistência de responsabilidade civil é apresentada de forma genérica, sem desconstituir os fatos comprovados durante a instrução, bem como não indicando as provas que acarretariam a modificação substancial da bem fundamentada sentença.

O simples fato de o tiro ter sido desferido por um policial militar não descaracteriza a responsabilidade civil da instituição financeira, ora apelante, mormente pela comprovação de que o agente, no momento da ocorrência do sinistro, encontrava-se nas dependências da instituição financeira, atuando verdadeiramente como seu preposto, fazendo então a segurança do local, e conforme relatos das testemunhas, possivelmente aguardando para a realização da escolta no transporte de valores provenientes daquela instituição.

No caso, é nítida a incidência do disposto no artigo 932, inciso III do Código Civil de 2002, pois, pela teoria da aparência e através das provas dos autos, o policial militar agia como verdadeiro preposto da instituição financeira, imputando-se a esta a responsabilidade civil pelo sinistro narrado nos autos. Segue transcrição do referido dispositivo:

> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
> [...]
> III - o empregador ou comitente, por seus empregados,

> serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
>
> Além disso, a citação da transcrição de trechos da sentença penal fortalece ainda mais a fundamentação ora apresentada. Certificou-se a autoria e materialidade do delito de homicídio culposo, o que impossibilita a discussão nestes autos (incidência do artigo 935 do Código de Civil de 2002). O fato ocorreu e se deu por um agente que atuara como preposto da instituição financeira promovida.
> Para a resolução da presente lide faz-se necessário analisar a distribuição do ônus da prova, que se dá nos termos do artigo 373 do Código de Processo Civil, incumbindo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito; e, ao réu, a existência de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, senão vejamos:
>
> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

De acordo com o sistema processual brasileiro, cada parte tem a faculdade de produzir prova favorável às suas alegações, mas da forma como é apresentado o dispositivo sobredito, as regras devem ser objetivas e fixas.

Não tendo a parte promovida, ora apelante, comprovado fato impeditivo ou extintivo do direito do autor, sua responsabilização é medida que se impõe.

Cabia à parte apelante fazer prova do que alegou, por se tratar de fato desconstitutivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC/1973 (correspondente ao art. 373, inciso II do CPC/2015). Sobre o ônus da prova, colhe-se ensinamento doutrinário de Ernane Fidélis dos Santos, *in litteris*:

> A regra geral é a de que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito (art. 333, I), e, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do

> direito do autor (art. 333, II). Fatos constitutivos são os que revelam ou constituem o direito do autor, cujo reconhecimento com as respectivas consequências é materializado no pedido [...]. Fato extintivo é aquele que tem força de fazer extinguir o direito que decorre de qualquer relação jurídica e ao qual correspondia obrigação do réu [...]. Fato impeditivo é circunstância não elementar do fato constitutivo, mas que lhe obstacula os efeitos [...] Fato modificativo altera as condições iniciais do gozo do direito pretendido [...]. A ideia de constitutividade, impedimento, modificação ou extinção do direito mantém-se com a mesma característica e, dependendo do fato sobre que vai atuar a prova, pode, no processo, não coincidir com a posição da parte que dela tem o ônus [...]. A regra que impera mesmo em processo é a de que quem alega o fato deve prová-lo [...].” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 443/444).

Cabe trazer à baila entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça que possui jurisprudência no mesmo sentido do entendimento ora demonstrado:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRESCRIÇÃO. DATA EM QUE OS VALORES FORAM DEVOLVIDOS AO ASSOCIADO. **ÔNUS DA RÉ.**
> **1. Compete ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, II, do CPC).** Assim não fazendo, suporta as consequências de sua inércia. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1045916 / PR, STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 03/03/2009, publicado no Dje 16/03/2009)

A obrigação de indenizar só é alcançada quando preenchidos os requisitos legais, quais sejam, a comprovação do dano sofrido (disparo acidental de arma de fogo nas dependências do banco que resultou na morte da vítima), a conduta lesiva (serviço prestado sem atender às

normas de segurança) e o nexo causal (notório) entre o dano e o ato lesivo (responsabilidade objetiva). Conforme verifica-se no caso em deslinde, os requisitos supramencionados foram preenchidos. Inteligência do disposto nos artigos 186 e 927 ambos do CC/2002.

Além do mais, por ser a instituição financeira prestadora de serviços, resta configurado o fato do serviço, acarretando-lhe a responsabilidade objetiva pelos danos causados aos consumidores, nos termos do art. 14 do CDC.

Seguem precedentes em casos análogos, que fundamentam e embasam o entendimento ora demonstrado:

> DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO À MÃO ARMADA OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTACIONAMENTO MANTIDO POR AGÊNCIA BANCÁRIA. OFERECIMENTO DE VAGA PARA CLIENTES E USUÁRIOS. CORRESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA E DA ADMINISTRADORA DO ESTACIONAMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.
> 1. A instituição bancária possui o dever de segurança em relação ao público em geral (Lei n. 7.102/1983), o qual não pode ser afastado por fato doloso de terceiro (roubo e assalto), não sendo admitida a alegação de força maior ou caso fortuito, mercê da previsibilidade de ocorrência de tais eventos na atividade bancária. 2. A contratação de empresas especializadas para fazer a segurança não desobriga a instituição bancária do dever de segurança em relação aos clientes e usuários, tampouco implica transferência da responsabilidade às referidas empresas, que, inclusive, respondem solidariamente pelos danos. 3. Ademais, o roubo à mão armada realizado em pátio de estacionamento, cujo escopo é justamente o oferecimento de espaço e segurança aos usuários, não comporta a alegação de caso fortuito ou força maior para desconstituir a responsabilidade civil do estabelecimento comercial que o mantém, afastando, outrossim, as excludentes de causalidade encartadas no

art. 1.058 do CC/1916 (atual 393 do CC/2002). 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp 844.186/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012)

RECURSO ESPECIAL DO BANCO BRADESCO S/A - RESPONSABILIDADE CIVIL - LATROCÍNIO OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTACIONAMENTO MANTIDO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - CASO FORTUITO - INEXISTÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO - CONFIGURAÇÃO - DIREITO DE ACRESCER PARA OS BENEFICIÁRIOS DE PENSÃO MENSAL - ADMISSIBILIDADE - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE A EXORBITÂNCIA DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS CASOS CONFRONTADOS - AUSÊNCIA - EXAGERO DA VERBA HONORÁRIA - NÃO OCORRÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO. RECURSO ESPECIAL DE MARCÍLIA NASCIMENTO E DE SUA FILHA - ERRO DE DIGITAÇÃO INOFENSIVO À IDENTIFICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL TIDO POR VIOLADO - IRRELEVÂNCIA - ART. 14, § 1º, DO CDC - COMANDO COM CONTEÚDO NORMATIVO DISSOCIADO DAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL - SÚMULA N. 284/STF - APLICAÇÃO - PRECLUSÃO - FALTA DE INDICAÇÃO PRECISA DOS DISPOSITIVOS TIDOS POR VIOLADOS - SÚMULA Nº 284 DO STF - INCIDÊNCIA - RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE MORTE - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS SOB O REGIME DE PENSÃO - SUBSTITUIÇÃO PELO PAGAMENTO ÚNICO E IMEDIATO DE VALOR ARBITRADO PELO JUIZ - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 948, II, E 950, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL - QUANTUM DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - IRRISÃO - CONFIGURAÇÃO - VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - AUSÊNCIA DE INSIGNIFICÂNCIA - REVISÃO NA VIA DO APELO NOBRE - INADMISSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A instituição bancária responde objetivamente pelos furtos, roubos e latrocínios ocorridos nas dependências de estacionamento que oferecera aos veículos de seus clientes. 2. Não há falar em caso fortuito nessas hipóteses como excludente da responsabilidade civil, porquanto o proveito financeiro indireto obtido pela instituição atrai-lhe o ônus de proteger o consumidor de eventuais furtos, roubos ou latrocínios. 3. O direito de acrescer é admissível nas hipóteses em que há mais de um beneficiário de pensão mensal paga em decorrência de ilícito civil. 4. Inviável é o recurso especial pela divergência, se inexistir semelhança fática entre os casos confrontados. 5. Não caracteriza deficiência de fundamentação do recurso especial o erro gráfico na indicação do dispositivo legal, quando a exposição inequívoca da questão jurídica controvertida tornar essa erronia inofensiva à identificação da norma realmente tida por vulnerada. 6. A desconexão do conteúdo normativo do dispositivo com as razões do recurso especial configura deficiência de fundamentação, a convocar a incidência da Súmula n. 284/STF. 7. A falta de indicação do preceito legal supostamente afrontado impede o exame da questão trazida no apelo nobre com base na alínea "a" do permissivo constitucional. 8. Em se tratando de responsabilidade civil decorrente de morte, a indenização dos danos materiais sob o regime de pensão mensal não pode ser substituída pelo pagamento, de uma só vez, de quantia estipulada pelo juiz. 9. Esta Corte somente deve intervir para aumentar o valor arbitrado a título de danos morais quando se evidenciar manifesta irrisão do *quantum*, o que ocorre *in casu*. 10. A via do recurso especial não credencia a discussão acerca da justiça do *quantum* arbitrado a título de honorários advocatícios, salvo em situações de flagrante exorbitância ou insignificância desse valor, o que não sucede *in casu*. 11. Recurso especial do Banco improvido. Recurso especial de Marcília Nascimento e de sua filha parcialmente provido. (REsp 1045775/ES, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 04/08/2009)

RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR. ASSALTO À AGÊNCIA BANCÁRIA. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE.

> Despicienda a análise de eventual conduta culposa por parte da instituição financeira-recorrente, visto ser objetiva a sua responsabilidade em hipóteses como a dos autos. Demais disso, em razão da previsibilidade, não configura o roubo evento de força maior, como pretendido. O valor arbitrado a título de danos morais pelos juízos ordinários não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando, portanto, a excepcional intervenção desta Corte para rever o *quantum* indenizatório. Recurso especial não conhecido. (REsp 694.153/PE, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 05/09/2005, p. 429)

O dano moral existente no caso é notório. A obrigação de indenizar só é alcançada quando preenchidos os requisitos legais, quais sejam, a comprovação do dano sofrido, a conduta lesiva e o nexo causal entre o dano e o ato lesivo (responsabilidade objetiva). Conforme verifica-se no caso em deslinde, os requisitos supramencionados foram preenchidos.

Reiteradamente tenho manifestado que os principais critérios para arbitramento de indenização por dano moral são prudência, moderação, equidade, as condições do réu em suportar o encargo, não aceitação do dano como fonte indevida de riqueza e caráter pedagógico punitivo. Variações podem surgir conforme as circunstâncias fáticas do evento danoso.

Adotando-se o método bifásico de fixação de indenização por dano moral, conforme utilizado pela jurisprudência do STJ, a sistemática analisa inicialmente um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes que apreciaram casos semelhantes. Em segunda fase, o juízo competente analisa as circunstâncias do caso para fixação definitiva do valor da indenização.

O método bifásico parece ser o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade de critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano. Desse modo cite-se os precedentes a seguir que orientaram a presente fixação:

(STJ - AgRg no REsp 1319170/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 03/02/2016 – Indenização por dano moral: **R$300.000,00 – trezentos mil reais**)

(STJ - REsp 1201244/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 13/05/2015 – Indenização por dano moral: **R$315.200,00 - trezentos e quinze mil e duzentos reais**)

(STJ - AgInt no AREsp 986.143/MA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 21/02/2017 - Indenização por dano moral: **R$100.000,00 - cem mil reais**);

[STJ - AgRg no REsp 1533178/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 26/11/2015 – Indenização por dano moral – equivalente a **300 (trezentos) salários mínimos**];

(TJCE - Apelação Cível 9605623-54.2000.8.06.0001, Relator (a): TEODORO SILVA SANTOS; Comarca: Fortaleza - Fórum Clóvis Beviláqua; Órgão julgador: 27ª Vara Cível; Data do julgamento: 25/10/2017; Data de registro: 25/10/2017 – Indenização por dano moral – **R$100.000,00 – cem mil reais**)

Vê-se pelos precedentes citados que o valor da indenização fixada pelo juízo *a quo* está desproporcional, na verdade, aquém dos valores fixados nos referidos precedentes.

No cotejo das circunstâncias de fato que envolveram o acontecimento e a repercussão na esfera do direito das partes, em atenção aos postulados da integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência nacional e local (artigo 926, *caput* do CPC/2015), acolhe-se a tese recursal apresentada no recurso adesivo da parte promovente, neste ponto, para fixar a importância de R$100.000,00 (cem mil reais) para cada parte promovente a título de indenização por dano moral, por ser adequada a compensar a lesão suportada, quantia que fica fixada nesta decisão. Incidência de juros

de mora de 1% ao mês desde o evento danoso (artigo 398, CC/02 e Súmula 54/STJ) e correção monetária segundo o INPC a partir da publicação da presente decisão (Súmula 362/STJ).

No tocante ao pleito de reforma dos danos materiais, apresentado pela empresa promovida, não merece acolhimento, tendo em vista que a fixação encontra-se nos termos da jurisprudência do STJ, bem como nos termos da referida tese recursal (fls.395; 415/416, e-SAJ).

Por fim, pelo provimento do recurso adesivo, altero o ônus sucumbencial, repartição de custas e honorários sucumbenciais. Fixa-se honorários sucumbenciais recursais os quais passam de 15% (quinze por cento) para 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, a ser suportado pela parte promovida, ora sucumbente, nos termos do artigo 85, §11 do CPC/2015 c/c Enunciado 241 aprovado no VII Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC.

Conclusões. Dispositivo.

Ante o exposto, CONHEÇO DOS RECURSOS, PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso adesivo das partes promoventes, nos termos do voto do relator. Por decorrência lógica, rejeita-se em sua integralidade o recurso apelatório apresentado pela empresa promovida.

É como voto.

Fortaleza, 21 de fevereiro de 2018.

PROCESSO: 0002181-42.2011.8.06.0067 - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA UNICA DA COMARCA DE CHAVAL
APELADO: GRIF APLICAÇÃO E DECORAÇÃO LTDA
RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. ICMS. COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. PROTOCOLO CONFAZ Nº 21/2011. DECRETO ESTADUAL Nº 30.452/2011. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADA, ANTE A POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DA AÇÃO MANDAMENTAL PARA DISCUTIR OS EFEITOS CONCRETOS DA LEGISLAÇÃO MENCIONADA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DESTINATÁRIO QUE É CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE. ILEGALIDADE DA COBRANÇA. INCIDÊNCIA DO ICMS PELA ALÍQUOTA INTERNA. ART. 155, §2º, VII, "b", CF. PRECEDENTES STF E TJCE.

1. No caso concreto, o presente *writ*, ao contrário do que fora aduzido pelo recorrente, foi manejado com o objetivo precípuo de sustar a cobrança do diferencial de alíquota com lastro no Protocolo Confaz nº 21/2011 e no Decreto Estadual nº 30.452/2011; ou seja, para discutir os efeitos concretos da legislação tributária supramencionada, o que afasta qualquer configuração de impetração

contra lei em tese. Preliminar de inadequação da via eleita rejeitada.

2. A Lei nº 8.437/92, ao vedar a concessão de liminar contra a Fazenda Pública, que tenha nítido perfil satisfativo, de sorte a esgotar o objeto da ação deve ser interpretada restritivamente, não havendo óbice para a sua concessão quando preenchidos os pressupostos das tutelas de urgência. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça.

3. Analisando o referido regime de tributação, verifica-se que o Protocolo nº 21/2011 encontra-se em confronto com disposição constitucional atinente ao Sistema Tributário Nacional, pois, embora autorize a cobrança da diferença de alíquota nas operações interestaduais quando o consumidor final não for contribuinte do imposto, o art. 155, §2º, VII, "b", da Constituição Federal determina que, quando houver transações entre dois Estados, em que o consumidor final não seja contribuinte do ICMS, o imposto é devido à unidade federal de origem, devendo ser adotada a alíquota interna.

4. Diante disso, constata-se que o Protocolo ICMS nº 21/2011 do CONFAZ disciplinou nova incidência tributária sobre as operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem ao consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial, não encontrando, portanto, amparo no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto afronta o princípio da estrita legalidade tributária, previsto no art. 150, inciso I, da Carta Magna. Precedentes STF e TJ/CE. Remessa Necessária e Apelação Cível conhecidas e desprovidas. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da Remessa Necessária e da Apelação Cível, mas para negar-lhes provimento, a fim de manter inalterada a sentença vergastada.

Fortaleza, 6 de fevereiro de 2017.

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e apelação cível interposta pelo Estado do Ceará contra sentença de fls. 112/119 proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Chaval, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Grif Aplicação e Decoração Ltda em face de ato imputado ao Chefe do Posto Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará em Chaval..

O impetrante alega, na inicial de fls. 02/19, que explora atividade econômica voltada à fabricação de mobiliários, atuando em nível nacional. Informa que, reiteradamente, é contratado para fornecimento de mobiliários a diversos clientes domiciliados em todo o País, inclusive no Estado do Ceará e que a entrega desses produtos está sendo obstaculizada pela Secretaria da Fazenda do Estado, em virtude de ilegal exigência de antecipação do ICMS, a ser recolhido pelo fornecedor ou pelo transportador quando da sua passagem pelo posto fiscal de entrada neste Estado.

Dessa forma, requer a concessão de medida liminar para o fim de ser reconhecida a ilegalidade e a inconstitucionalidade da cobrança de ICMS nos termos do Decreto nº 30.542/2011 e, no mérito, extinguir os créditos tributários constituídos, referentes à cobrança do ICMS, liberando as mercadorias, o caminhão apreendido e devolvendo-se as notas fiscais respectivas.

Devidamente citada, a autoridade coatora prestou informações às fls. 95/102, alegando, preliminarmente, a inadequação da via eleita, o que implicaria na extinção do feito sem resolução do mérito. Requereu ainda o indeferimento em definitivo do *writ*em relação à alegação de ilegalidade de cobrança do ICMS da carga líquida sobre o valor da operação interestadual realizada pela suplicante, ou seja, sobre o valor da nota fiscal referente a aquisição de produtos advindos de outro Estado da Federação.

A sentença às fls. 112/119: concedeu a ordem pleiteada no sentido de que sejam extintos os créditos tributários relativos ao ICMS descritos nos DAE (documentos de arrecadação estadual) de fls. 30/37 dos autos. Ratificou a decisão liminar de fls.84/89 dos autos, a qual determinou a liberação das mercadorias e do veículo automotor da autora. Sem custas e sem honorários.

Irresignado, o Estado do Ceará interpôs apelação às fls. 127/141, alegando a inadequação da via eleita e defendendo a legitimidade de políticas de proteção à economia local e de que não há vícios ou ilegalidade no protocolo ICMS CONFAZ 21/11, nem ao Decreto nº 30.452/2011 ora guerreados, havendo plena consonância com objetivo fundamental da República Brasileira, qual seja, a redução das desigualdades regionais. Assim, defende a constitucionalidade do referido protocolo.

Decorrido o prazo sem a apresentação das contrarrazões, conforme certidão de fls. 145.

Às fls. 160/169, a douta Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer, opinando pelo conhecimento da Apelação Cível, mas por seu desprovimento, a fim de manter incólume o teor da prestação jurisdicional recorrida.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da Remessa Necessária e da Apelação Cível.

Na espécie, discute-se a incidência normativa do regime especial de tributação instituído pelo Protocolo nº 21/2011 do CONFAZ,

ratificado pelo Estado do Ceará e regulamentado pelo Decreto Estadual nº 30.542/2011, política esta que teve por objetivo redimensionar a forma de cobrança, arrecadação, incidência e distribuição de receitas relacionadas ao ICMS quando o fato gerador tiver relação com circulações de mercadorias adquiridas por comércio não presencial.

Inicialmente, cumpre-se aduzir que a jurisprudência desta C. Corte de Justiça posiciona-se no sentido de que, havendo possibilidade dos efeitos da norma atingir concretamente o contribuinte, não há que se falar em lei em tese, sendo, portanto, cabível ação mandamental contra possível ato a ser praticado pela autoridade coatora em decorrência das disposições do Decreto nº 30542/2011 e do Protocolo ICMS nº 21/2011. À propósito:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. LIMINAR CONCEDIDA. SUSPENSÃO DA COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ICMS NAS OPERAÇÕES DE VENDAS INTERESTADUAIS NÃO PRESENCIAIS. VENDAS REALIZADAS ENTRE A AGRAVADA E CONSUMIDORES FINAIS NÃO CONTRIBUINTES DE ICMS. PRELIMINARES: A) IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO LIMINAR CONTRA A FAZENDA PÚBLICA; E, B) IMPOSSIBILIDADE DE IMPETRAR AÇÃO MANDAMENTAL CONTRA LEI EM TESE. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO: COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ICMS COM BASE NO DECRETO Nº 30.542/2011 E NO PROTOCOLO CONFAZ Nº 21/2011. INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA ILEGAL E ABUSIVA (...)
> 1 - Insurge-se contra a decisão que, em sede de mandado de segurança preventivo, ao conceder a medida liminar pleiteada, ordenou a suspensão de possível cobrança de diferencial de ICMS que venha ser praticada sobre operações de vendas interestaduais não presenciais, realizadas entre a agravada e consumidores finais não contribuintes de ICMS.
> 2 - Trato, por primeiro, as preliminares suscitadas: a) impossibilidade da concessão liminar contra a Fazenda Pública; e, b) impossibilidade de impetrar ação mandamental contra lei em tese.
> 3 - (…)

> **4 - Quanto à segunda preliminar - impossibilidade de impetrar ação mandamental contra lei em tese, de igual modo, não procede, porque, neste caso, o mandado de segurança contradita, em caráter preventivo, possível ato a ser praticado pela autoridade coatora em decorrência das disposições do Decreto nº 30542/2011 e do Protocolo ICMS nº 21/2011, e não o conteúdo normativo das legislações referidas, o que, a meu ver, afasta a tese de inadequação da via eleita. A propósito, colho precedentes jurisprudenciais: TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO E IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR. REJEITADAS. (...) A primeira, carência de ação, por inadequação da via eleita, porque o impetrante insurge-se não contra ato normativo em tese, mas contra um efeito concreto dele decorrente, haja vista, o caráter vinculativo e obrigatório da aplicação da norma pela Administração (CTN, art. 142). (...)** (MS 4243331201080600000 - Relator(a): FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA - Órgão julgador: Tribunal Pleno - Data de registro: 13/05/2011) (TJ/CE, Agravo de Instrumento nº 0075634-43.2012.8.06.0000, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Emanuel Leite Albuquerque, Publicado em: 21/11/2013)

Sobre o assunto, urge salientar que, versando sobre questão de natureza tributária, o mandado de segurança possui certas peculiaridades a serem observadas.

Isso porque é cediço que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e, portanto, obrigatória, não cabendo ao agente público o exame da oportunidade e conveniência no caso concreto. Sendo assim, ocorrendo um fato tributável, mesmo que em decorrência de normas que têm sua constitucionalidade contestada, a autoridade administrativa deve fazer o lançamento correspondente.

É nesse aspecto que exsurge a possibilidade de apreciação do mandado de segurança sem caracterizar combate a lei em tese, porquanto a edição do Decreto 30.542/2011 com lastro no Protocolo CONFAZ 21/2011

impõe que o Estado do Ceará faça incidir o ICMS também quando o fato gerador tiver relação com circulações de mercadorias adquiridas por comércio não presencial (*internet, telemarketing e showroom*).

Ademais disso, infere-se que, no caso específico dos autos, o presente *writ,* contrário do que fora aduzido pelo recorrente, foi impetrado com o objetivo precípuo de sustar "a exigibilidade dos créditos tributários constituídos, referente à cobrança do ICMS nos valores de R$ 373,95; R$ 82,32, R$ 225,82; R$ 33,74, R$ 32,48, R$ 48,75; R$ 16,47 e R$ 891,62 (docs.), liberando-se as mercadorias, o caminhão apreendidos e devolvendo-se as notas fiscais (n. 8504, 8506, 8505, 8509, 8510, 8511, 8512, 8513) (fls. 18/19), ou seja, para discutir os efeitos concretos da legislação tributária supramencionada, o que afasta qualquer configuração de impetração contra lei em tese.

Portanto, rejeita-se a preliminar de inadequação da via eleita.

Quanto à tese de impossibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública - de igual modo não procede, pois, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a Lei nº 8.437/92, ao vedar a concessão de liminar contra a Fazenda Pública, que tenha nítido perfil satisfativo, de sorte a esgotar o objeto da ação, deve ser interpretada restritivamente, não havendo óbice para a sua concessão quando preenchidos os pressupostos das tutelas de urgência. À propósito:

> EMENTA: ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. (...) **É possível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública, como instrumento de efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, sendo certo que a regra proibitiva, encartada no art. 1º, da Lei 9.494/97, reclama exegese estrita, por isso que, onde não há limitação não é lícito ao magistrado entrevê-la.**Precedentes do STJ: AgRg no REsp 945.775/DF, QUINTA TURMA, DJ de 16/02/2009; AgRg no REsp 726.697/PE, SEGUNDA TURMA, DJ de 18/12/2008; AgRg no Ag 892.406/PI, QUINTA TURMA, DJ 17/12/2007; AgRg no REsp 944.771/MA, SEGUNDA TURMA, DJ De 31/10/2008; MC 10.613/RJ, Rel. PRIMEIRA TURMA, DJ 08/11/2007; AgRg no Ag 427600/PA, PRIMEIRA TURMA, DJ 07/10/2002. (REsp

> 1070897/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 02/02/2010).
>
> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. 1. (...) 2. Contudo, no caso concreto, o deferimento do pedido liminar implicou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, que teve origem na lavratura de um auto de infração. **A concessão da medida liminar, na hipótese, além de ser autorizada pelo art. 151, V, do CTN, não é obstada pelas limitações legais invocadas pela Fazenda Estadual (art. 1º, § 3º da Lei 8.437/92, c/c o art. 1º da Lei 9.494/97).**3. (...) 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp 900672/RN, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 24/09/2008).

No mesmo sentido, traz-se à colação precedente desta C. Corte de Justiça ao analisar caso similar:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. **CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. PROTOCOLO CONFAZ N.º 21/2011.**COBRANÇA DE ICMS. COMPRA REALIZADA DE FORMA NÃO PRESENCIAL. CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA INTERNA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO AO ENTE FEDERADO DO REMETENTE DA MERCADORIA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 273 DO CPC. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> **1. A vedação legal de concessão de tutela antecipada contra o Poder Público deve ser interpretada restritivamente. Desde que preenchidos os pressupostos da tutela antecipatória previstos no artigo 273 do CPC, não há óbice à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Precedentes do STJ.** 2.Conforme disposto no art. 155, §

> 2º, VII, b da CF/88, ocorrida uma operação interestadual de venda direta de mercadoria a consumidor final do ICMS, que não seja contribuinte do tributo, aplicar-se-á, tão somente, a alíquota interna com o recolhimento do imposto ao ente federado do remetente da mercadoria. 3. A realização de repartição tributária do ICMS, prevista no Protocolo CONFAZ nº 21/2011, se mostra, em tese, manifestamente contrária ao regramento constitucional previsto no art. 155, § 2º, VII,b da CF/88. 4.O não recolhimento do ICMS exigido pelo Estado, com base no Protocolo CONFAZ nº 21/2011, enseja ao agravado, a possibilidade de sofrer apreensões de mercadorias, ocasionando, por conseguinte, prejuízo a si e até mesmo aos consumidores, que sofrerão com o atraso na entrega dos produtos adquiridos, notadamente tratando-se de produtos médico-hospitalares. 5. Presentes os requisitos da verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável, é de ser mantida a tutela antecipada para se evitar maiores prejuízos à parte. 6.Recurso conhecido e não provido. (TJCE, Agravo de Instrumento nº 0005274-20.2011.8.06.0000, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, Julgado em 04/06/2012).

No mérito, resta consignar que o Decreto Estadual de nº 30.542/2011, que estabelece procedimentos operacionais para aplicação do Protocolo ICMS nº 21/2011, admite às unidades federadas destinatárias a exigirem a parcela do ICMS devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire bem ou mercadoria de forma não presencial, conforme dispõe o art. 1º, *in verbis*:

> Art. 1.º: Nas entradas de mercadorias ou bens procedentes das unidades federadas signatárias do Protocolo ICMS nº 21/2011, em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de *internet*, *telemarketing*, *showroom* ou qualquer outra modalidade, será exigido, nos termos deste Decreto, a parcela do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - devida na operação interestadual.

Ocorre que, analisando o referido regime de tributação, verifica-se que o Protocolo nº 21/2011 encontra-se em confronto com disposição constitucional atinente ao Sistema Tributário Nacional.

Isso porque, conquanto o Decreto Estadual de nº 30.542/2011 autorize a cobrança da diferença de alíquota nas operações interestaduais quando o consumidor final não for contribuinte do imposto, o art. 155, §2º, VII, "b", da Constituição Federal determina que, quando houver transações entre dois Estados, em que o consumidor final não seja contribuinte do ICMS, o imposto é devido à unidade federal de origem, devendo ser adotada a alíquota interna. Veja-se:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> (…)
> **II** - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
> **§ 2.º** O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
> **VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:**
> (…)
> b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

Diante disso, constata-se que o Protocolo ICMS nº 21/2011 do CONFAZ disciplinou nova incidência tributária sobre as operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem ao consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial, não encontrando, portanto, amparo no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto afronta o princípio da estrita legalidade tributária, previsto no art. 150, inciso I, da Carta Magna.

Ao analisar casos similares, esta C. Corte de Justiça posicionou-se na mesma direção, consoante excertos jurisprudenciais abaixo transcritos:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. ALÍQUOTA ADICIONAL. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. LEI N. 14.237/08 e DECRETO Nº. 30.542/11. PROTOCOLO ICMS Nº. 21/2011. DESTINATÁRIO QUE É PESSOA JURÍDICA NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA. ART. 155, II, § 2º, VII, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES (TJCE). AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.
1. A forma de cobrança do ICMS, em operações interestaduais de bens adquiridos por pessoas físicas ou jurídicas não contribuintes do referido imposto criada pelo Estado do Ceará, através da Lei nº. 14.234/08 e Decreto nº. 30.542/11, que ratificou o Protocolo ICMS nº. 21/2011, não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A Constituição Federal é objetiva ao definir que nas referidas operações interestaduais adotar-se-á a alíquota interna, sendo o tributo devido exclusivamente para o Estado de origem, conforme estabelece o seu art. 155, II, § 2º, VII, alínea, b. 3. Deste modo, qualquer cobrança adicional de ICMS, de forma diversa da sistemática imposta pela Constituição Federal, afronta o Princípio da Estrita Legalidade Tributária, previsto no art. 150, I, da Constituição Federal. Precedentes deste TJCE. 4. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA. (TJ/CE, AI nº 0077618-62.2012.8.06.0000, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Vilauba Fausto Lopes, DJCE: 16/07/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. TRIBUTÁRIO. ICMS. RECOLHIMENTO DO TRIBUTO QUANDO DA ENTRADA DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS NÃO CONTRIBUINTES. CRIAÇÃO DE NOVA ESPÉCIE TRIBUTÁRIA POR DECRETO E EXIGÊNCIA DE EXAÇÃO.

ILEGALIDADE. SITUAÇÃO NÃO CONTEMPLADA PELA LEI ESTADUAL Nº. 14.237/2008. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE ESTRITA. INTELIGÊNCIA DOS ART. 37, 150, I e 155, VII, B TODOS DA CF/88. APREENSÃO DE MERCADORIAS COM FINALIDADE DE PAGAMENTO DE TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 323 DO STF E 31 DESTE TRIBUNAL (TJCE). RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ/CE, AI nº.º 3900286201080600000, 6ª Câmara Cível, Relatora: Des. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA, Data de registro: 05/07/2012).

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. CARGA LÍQUIDA. INCIDÊNCIA E APLICAÇÃO DE VÁRIAS ALÍQUOTAS SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS E INTERMUNICIPAIS ADQUIRIDAS POR CONSUMIDORES FINAIS E NÃO CONTRIBUINTES. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-INCIDÊNCIA. SITUAÇÃO NÃO AMPARADA PELO ART. 11 DA LEI Nº 14.237/2008. INCIDÊNCIA DO ICMS PELA ALÍQUOTA INTERNA. SEGURANÇA DEFERIDA.

1. A questão em apreço gira em torno da incidência e aplicação das várias alíquotas de ICMS sobre operações interestaduais ou intermunicipal de circulação de mercadorias e produtos e de prestação de serviços adquiridos por pessoa física, não contribuinte, para uso próprio. 2. No caso do autos, o impetrante não desempenha, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial. Na verdade o impetrante adquiriu de dois fornecedores sediados na cidade de São Paulo/SP, móveis e utensílios destinados a decoração de seu apartamento, onde reside com esposa e filhas, logo, conclui-se que é o consumidor final dos produtos em comento. 3. O artigo 155, § 2º, inciso VII alínea b, da Constituição Federal prevê ser devida a cobrança do ICMS em relação as operações e prestações que destinem bens e serviços a CONSUMIDOR FINAL localizado em outro Estado, adotando-se a alíquota interna, quando o destinatário for não contribuinte desse imposto. 4. Temos a certeza portanto, NÃO ser devida a cobrança do diferencial de alíquota de ICMS, por parte

> do Estado do Ceará, sobre as operações interestaduais efetuadas por consumidores para a aquisição de produtos SEM OBJETIVO DE COMERCIALIZAÇÃO. 5. Assim, por não configurar a operação em apreço "intuito comercial" e "habitual", deve-se observar a orientação já consagrada Superior Tribunal Justiça no sentido de que "incide o ICMS pela alíquota interna, no Estado em que ocorre a saída da mercadoria para o consumidor final, mesmo que o negócio tenha se realizado por meio de filial instalada em outro Estado-membro " (REsp 122.405/MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 13.03.2000), 6. Segurança concedida. 7. Sem custas, em face de isenção legal (Lei estadual n. 12.381/94, art. 10, inc. III). Sem condenação em honorários advocatícios (Súmula 512, do STF, e Súmula 105, do STJ). (TJ/CE, Proc. N.º 38936331201080600010, Tribunal Pleno, Relator: Des. FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA, Data de registro: 23/05/2011)

Outro não foi o entendimento firmado pelo Excelso Pretório:

> Ementa: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL (ICMS). PRELIMINAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PRESENÇA DE RELAÇÃO LÓGICA ENTRE OS FINS INSTITUCIONAIS DAS REQUERENTES E A QUESTÃO DE FUNDO VERSADA NOS AUTOS. PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011. ATO NORMATIVO DOTADO DE GENERALIDADE, ABSTRAÇÃO E AUTONOMIA. MÉRITO. COBRANÇA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PELO ESTADO DE DESTINO NAS HIPÓTESES EM QUE OS CONSUMIDORES FINAIS NÃO SE AFIGUREM COMO CONTRIBUINTES DO TRIBUTO. INCONSTITUCIONALIDADE. HIPÓTESE DE BITRIBUTAÇÃO (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VII, B). OFENSA AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO (CRFB/88, ART. 150, IV). ULTRAJE À LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (CRFB/88, ART. 150, V). VEDAÇÃO À

COGNOMINADA GUERRA FISCAL (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VI). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS A PARTIR DO DEFERIMENTO DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR, RESSALVADAS AS AÇÕES JÁ AJUIZADAS.

1. A Confederação Nacional do Comércio - CNC e a Confederação Nacional da Indústria - CNI, à luz dos seus fins institucionais, são partes legítimas para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade que impugna o Protocolo ICMS nº 21, *ex vi* do art. 103, IX, da Lei Fundamental de 1988, posto representarem, em âmbito nacional, os direitos e interesses de seus associados. 2. A modificação da sistemática jurídico-constitucional relativa ao ICMS, inaugurando novo regime incidente sobre a esfera jurídica dos integrantes das classes representadas nacionalmente pelas entidades arguentes, faz exsurgir a relação lógica entre os fins institucionais a que se destinam a CNC/CNI e a questão de fundo versada no Protocolo adversado e *a fortiori* a denominada pertinência temática (Precedentes: ADI 4.364/SC, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ.: 16.05.2011; ADI 4.033/DF, Plenário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ.: 07.02.2011; ADI 1.918/ES-MC, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ.: 19.02.1999; ADI 1.003-DF, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 10.09.1999; ADI-MC 1.332/RJ, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ.: 06.12.1995). 3. O Protocolo ICMS nº 21/2011 revela-se apto para figurar como objeto do controle concentrado de constitucionalidade, porquanto dotado de generalidade, abstração e autonomia (Precedentes da Corte: ADI 3.691, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ.: 09.05.2008; ADI 2.321, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 10.06.2005; ADI 1.372, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 03.04.2009). 4. Os Protocolos são adotados para regulamentar a prestação de assistência mútua no campo da fiscalização de tributos e permuta de informações, na forma do artigo 199 do Código Tributário Nacional, e explicitado pelo artigo 38 do Regimento Interno do CONFAZ (Convênio nº 138/1997). Aos Convênios atribuiu-se competência para delimitar hipóteses de concessões de isenções, benefícios e incentivos fiscais, nos moldes do artigo 155, § 2º, XII, g, da

CRFB/1988 e da Lei Complementar nº 21/1975, hipóteses inaplicáveis *in casu*. 5. O ICMS incidente na aquisição decorrente de operação interestadual e por meio não presencial (*internet, telemarketing, showroom*) por consumidor final não contribuinte do tributo não pode ter regime jurídico fixado por Estados-membros não favorecidos, sob pena de contrariar o arquétipo constitucional delineado pelos arts. 155, § 2º, inciso VII, b, e 150, IV e V, da CRFB/88. 6. A alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte do ICMS, é devida à unidade federada de origem, e não à destinatária, máxime porque regime tributário diverso enseja odiosa hipótese de bitributação, em que os signatários do protocolo invadem competência própria daquelas unidades federadas (de origem da mercadoria ou bem) que constitucionalmente têm o direito de constar como sujeitos ativos da relação tributária quando da venda de bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outra unidade da Federação. 7. O princípio do não confisco, que encerra direito fundamental do contribuinte, resta violado em seu núcleo essencial em face da sistemática adotada no cognominado Protocolo ICMS nº 21/2011, que legitima a aplicação da alíquota interna do ICMS na unidade federada de origem da mercadoria ou bem, procedimento correto e apropriado, bem como a exigência de novo percentual, a diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna, a título também de ICMS, na unidade destinatária, quando o destinatário final não for contribuinte do respectivo tributo. 8. O tráfego de pessoas e bens, consagrado como princípio constitucional tributário (CRFB/88, art. 150, V), subjaz infringido pelo ônus tributário inaugurado pelo Protocolo ICMS nº 21/2011 nas denominadas operações não presenciais e interestaduais. 9. A substituição tributária, em geral, e, especificamente para frente, somente pode ser veiculada por meio de Lei Complementar, a teor do art. 155, § 2º, XII, alínea b, da CRFB/88. *In casu*, o protocolo hostilizado, ao determinar que o estabelecimento remetente é o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS em favor da unidade federada destinatária vulnera a exigência de lei em sentido formal (CRFB/88, art. 150, § 7º) para instituir uma nova modalidade de substituição. 10. Os Estados membros, diante de um cenário que lhes seja

desfavorável, não detém competência constitucional para instituir novas regras de cobrança de ICMS, em confronto com a repartição constitucional estabelecida. 11. A engenharia tributária do ICMS foi chancelada por esta Suprema Corte na ADI 4565/PI-MC, da qual foi relator o Ministro Joaquim Barbosa, assim sintetizada: a) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final contribuinte do imposto: o estado de origem aplica a alíquota interestadual, e o estado de destino aplica a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, propiciando, portanto, tributação concomitante, ou partilha simultânea do tributo; Vale dizer: ambos os Estados cobram o tributo, nas proporções já indicadas; b) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final não-contribuinte: apenas o estado de origem cobra o tributo, com a aplicação da alíquota interna; c) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a quem não é consumidor final: apenas o estado de origem cobra o tributo, com a aplicação da alíquota interestadual; d) Operação envolvendo combustíveis e lubrificantes, há inversão: a competência para cobrança é do estado de destino da mercadoria, e não do estado de origem. 12. A Constituição, diversamente do que fora estabelecido no Protocolo ICMS nº 21/2011, dispõe categoricamente que a aplicação da alíquota interestadual só tem lugar quando o consumidor final localizado em outro Estado for contribuinte do imposto, a teor do art. 155, § 2º, inciso VII, alínea g, da CRFB/88. É dizer: outorga-se ao Estado de origem, via de regra, a cobrança da exação nas operações interestaduais, excetuando os casos em que as operações envolverem combustíveis e lubrificantes que ficarão a cargo do Estado de destino. 13. Os imperativos constitucionais relativos ao ICMS se impõem como instrumentos de preservação da higidez do pacto federativo, *et pour cause*, o fato de tratar-se de imposto estadual não confere aos Estados membros a prerrogativa de instituir, *sponte sua*, novas regras para a cobrança do imposto, desconsiderando o altiplano constitucional. 14. O Pacto Federativo e a Separação de Poderes, erigidos como limites materiais pelo constituinte originário, restam ultrajados pelo Protocolo nº 21/2011, tanto sob o ângulo formal quanto material, ao criar um cenário de guerra fiscal difícil de ser

> equacionado, impondo ao Plenário desta Suprema Corte o dever de expungi-lo do ordenamento jurídico pátrio. 15. Ação direta de inconstitucionalidade julgada PROCEDENTE. Modulação dos efeitos a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas.
> (ADI 4628, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014)

Isto posto, amparado nos precedentes citados, bem como no parecer lançado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, conheço da Remessa Necessária e da Apelação Cível, mas para negar-lhes provimento, mantendo incólume a sentença vergastada.

Expedientes necessários.

Fortaleza, 6 de fevereiro de 2017.

PROCESSO: 0003499-20.2010.8.06.0124 – APELAÇÃO
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: JOÃO ALVES DE BRITO
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE PRISÃO ILEGAL. ATO OMISSIVO. MANUTENÇÃO DE NOME EM CADASTRO DE MANDADO DE PRISÃO EM ABERTO. AVERIGUAÇÃO DA CULPABILIDADE. NEGLIGÊNCIA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CARACTERIZAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. VALOR INDENIZATÓRIO. PROPORCIONABILIDADE.
PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO DA INDENIZAÇÃO FIXADA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A presente lide versa sobre reparação de danos morais em decorrência de prisão e manutenção ilegal em custódia de João Alves de Brito em razão do mesmo constar equivocadamente em cadastro da Administração Pública em que se informava a existência de mandado de prisão em aberto sob o mesmo.

2. A tese primordial apresentada pelo Estado do Ceará gira em torno da ausência de responsabilidade objetiva da Administração Pública em face do ato de detenção do autor ter sido praticado por policiais rodoviários federais.

3. No contexto da responsabilidade civil cabe averiguar os elementos necessários para caracterizar a culpabilidade estatal pela alegada omissão quanto aos dados constantes sobre o Apelado que ensejaram a sua prisão e manutenção da custódia. Ora, o Estado do Ceará não afasta em suas razões recursais a tese da subsistência irregular do nome do Autor/Recorrido no sistema de cadastro criminal – INFOSEG – mesmo após não constar mais pendências da parte em relação a cumprimento de pena, inexistindo motivo legal para deter a parte recorrida.

4. Conclui-se do exposto, que não se pode afastar a responsabilização do Estado do Ceará pela prisão ilegal delineada sob o pálido argumento de que o ato de detenção tenha ocorrido por ato da Polícia Rodoviária Federal, quando analisados e demonstrados à saciedade os elementos da culpa, em especial a negligência na atuação administrativa em retirar o nome do Apelado no rol de mandados de prisão em aberto.

5. O valor fixado deve ser arbitrado em patamar razoável, conforme os preceitos da proporcionalidade e razoabilidade, não se olvidando as peculiaridades do caso concreto.

6. Reputa-se adequado o valor atribuído pelos danos morais, fixados pelo Magistrado de plano, em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), uma vez que o ato causador do dano decorreu de ato omissivo, devendo a reparação adequar-se, de modo equilibrado, à negligência estatal e seus efeitos.

7. 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 e negar provimento a Apelação Cível nº 0003499-20.2010.8.06.0124, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 11 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível ajuizada pelo Estado do Ceará em contrariedade a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Milagres, que ao decidir a Ação Indenizatória promovida por João Alves de Brito, julgou parcialmente procedente a pretensão do autor para condenar o ente estatal aos danos morais no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescidos de juros e correção monetária.

Em sua peça recursal, fls. 291/298, o Estado do Ceará narra que inexiste conduta a ser imputada à Administração Pública, pois o autor afirma que foi detido em posto da Polícia Rodoviária Federal, instituição vinculada à União, não podendo ser responsabilizado pela conduta de agentes que não lhe são vinculados administrativamente.

Disserta que o Autor, mesmo ciente da constância equivocada de seu nome em cadastro de mandado de prisão em aberto por dilatado período, manteve-se inerte em corrigir administrativamente o erro perante o Poder Judiciário. Afirma ser desarrazoada a iniciativa autoral em solicitar ressarcimento por hipotéticos danos morais causados.

Discorre que a parte adversa não passou por qualquer situação vexatória, e que a prisão indevida do Apelado não poderia render-lhe a quantia condenatória arbitrada em razão da desproporcionalidade patente do montante condenatório imposto, e aponta como devida a quantia de R$ 6.000,00 (seis mil reais) por dia que permaneceu em custódia do Estado.

Ao término, pugna pela reforma da sentença e julgar improcedente o pleito da parte recorrida, e acaso ultrapassado tal questionamento, postula pela necessidade de moderação na fixação dos danos morais arbitrados, uma vez que a condenação do Ente Público resultará em prejuízo para a coletividade.

Devidamente intimado do feito, o Apelado deixou transcorrer o prazo processual sem nada apresentar ou requerer nos autos, cf. fl. 302.

Os autos foram encaminhados ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflito – NUPEMEC (fl. 312), contudo em petição de fls. 318/319, o Apelado enuncia não dispor de condições para arcar as despesas referentes ao comparecimento à audiência.

É o relatório.

VOTO

A presente lide versa sobre reparação de danos morais em decorrência de prisão e manutenção ilegal em custódia de João Alves de Brito em razão do mesmo constar equivocadamente em cadastro da Administração Pública em que se informava a existência de mandado de prisão em aberto.

A tese primordial apresentada pela Estado do Ceará gira em torno da ausência de responsabilidade objetiva da Administração Pública em face do ato de detenção do autor ter sido praticado por policiais rodoviários federais.

Contudo, restou demonstrado no conjunto probatório apresentado nos autos que o Apelado respondeu a Ação Penal nos idos de 1991, sendo preso e posteriormente reconhecida a prescrição pelo crime e extinta a punibilidade do mesmo em sentença. A jurisprudência e doutrina assinalam que a responsabilidade estatal derivada de ato omissivo somente incidirá quando restarem presentes os elementos que caracterizam a culpa. Sobre o tema, colho dos ensinamentos do administrativista José dos Santos Carvalho Filho:

> O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos – o fato administrativo, o dano e o nexo causal. Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos. (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013.- São Paulo : Atlas, 2014, p. 571/573) (sublinhados nossos).

Assim, no contexto da responsabilidade civil cabe averiguar os elementos necessários para caracterizar a culpabilidade estatal pela alegada omissão quanto aos dados constantes sobre o Apelado que ensejaram a sua prisão e manutenção da custódia. Ora, o Estado do Ceará não afasta em suas razões recursais a tese da subsistência irregular do nome do Autor/Recorrido no sistema de cadastro criminal – INFOSEG – mesmo após não constar mais pendências da parte em relação a cumprimento de pena, inexistindo motivo legal para deter a parte recorrida.

Na seara da responsabilidade civil por atos omissivos devem ser apurados os elementos inerentes a culpa - imprudência, negligência e imperícia. No caso em apreço, a Polícia Rodoviária Federal identificou o motivo da detenção do recorrido, na data de 24 de março de 2010 – "mandado de prisão em aberto", conforme fl. 39. Contudo, de acordo com Certidão exarada pela 21ª Delegacia Regional de Polícia de Brejo Santo registra que "o acusado não tem contra si qualquer ação criminal em trâmite ou efetivamente julgada".

A propósito, colaciono precedentes do Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo o dever da Administração Pública indenizar quando subsistente ilegalidade da prisão, mesmo que por curto período de

encarceramento do recorrido, sendo inquestionáveis os danos morais por ele sofridos.

PROCESSUAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. REVISÃO DO *QUANTUM* FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.
1. No que diz respeito ao *quantum* arbitrado a título de danos morais, prevalece no âmbito desta Corte o entendimento de que somente é admitida a sua revisão na hipótese em que ele tenha sido fixado em valor irrisório ou abusivo, o que não ocorre no caso dos autos, em que o montante de R$ 18.660,00 (dezoito mil e seiscentos e sessenta reais) não se distancia dos padrões de razoabilidade, não se caracterizando como excessivo e, portanto, não merecendo ser alterado, aplicável na espécie, a Súmula 7/STJ. Precedentes: AgInt no AREsp 889142/AC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 06/10/2016; AgRg no AREsp 850954/CE, Rel. Min. Sergio Kukina, Primeira Turma, 28/03/2016; AgRg no AREsp 799554/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, 05/02/2016.
2. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 923.414/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO ILEGAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
I. Agravo interno interposto contra decisão monocrática publicada em 20/06/2016, que, por sua vez, julgara recurso contra decisão publicada na vigência do CPC/73.

II. Trata-se, na origem, de ação ajuizada em desfavor do ESTADO DE PERNAMBUCO, objetivando o pagamento de indenização por danos morais, decorrentes de indevida prisão em flagrante.
III. No caso, o Tribunal de origem, à luz dos elementos fáticos dos autos, consignou que, "inobstante o curto período de encarceramento da recorrente, um dia, é flagrante a ilegalidade da prisão, bem como inquestionáveis são os danos morais por ela sofridos". Conclusão em contrário, com a verificação da ocorrência dos pressupostos legais da prisão, e, ainda, da ocorrência do dano moral, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.
IV. Consoante jurisprudência desta Corte, "o Tribunal *a quo*, com base no acervo probatório dos autos, decidiu que foi comprovada a ocorrência de prisão ilegal. Desse modo, é inviável, em recurso especial, o reexame da matéria fática constante dos autos, por óbice da Súmula 7/STJ" (STJ, AgRg no AREsp 363.185/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 15/12/2014).
V. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 916.125/PE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 13/02/2017).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE PRISÃO ILEGAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. AUSÊNCIA. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
I. Agravo interno interposto contra decisão publicada em 22/08/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/73.
II. Trata-se, na origem, de ação indenizatória proposta pela parte ora agravada, requerendo a condenação do Estado de Goiás em indenização por danos morais, decorrentes de prisão indevida. O Juízo de 1º Grau julgou parcialmente procedente a ação, para condenar o Estado de Goiás a pagar, à autora, a

> quantia de R$ 10.000,00, a título de indenização por danos morais. O Tribunal de origem, à luz das provas dos autos, reformou a sentença, para majorar o *quantum* indenizatório e fixá-lo em R$ 20.000,00.
> III. Não há falar, na hipótese, em violação aos arts. 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.
> IV. No que diz respeito ao *quantum* indenizatório, considerando a fundamentação adotada na origem, o acórdão recorrido somente poderia ser modificado mediante o reexame dos aspectos concretos da causa, o que é vedado, no âmbito do Recurso Especial, pela Súmula 7 desta Corte. No mesmo sentido, em casos análogos: STJ, AgInt no AREsp 912.832/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/08/2016; REsp 1.540.567/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/09/2015; AgRg no AREsp 611.415/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/03/2015; AgRg no AREsp 1.040/PE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/04/2011. V. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 949.546/GO, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 19/12/2016).

Conclui-se do exposto, que não se pode afastar a responsabilização do Estado do Ceará pela prisão ilegal delineada sob o pálido argumento de que o ato de detenção tenha ocorrido por ato da Polícia Rodoviária Federal, quando analisados e demonstrados à saciedade os elementos da culpa, em especial a negligência na atuação administrativa em retirar o nome do Apelado no rol de mandados de prisão em aberto.

No que se refere a reparação pelos danos morais sofridos, deve-se atentar que o dano moral configura-se em desrespeito e negligência que

ocasionam à vítima relevante sensação de dor, humilhação, insatisfação ou gravame e somente pode ser verificado quando presentes o ato ilícito e o dano causado. Ademais, o dano moral é essencialmente extrapatrimonial, imaterial, devendo ser determinado o *quantum* indenizatório, haja vista ser indeterminável pecuniariamente.

A dificuldade em determinar o *quantum* a ser estipulado em face do dano moral causado já foi, inclusive, discutido anteriormente pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, considerando-se árduo mister do julgador fixar valor em pecúnia para sanar, ou pelo menos tentar minorar, o malefício causado pelo vetor do gravame. Segue trecho do voto do Exmo Min. Sidnei Beneti:

> No que concerne ao valor do arbitramento, porquanto em se tratando de dano moral, cada caso, consideradas as circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, a forma e o tipo de ofensa, bem como suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima, cada caso, repita-se, reveste-se de características que lhe são próprias, o que os faz distintos uns dos outros. Assim, ainda que, objetivamente, sejam bastante assemelhados, no aspecto subjetivo são sempre diferentes. Por isso, é muito difícil, nessas situações, apreciar-se um recurso especial com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional. É em razão dessa dificuldade que, na 2ª Seção, acertou-se não mais conhecer-se de embargos de divergência quando a discrepância reside em disparidade de valores, em condenações por dano moral, por fatos objetivamente, na aparência, iguais. Daí, a dificuldade, quase intransponível, de se alterar, em âmbito de recurso especial, a quantificação fixada no tribunal de origem, a título de reparação. Em consequência, este colendo Tribunal, por suas turmas de Direito Privado, só tem alterado os valores assentados na origem quando realmente exorbitantes ou, ao contrário, quando o arbitrado pela ofensa é tão diminuto que, em si mesmo, seja atentatório à dignidade da vítima. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 804042, Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI, Data da Publicação 01/12/2008).

Como cita com sabedoria e clareza o Exmo. Ministro Sidnei Beneti, em trecho do voto acima destacado, devem ser consideradas as circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, a forma e o tipo de ofensa, bem como reflexos no mundo interior e exterior da vítima.

Sendo assim, constata-se que o valor fixado deve ser arbitrado em patamar razoável, conforme os preceitos da proporcionalidade e razoabilidade, não se olvidando as peculiaridades do caso concreto. Dessa feita, reputo adequado o valor atribuído pelos danos morais, fixados pelo Magistrado de plano, em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescidos de juros moratórios contados a partir do evento danoso, teor do enunciado de Súmula de nº 54, do STJ; bem como fixada correção monetária do montante indenizatório a partir da data de publicação da sentença, nos termos do enunciado da Súmula de nº 362, do STJ, sendo tal quantia adequada ao montante cobrado e ao gravame sofrido pelos danos morais causados, considerando-se as premissas apresentadas e em conformidade com os precedentes dos tribunais superiores.

Observa-se que em momento pretérito, esta Câmara já definiu montante indenizatório de igual patamar:

> CONSTITUCIONAL. CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. DANO MORAL. ESTIPULAÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AOS PRECEDENTES DO STJ EM CASOS ANÁLOGOS. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DO RÉU CONHECIDAS E PARCIALMENTE PROVIDAS.
> ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Reexame Necessário e Apelação Cível ACORDAM os Desembargadores membros da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da Remessa Necessária e da Apelação do réu julgando-as parcialmente procedentes, para reconhecer a ocorrência da prisão ilegal e do dever de reparar o dano moral sofrido, reduzindo o montante da indenização para 20.000,00 (vinte mil reais) em favor de cada um dos autores, adequando a condenação aos precedentes do STJ

referentes ao assunto. Fortaleza, 24 de fevereiro de 2016 DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA Presidente do Órgão Julgador e Relatora . (Relator (a): MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 6ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 24/02/2016; Data de registro: 24/02/2016).

Isto posto, e consoante as disposições acima transcritas, CONHEÇO da Apelação interposta, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se a condenação do estado do Ceará pelos danos morais causados ao Sr. João Alves de Brito no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescidos de juros moratórios contados a partir do evento danoso (Súmula de nº 54, do STJ: os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual) e correção monetária do montante indenizatório a partir da data de publicação da sentença (Súmula de nº 362, do STJ: A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento).

É como voto.

Fortaleza, 11 de abril de 2018.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004136-05.2015.8.06.0153
APELANTE: MUNICÍPIO DE QUIXELÔ
APELADO: FRANCISCO SILVA DO CARMO
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. REMOÇÃO DE SERVIDOR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANIFESTO DESVIO DE FINALIDADE. ATO NULO. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. A lide em comento cinge-se em analisar se o ato administrativo que removeu o servidor impetrante/recorrido, médico concursado, preencheu os requisitos legais autorizadores da medida;

2. É imprescindível a motivação do ato administrativo ensejador da remoção de servidor público, sob pena de violação dos princípios constitucionais do art. 37 da CF/88, dentre eles o da impessoalidade e o da moralidade;

3. Embora a remoção de servidor público seja ato que se sujeita ao interesse da Administração, na transferência compulsória de profissional de uma unidade de saúde para outra localidade, sob pena de violação ao princípio constitucional da impessoalidade, é necessária a observância de critérios objetivos a serem devidamente escandidos na motivação do ato;

4. Nos autos, observa-se que o ato de remoção apresenta motivação genérica e meramente formal, o que equivale dizer ausente de motivação, tornando-o ilegal nos termos do entendimento ora delineado;

5. Recurso de Apelação Cível e Reexame Necessário conhecidos e desprovidos.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara de Direito Público, por julgamento de Turma e à unanimidade, em conhecer e desprover os recursos necessário e voluntário, mantendo em sua integralidade a sentença vergastada, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 26 de fevereiro de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível e Reexame Necessário com vistas à reforma da sentença acostada às fls. 295/304, proferida pelo MM Juiz de Direito da Comarca de Quixelô e que concedeu a segurança pleiteada pelo impetrante.

Na origem, cuidava-se de Mandado de Segurança impetrado por FRANCISCO SILVA DO CARMO com vistas a desconstituir ato supostamente ilegal proferido pela PREFEITA DE QUIXELÔ que o removeu de seu local de trabalho, sem a devida motivação do respectivo ato.

Inconformado, o ente público ingressou com Recurso de Apelação (fls. 317/324), por meio do qual alega que a remoção de servidores encontra-se entre os poderes discricionários da administração pública, inexistindo ilegalidade na remoção do impetrante/recorrido.

Não houve interposição de contrarrazões, conforme certidão de fl. 327.

Empós, subiram os autos a esse Egrégio Tribunal de Justiça, sendo encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que às fls. 339/343 apresentou manifestação pelo conhecimento e desprovimento dos recursos voluntário e necessário.

É o relatório.

Fortaleza, 26 de fevereiro de 2018.

VOTO

Feito em ordem, não se vislumbrando, em seus aspectos formais, nenhum vício capaz de inquinar-lhe alguma nulidade, estando corretamente preenchidos os pressupostos processuais do feito, as condições da ação, bem como os pressupostos necessários ao conhecimento dos recursos voluntário e necessário.

A lide em comento cinge-se em analisar se o ato administrativo que removeu o servidor impetrante preencheu os requisitos legais autorizadores da medida.

Inicialmente, é de suma pertinência ressaltar que o mandado de segurança é uma ação constitucional que visa proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Seu objeto é um ato omissivo ou comissivo praticado com ilegalidade ou abuso de poder por uma autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de suas atribuições.

Dispõe a Constituição no art. 5º, LXIX, ***in verbis***:

> Concede-se-á a mandato de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas corpus" ou "habeas data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. (grifamos).

Nesta seara, avulta-nos observar o entendimento do Ruy Barbosa Nogueira, em seu livro Curso de Direito Tributário, ***ad litterarum***:

> "A expressão direito líquido e certo significa fato líquido e direito certo, isto é, cabe a proteção rápida do mandado de segurança no conflito em que não haja necessidade de apuração da relação fática, porque a ser impetrada a ordem, o fato já é líquido e transparente, bastando ao juiz fazer a sua

> subsunção às normas vigentes e eficazes. Em outras palavras, basta-lhe demonstrar a qualificação normativa do fato líquido e reafirmar direito certo, determinando ao inadimplente a sua observância, sob as penas da Lei" (Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 281-282). (grifos nossos).

Observe-se que o ato contra o qual se impetra um mandado de segurança terá que ser manifestamente ilegal ou abusivo para que seja autorizada a concessão dessa ação mandamental.

Na matéria ora em debate, é sabido que a transferência ou remoção de um servidor público sempre deve atender o interesse da Administração Pública. Ocorre que, sendo o impetrante concursado e efetivado no cargo, deve haver uma declaração do motivo do ato de transferência praticado pela autoridade pública.

É imprescindível a motivação do ato administrativo ensejador da remoção de um servidor público, sob pena de violação dos princípios constitucionais do art. 37 da CF, dentre eles o da impessoalidade e o da moralidade.

Nos autos, observa-se que o impetrante, médico municipal, exercia suas funções na localidade de Vila Antonico, tendo sido removido para uma nova lotação diametralmente oposta em relação à sede municipal e bem mais distante do local anterior.

Efetivamente, do cotejo da prova colacionada aos autos não há como aferir se a remoção do servidor se deu por descompasso político. Aqui se deve apenas analisar a legalidade do ato, sem imiscuir-se no seu mérito.

Em que pese os argumentos trazidos aos autos pela administração municipal, constata-se que o ato de remoção se deu de inopino, sem que existisse um procedimento administrativo ou uma fundamentação (motivação) fática que denotasse a *necessidade* da transferência.

Com efeito, a remoção do servidor público é um ato relacionado com o interesse do serviço, porém não isenta o administrador de justificar tal lotação, bem como de estabelecer critérios objetivos para a sua feitura.

Nesse contexto, ocorreu uma violação a direito líquido e certo, face à ausência de motivação do ato administrativo, principalmente por

prejudicar interesses do servidor público. Com isso, tem-se uma inobservância ao princípio constitucional da impessoalidade e da moralidade, que possibilitam a desconfiança de favoritismo ou perseguição, mesmo que esse fato não tenha efetivamente ocorrido.

Nesse sentido, a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *in verbis*:

> REMESSA OBRIGATÓRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. TRANSFERÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. DESVIO DE FINALIDADE CONSTATADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Havendo elementos nos autos comprovando que o ato de transferência ou remoção *ex officio* de servidor padece de vício de desvio de finalidade, o agente público deve ser mantido na lotação anterior. 2. **Em que pese ser o remanejamento do servidor público uma faculdade da Administração, o ato administrativo respectivo deve ser motivado, sob pena de nulidade.** 3. Remessa necessária efetuada, mantendo-se a sentença de primeira instância.
> (TJ/Ce, RN 98110200580601641; Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; 1ª Câmara Cível; Data de registro: 19/01/2011)
>
> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REMOÇÃO DE SERVIDOR MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE DO ATO. SENTENÇA CONFIRMADA. REMESSA CONHECIDA E IMPROVIDA.
> 1. A transferência de servidor divorciado de fundamentação incorre em arbitrariedade, pois o ato de remoção de funcionário público deve observar, necessariamente, a motivação e os critérios que regem os atos administrativos. 2. **O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço.** 3. Recurso improvido, sentença confirmada.
> (TJ/Ce, RN 56913200580600891; Relator(a): MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA; 2ª Câmara Cível; Data de registro: 26/04/2011)

> PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OBRIGATÓRIA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO EX OFFICIO DE UMA ESCOLA MUNICIPAL PARA OUTRA, COM MUDANÇA DA JORNADA DE TRABALHO DE NOTURNA PARA MATUTINA. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. NULIDADE.
> I - Cabe à Administração Pública o poder de organizar e modificar os serviços públicos, obedecendo, sempre, aos princípios previstos no artigo 37 da Constituição Cidadã.
> II - **Pode o servidor público ser removido do seu local de lotação quando não detiver a garantia da inamovibilidade, todavia, o interesse público, no qual se ampara a discricionariedade da Administração Pública, deve, sob pena de nulidade, ser dotado de motivação, característica esta que elide o arbítrio do administrador e torna legítima a verificação da conveniência e da oportunidade que caracterizam o ato.** III - **A constatação da ausência de motivação para a prática do ato administrativo permite a configuração dos requisitos necessários à concessão da segurança: direito líquido e certo do servidor impetrante objetivando a nulidade de ato administrativo ilegal e abusivo de autoridade pública.** Recurso *ex officio* conhecido e improvido. Sentença confirmada.
> (TJ/Ce, RN 63245200880600851, Relator(a): ADEMAR MENDES BEZERRA, 2ª Câmara Cível,Data de registro: 16/12/2010)

Dessarte, a Administração Municipal tem o direito de remover os funcionários integrantes de seus quadros, mesmo que estáveis, sempre que essa remoção, ou mesmo a simples designação, ausculte o soberano interesse público, em favor do qual o direito do servidor sempre cederá.

O ato, entretanto, para assumir foros de validade e eficácia plenas, há que ser obrigatoriamente motivado, vez que, frente aos princípios jurídicos que regem a todo e qualquer ato administrativo dessa natureza há que ser emitido em fiel obediência aos princípios da legalidade e da finalidade. Não expostas as razões do ato, ou sendo deficiente a sua motivação, é ele arbitrário e, em decorrência, juridicamente ineficaz.

ISSO POSTO, conheço do Recurso de Apelação Cível e do Reexame Necessário, mas para negar-lhes provimento, mantendo *in totum* a sentença de planície.

É como voto.

Fortaleza, 26 de fevereiro de 2018.

PROCESSO: 0008683-30.2010.8.06.0035 - APELAÇÃO
APELANTES: UBIRACI PINHEIRO DE DEUS E IRANI JOVENTINO DE DEUS
APELADO: MUNICÍPIO DE ARACATI
ORIGEM: 1ª VARA DA COMARCA DE ARACATI
RELATORA: DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO DO CPC/73. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. LOTEAMENTO IRREGULAR. PARCELAMENTO E OCUPAÇÃO DO SOLO. MUNICÍPIO QUE CONSTRÓI RUA, REGULARIZANDO A SITUAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 40 DA LEI 6.766/79. PODER-DEVER DE REGULARIZAÇÃO. INDENIZAÇÃO NÃO DEVIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

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

2. Nesse passo, o Direito Intertemporal, aplicável com o advento do NCPC, rege processos pendentes e deve ser devidamente fundamento caso a caso. Sobre o tema, prepondera a teoria do isolamento dos atos processuais no NCPC[1] (art. 14) que orienta

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

4. Nesse contexto, na hipótese do julgamento 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. No mérito, o autor possuía terreno localizado em área urbana do Município de Aracati, de área total de 5.000 metros quadrados, o qual foi vendido em parcelas para diversas pessoas. O promovente confirma que realizou um loteamento irregular, sem preencher os requisitos exigidos na Lei nº 6.766/79, a qual regulamenta o parcelamento do solo urbano, e sem atender às diretrizes para o uso do solo determinadas pela Administração Municipal. Posteriormente, o Município regularizou uma rua dentro do loteamento clandestino a qual já era informalmente utilizada para passagem pelos habitantes do local.

6. Conforme previsão do art. 40 da Lei 6.766/79, a Municipalidade tem o dever e não a faculdade de regularizar o uso, no parcelamento e na ocupação do solo, para assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e o bem-estar da população (REsp 448.216), não sendo devida indenização, pois não restou caracterizada desapropriação indireta. O Município, no presente caso, estava simplesmente cumprindo uma obrigação que seria do proprietário, na qualidade do loteador, caso tivesse autorização para tal.
7. Recurso 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 e negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ubiraci Pinheiro de Deus e Irani Joventino de Deus contra sentença prolatada pela 1ª Vara da Comarca de Aracati que julgou improcedente o pedido autoral em ação de desapropriação indireta c/c reparação de danos intentada pelo apelante em face do Município de Aracati.

Na petição inicial (fls. 02/22), o autor alegou que é proprietário de um terreno na área urbana do Município de Aracati, com área total de 5.000 metros quadrados, e que vendeu algumas glebas do mesmo a diversas pessoas. Argumentou que, em consequência da construção de casas e da ocupação pelos novos moradores, o Município de Aracati resolveu criar uma nova rua dentro do terreno, sem autorização legal. Defendeu que

houve esbulho e desapropriação indireta de parte de seu imóvel, uma vez que a referida via urbana deveria ter sido precedida do devido processo legal desapropriatório e de prévia indenização.

Devidamente citado, o Município de Aracati contestou (fls. 58/62), alegando que não houve esbulho do imóvel, haja vista que o autor não detinha mais a posse do imóvel, vez que vendeu algumas glebas e que ali haviam sido construídas residências. Argumentou que os adquirentes dos "lotes" utilizavam a área objeto do arruamento municipal como passagem, sem qualquer oposição ou manifestação do autor, por mais de dez anos. Defendeu ainda que o autor promoveu a venda desordenada do imóvel em desacordo com a legislação municipal (Lei Municipal nº 047/2011) que dispõe sobre o parcelamento do solo da cidade de Aracati, a qual exigia o desmembramento ou subdivisão do imóvel em lotes ou quadras, com prévia autorização do Município. Requereu, ao final, a improcedência da ação.

O autor apresentou réplica às fls. 176/180, alegando que houve oposição de sua parte logo após à construção da rua, tendo protocolado em 20/08/2007 perante a Administração Municipal requerimento para resolver o imbróglio.

Em sentença de fls. 282/284, o magistrado de origem entendeu que o autor descumpriu as regras de parcelamento do solo urbano previsto no art. 2º, parágrafo 1º, da Lei 6.766/79, e que o Município de Aracati, ao criar a rua, apenas consolidou situação de fato, já que os moradores vinham utilizando a via como passagem. Decidiu pela inexistência de ato ilícito cometido pela Administração Municipal capaz de gerar indenização, julgando pela improcedência do pedido autoral.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 289/291), alegando que o loteamento foi feito de forma irregular, contudo tal fato não afasta o direito à indenização correspondente, tendo em vista que restou comprovada nos autos a efetiva desapropriação indireta. Além disso, argumentou que a Lei Municipal de fls. 62 (fls. 66 e-SAJ)) foi promulgada após a venda das glebas, não havendo que se falar em retroação dos efeitos da lei. Salientou que o Município apelado não demonstrou que as vendas foram realizadas em momento posterior à edição daquela lei.

O apelado apresentou contrarrazões (fls. 299/303), reiterando os termos da contestação.

É o relatório.

VOTO

1. Sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o princípio da fundamentação das decisões judiciais encontra-se regulamentado, infraconstitucionalmente, em seu art. 11, com relevo constitucional no art. 93, IX, da CF/88. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, comentando o referido princípio, lecionam que:

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

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

às balizas dos pedidos, das causas de pedir e, agora de forma expressa, a atividade do juiz está limitada, também, aos fundamentos que tiverem sido debatidos pelas partes.

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

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (NCPC), o qual inaugurou mudanças relativas aos recursos, o Direito Intertemporal deve ser devidamente fundamentado e analisado caso a caso, a fim de proteger atos jurídicos processuais perfeitos e situações consolidadas à luz da lei revogada. O aludido Direito Intertemporal é regido pelos arts. 14, 1.046, 1.047 do NCPC, art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil e art. 5º XXXVI, da CF/88.

Sobre o tema, prepondera a teoria do isolamento dos atos processuais no NCPC[2] (art. 14), sendo 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**

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

> **lei que altere o seu regime jurídico, manter-se-á eficaz a lei antiga quanto ao cabimento e ao procedimento do recurso. A este fenômeno dá-se o nome de *ultratividade"*** (Cardozo. Retroatividade, p. 296 *et seq.*) **ou sobrevigência** (Cruz. *Aplicação,* n. 78, p.298 et seq) **da lei anterior. (*In* Comentário ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015. Págs 228 e 229).**

Portanto, e**m relação aos recursos, deve ser considerada a data em que foi dada publicidade à decisão a ser objeto de impugnação recursal.** O recurso cabível e os pressupostos adotados (prazos, efeitos, juízo de admissibilidade, dentre outros) são os da lei processual vigente à época em que a decisão se torna impugnável. **Por isso, se a decisão foi proferida quando em vigência o CPC-73, apesar do advento do CPC-15, o recurso deve ser regido pela lei anterior.**

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

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

3. Pressupostos de admissibilidade da apelação

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

O recurso de apelação foi interposto tempestivamente, uma vez que a parte protocolou o recurso no prazo legal, ou seja, no dia 11/02/2016, conforme carimbo de protocolo da vara de origem de fls. 289.

O preparo é dispensado por ser a parte beneficiária da justiça gratuita (fls. 284).

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

4. Do mérito

A controvérsia cinge-se à análise da incidência ou não de desapropriação indireta sobre o imóvel do autor que foi objeto de loteamento irregular, em razão da construção de arruamento pelo Município de Aracati sem prévio processo desapropriatório. A criação da rua pelo apelado tinha como objetivo consolidar a passagem já existente dos moradores que ali habitavam.

Verifica-se que três situações devem ser analisadas no presente caso: 1) a questão do loteamento irregular; 2) a existência de desapropriação indireta; 3) provas pela Fazenda Pública.

Extrai-se dos autos que o autor possuía terreno localizado em área urbana do Município de Aracati, de área total de 5.000 metros quadrados, o qual foi vendido em parcelas para diversas pessoas. Constata-se que o promovente realizou um loteamento irregular, sem preencher os requisitos exigidos na Lei nº 6.766/79, a qual regulamenta o parcelamento do solo urbano, e sem atender às diretrizes para o uso do solo determinadas pela Administração Municipal.

O art. 2º, § 1º, da referida lei prevê que loteamento é a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, sendo exatamente o caso dos autos, como pode se observar:

> "Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas

> as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.
> **§ 1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.**"

O art. 6º, por sua vez, dispõe sobre a elaboração do loteamento e os requisitos prévios que o interessado deve observar antes de promover a venda das glebas:

> "Art. 6º. Antes da elaboração do projeto de loteamento, o interessado deverá solicitar à Prefeitura Municipal, ou ao Distrito Federal quando for o caso, que defina as diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário, apresentando, para este fim, requerimento e planta do imóvel contendo, pelo menos:
> I - as divisas da gleba a ser loteada;
> II - as curvas de nível à distância adequada, quando exigidas por lei estadual ou municipal;
> III - a localização dos cursos d'água, bosques e construções existentes;
> IV - a indicação dos arruamentos contíguos a todo o perímetro, a localização das vias de comunicação, das áreas livres, dos equipamentos urbanos e comunitários existentes no local ou em suas adjacências, com as respectivas distâncias da área a ser loteada;
> V - o tipo de uso predominante a que o loteamento se destina;
> VI - as características, dimensões e localização das zonas de uso contíguas."

Na presente hipótese, não só o apelante confirma em sua peça recursal que realizou um loteamento clandestino como também deixa de apresentar de que tomou as providências necessárias para regularização perante o Município em momento anterior à venda das glebas, não se desincumbindo assim do ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 373, I, do CPC/15 (que corresponde ao art. 333, I, do

CPC/73). Verifica-se, portanto, que o autor alienou as glebas sem autorização da Administração Municipal para efetuar loteamento e sem que no mesmo houvesse vias adequadas de passagem para os adquirentes do imóvel.

O Município apelado, verificando a necessidade de regularizar o sistema viário do loteamento clandestino, criou uma rua que desde o princípio o proprietário do imóvel já deveria ter planejado. A passagem já era inclusive aberta e os que ali habitavam transitavam diariamente. Como bem salientou o magistrado de origem (fls. 283), o Município apenas consolidou situação de fato já existente, não havendo que se falar em ato ilícito.

O art. 40 da Lei 6766/79 prevê que cabe ao Município regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem as observância das determinações do ato administrativo de licença para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes. A Municipalidade poderá inclusive pleitear judicialmente o ressarcimento das importâncias despendidas com equipamentos urbanos ou expropriações necessárias para regularização, havendo responsabilidade inclusive do loteador (§ 2º). O aludido dispositivo prevê que:

> **"Art. 40. A Prefeitura Municipal,** ou o Distrito Federal quando for o caso**, se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes.**
> **§ 1º A Prefeitura Municipal,** ou o Distrito Federal quando for o caso, **que promover a regularização, na forma deste artigo, obterá judicialmente o levantamento das prestações depositadas, com os respectivos acréscimos de correção monetária e juros, nos termos do § 1º do art. 38 desta Lei, a título de ressarcimento das importâncias despendidas com equipamentos urbanos ou expropriações necessárias para regularizar o loteamento ou desmembramento.**
> **§ 2º As importâncias despendidas pela Prefeitura Municipal,** ou pelo Distrito Federal quando for o caso, **para regularizar o loteamento ou desmembramento, caso não**

> **sejam integralmente ressarcidas conforme o disposto no parágrafo anterior, serão exigidas na parte faltante do loteador, aplicando-se o disposto no art. 47 desta Lei.**
> § 3º No caso de o loteador não cumprir o estabelecido no parágrafo anterior, a Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, poderá receber as prestações dos adquirentes, até o valor devido.
> § 4º A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, para assegurar a regularização do loteamento ou desmembramento, bem como o ressarcimento integral de importâncias despendidas, ou a despender, poderá promover judicialmente os procedimentos cautelares necessários aos fins colimados.
> § 5º A regularização de um parcelamento pela Prefeitura Municipal, ou Distrito Federal, quando for o caso, não poderá contrariar o disposto nos arts. 3º e 4º desta Lei, ressalvado o disposto no § 1º desse último."

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a "Municipalidade tem o dever e não a faculdade de regularizar o uso, no parcelamento e na ocupação do solo, para assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e o bem-estar da população". (REsp 448.216/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 204).

Assim, a hipótese não se trata de desapropriação indireta. Com efeito, constitui sedimento jurídico para o instituto da desapropriação indireta o disposto no artigo 35 do Decreto-Lei N° 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, consoante o qual, os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. O referido artigo também estabelece que qualquer ação aforada pelo proprietário, no tocante à discussão do procedimento expropriatório, quando julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

O dispositivo ora aludido disciplina o denominado fato consumado, no qual, em ocorrendo o fato de incorporação do bem, ao patrimônio público, mesmo se tiver sido nulo o procedimento de

desapropriação, o proprietário não pode pretender o retorno do bem ao seu patrimônio. "Ora, se o fato ocorre mesmo que o processo seja nulo, pouca ou nenhuma diferença faz que não tenha havido processo. O que importa, nos dizeres da lei, é que tenha havido a incorporação" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª Ed., Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2011, p. 798).

Repise-se que não há sentido algum em atribuir ao titular do loteamento clandestino a vantagem de ser indenizado pela implantação de via pública, mesmo porque não é o que ocorre com o loteador regular, que efetivamente doa parte da propriedade para a implantação dos equipamentos públicos. O não pagamento de indenização por desapropriação nada tem a ver com penalidade pelo parcelamento irregular do solo. É, em verdade, mera consequência do ato anteriormente praticado pelo particular, na esfera cível, que desobriga o Município de tal pagamento, uma vez que está simplesmente cumprindo uma obrigação que seria do proprietário, na qualidade de loteador, caso tivesse autorização para tal (TJSC, Apelação Cível nº. 2011.085487-8, de Joinville, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 23-04-2013). .

A parte apelante argumenta ainda que o Município, ora apelado, não comprovou o fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor e que por isso também a sentença não mereceria prosperar. Ocorre que o autor também não comprovou devidamente os fatos constitutivos do seu direito, apenas juntando provas comezinhas e o seu requerimento administrativo posterior à intervenção municipal (fls. 27/40). Desta forma, deve prevalecer a supremacia do interesse público favor da Municipalidade que, conforme o próprio autor afirma na peça inaugural, promoveu à melhoria do sistema viário no loteamento em favor da coletividade local.

5) Do dispositivo

Isso posto, conheço do recurso para NEGAR PROVIMENTO, mantendo a sentença *a quo* em todos os seus termos.

Deixo de arbitrar honorários advocatícios recursais, uma vez que o recurso foi interposto em face de decisão proferida sob a égide do

CPC-73. Nesse sentido, destaca o enunciado administrativo nº 07, do STJ: "Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC"

Publique-se e Intime-se.

Decorrido o prazo recursal sem que nada tenha sido apresentado pelas partes, certifique-se o trânsito em julgado, dê-se baixa nos sistemas eletrônicos de acompanhamento processual e arquivem-se os autos.

Expedientes necessários.

É como voto.

Fortaleza, 29 de junho de 2016.

APELAÇÃO CÍVEL Nº.: 0009604-57.2013.8.06.0043
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
APELADO: M. J. S. C.
ORIGEM: 2ª VARA DA COMARCA DE BARBALHA
RELATORA: DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO RECORRIDA PROFERIDA SOB A ÉGIDE DO CPC-73. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. AÇÃO DE INTERDIÇÃO E CURATELA. DECRETAÇÃO DE INTERDIÇÃO E DECLARAÇÃO DE INCAPACIDADE ABSOLUTA. DECISÃO PROFERIDA APÓS A VIGÊNCIA DO ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/15). INSTITUTOS INCOMPATÍVEIS COM O NOVO REGIME CIVIL DE INCAPACIDADES. SENTENÇA FUNDAMENTADA EM LEGISLAÇÃO REVOGADA. *ERROR IN JUDICANDO*. SENTENÇA ANULADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O direito ao recurso nasce com a publicação em cartório, secretaria da vara ou inserção nos autos eletrônicos da decisão a ser impugnada, o que primeiro ocorrer.

2. Sendo assim, o cabimento e os pressupostos a serem adotados (prazos, efeitos, juízo de admissibilidade, dentre outros) são os da lei processual vigente à época em que a decisão se torna impugnável, qual seja, CPC-73.

3. A sentença recorrida proferida pelo magistrado *a quo* em 12 de janeiro de 2016, ao julgar procedente

o pleito autoral, utilizou-se em sua fundamentação dos institutos da interdição e da incapacidade absoluta. Ocorre que, em 05 de janeiro de 2016, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei 13.146/15, entrou em vigor na ordem jurídica, estabelecendo alterações normativas que deveriam ter sido observadas pela decisão recorrida.

4. Para fins de apreciação da presente demanda, a principal alteração promovida pela nova lei foi redefinição do regime civil de incapacidades, o qual passa a qualificar o portador de transtorno mental como relativamente incapaz, retirando-o do art. 3º, do CC, que agora somente abriga como absolutamente incapaz o menor de 16 (dezesseis) anos. Desse modo, o portador de transtorno mental não está mais vinculado ao enquadramento automático como sujeito absolutamente incapaz, uma vez que revogado o art. 3º, II, do CC. Essa reformulação conceitual não impede que em seu favor seja o portador de transtorno mental submetido ao regime de curatela, mas tem este agora nova formatação.

5. A curatela deixa de representar a limitação plena da capacidade do sujeito e afigura-se como instituto de caráter protetivo e de uso excepcional, que receberá contornos proporcionais ao grau de incapacidade do sujeito, sendo adotada apenas na medida necessária e pelo menor tempo possível. O referido instituto não mais se estende sobre todas as esferas de existência e de atuação do curatelado, mas se restringe às exigências de administração do campo patrimonial e negocial.

6. Essa dimensão conceitual dada ao regime civil da curatela prejudica a decretação do instituto da interdição do exercício de direitos, que incidia sobre o sujeito como uma determinação de incapacidade para todos os atos da vida civil. A inviabilidade de se decretar o instituto da interdição dentro do novo sistema toma tal proporção que, dentro do Capítulo II – Da Curatela, no Código Civil, os artigos 1768 a 1773, todos tratando da interdição, foram revogados.

7. Diante desta nova configuração normativa, cumpre à sentença um dever de fundamentar ainda mais robusto, devendo o magistrado de primeiro grau explicitar os contornos assumidos pela curatela, indicando em que medida deverá o sujeito se submeter à curatela e justificando essa proporcionalidade no exame de cada caso concreto.

8. A sentença recorrida apresenta vício insanável de fundamentação, porquanto embasada em legislação revogada, quais sejam, os artigos 3º, II, do CC, referente à incapacidade absoluta; e 1.768, II, do CC, referente à legitimidade para promover o processo de interdição, além da utilização incompatível de institutos redefinidos pela Lei 13.146/15. Tal conteúdo decisório importa a utilização de institutos incompatíveis com os novos parâmetros legais, uma vez que não se admite mais na ordem jurídica (1) a decretação de interdição como impossibilidade de autodeterminação para todos os atos da vida civil, incluindo a esfera extrapatrimonial, e (2) a declaração de incapacidade absoluta de pessoa portadora de transtornos mentais.

9. Recurso de Apelação conhecido e provido para anular a sentença vergastada, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem com vistas à prolação de nova decisão, nesta oportunidade, em conformidade com o novo regime civil de incapacidades estabelecido pela Lei 13.146/15.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos, em que são partes as pessoas acima indicadas, acorda a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, **em conhecer e dar provimento ao recurso**, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Ministério Público Estadual em face de sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Barbalha, que, nos autos da Ação de Interdição com pedido de curatela provisória, ajuizada por M. J. S. C. em face do interditando V. A. C., julgou procedente o pedido autoral.

Petição inicial às fls. 02/05, na qual a autora afirma ser cunhada do interditando, sendo este portador de CID 10 F 25 (Transtornos esquizoafetivos) e pessoa impossibilitada de exercer os atos da vida civil. Relata que desde que casou com o irmão do interditando é a pessoa responsável pelos cuidados deste. Requer, assim, a concessão de alvará e sua nomeação como curadora, inicialmente a título provisório e posteriormente a título definitivo.

Juntou documentos de fls. 06/11.

Termo de Audiência às fls. 29, no qual relata o magistrado que o interditando respondeu algumas das perguntas, demonstrando ter capacidade cognitiva mínima.

Perícia médica realizada no interditando às fls. 32, sustentando que o referido é portador de Retardo Mental (CID 10, F71.1), que não há

possibilidade de cura ou regressão através de tratamento médico e que não tem capacidade para o trabalho nem regência de sua pessoa.

Estudo psicossocial na residência das partes realizado pela Secretaria de Ação Social às fls. 40, relatando que o interditando, embora apresente problemas mentais e tome remédios controlados, fora encontrado higienizado, alimentando-se bem e tomando seus remédios no horário certo. Narra ainda a assistente social que, em conversa com o interditando, o referido é plenamente incapaz para os atos da vida civil, vivendo sob os cuidados da cunhada, ora autora, que o trata muito bem.

Parecer do Ministério Público às fls. 44/45, formulando novos quesitos e requerendo complementação de perícia, bem como pede a intimação da requerente para que seja comprovado o vínculo matrimonial com o irmão do interditando.

Manifestação da parte autora às fls. 51/53, trazendo aos autos a certidão de casamento competente e seus documentos.

Laudo pericial complementar juntado aos autos às fls. 64/66, reafirmando as conclusões do primeiro laudo.

Parecer do Ministério Público às fls. 77, manifestando-se em favor do deferimento do pedido, sendo pela decretação da interdição na forma requerida na inicial.

Sentença às fls. 79/81, na qual o magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido, reconhecendo que o laudo médico pericial conclui pela incapacidade do interditando e que o estudo social evidencia a aptidão da requerente para o exercício da curatela. Seguindo o parecer ministerial, o magistrado sentenciante decretou a interdição de Vicente Alves Carneiro e nomeou como curadora responsável M. J. S. C., ora requerente.

Inconformado, o Ministério Público Estadual interpôs Recurso de Apelação (fls. 83/91), alegando, em síntese, que a sentença foi proferida após a vigência da Lei 13.146/15 sem observar as alterações normativas por ela promovidas, as quais interferem frontalmente no regime civil de incapacidades, na possibilidade de decretação de interdição e nos contornos assumidos pelo instituto da curatela. Requer, assim, a anulação da sentença com o retorno dos autos ao juízo de origem para a prolação de uma nova decisão.

Contrarrazões às fls. 96/97, pela qual a autora, com receio de prejuízo à condição de seu cunhado, concorda com o pedido de anulação da sentença.

É o relatório.

Passo a proferir a decisão.

VOTO

1. Sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o princípio da fundamentação das decisões judiciais encontra-se regulamentado, infraconstitucionalmente, em seu art. 11, com relevo constitucional no art. 93, IX, da CF/88. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, comentando o referido princípio, lecionam que:

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

O brocardo *mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que eu te darei o direito) foi mitigado com o NCPC, uma vez que exige fundamentação nas decisões, inclusive despachos, urgindo que toda a matéria ventilada tenha sido enfrentada pelas partes. O objetivo do legislador foi o de prestigiar

o princípio constitucional do contraditório, fixando, de forma clara, esse limite para a atividade jurisdicional. A atividade jurisdicional está limitada às balizas dos pedidos, das causas de pedir e, agora de forma expressa, a atividade do juiz está limitada, também, aos fundamentos que tiverem sido debatidos pelas partes.

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

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (NCPC), o qual inaugurou mudanças relativas aos recursos, o Direito Intertemporal deve ser devidamente fundamentado e analisado caso a caso, a fim de proteger atos jurídicos processuais perfeitos e situações consolidadas à luz da lei revogada. O aludido Direito Intertemporal é regido pelos arts. 14, 1.046, 1.047 do NCPC, art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil e art. 5º XXXVI, da CF/88.

Sobre o tema, prepondera a teoria do isolamento dos atos processuais no NCPC[1]

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**

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

> **recurso. A este fenômeno dá-se o nome de *ultratividade"*** (Cardozo. Retroatividade, p. 296 *et seq.*) **ou sobrevigência** (Cruz. *Aplicação,* n. 78, p.298 et seq) **da lei anterior.** (*In* Comentário ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015. Págs 228 e 229).

Portanto, e**m relação aos recursos, deve ser considerada a data em que foi dada publicidade à decisão a ser objeto de impugnação recursal.** O recurso cabível e os pressupostos adotados (prazos, efeitos, juízo de admissibilidade, dentre outros) são os da lei processual vigente à época em que a decisão se torna impugnável. **Por isso, se a decisão foi proferida quando em vigência o CPC-73, apesar do advento do CPC-15, o recurso deve ser regido pela lei anterior.**

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

Na mesma toada, dispõe o Enunciado nº 54, do TJMG: "**A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos.**". Do exposto, aplicam-se ao presente recurso as regras do CPC-73, uma vez que a decisão recorrida foi proferida sob a égide da legislação processual revogada.

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".

Por fim, quanto ao prazo processual a ser considerado, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais apresenta o Enunciado nº 4 (art. 7º e 1046), sustentando que "Os prazos processuais, inclusive aqueles de natureza sucessiva, são regidos pela legislação vigente à época do seu termo inicial".

3. Sobre a admissibilidade do recurso

O recurso foi apresentado tempestivamente, pois ao Ministério Público foi dada a ciência da decisão no dia 26/01/2016, conforme registro de fls. 82, e a apelação fora protocolizada no dia 02/02/2016.

Preparo dispensado.

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

Conheço, portanto, do recurso.

4. Sobre o mérito recursal

A controvérsia jurídica sobre a qual gravita a demanda recursal concerne à validade de sentença quando fundada em legislação revogada.

A sentença recorrida (fls. 79/81), proferida pelo magistrado *a quo* em 12 de janeiro de 2016, ao julgar procedente o pleito autoral, utilizou-se em sua fundamentação dos institutos da interdição e da incapacidade absoluta, conforme excerto de seu dispositivo, às fls. 80:

> "Ante o exposto, e de acordo com o parecer ministerial, julgo procedente o pedido formulado na inicial pela requerente de **decreto a interdição de V. A. C.**, **declarando que ele é absolutamente incapaz para exercer pessoalmente todos os atos da vida civil**, os quais deverão ser praticados por intermédio de sua curadora." (grifo nosso)

Ocorre que, em 05 de janeiro de 2016, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei 13.146/15,

entrou em vigor na ordem jurídica, estabelecendo alterações normativas que deveriam ter sido observadas pela decisão recorrida.

Para fins de apreciação da presente demanda, a principal alteração promovida pela nova lei foi redefinição do regime civil de incapacidades, o qual passa a qualificar o portador de transtorno mental como relativamente incapaz, retirando-o do art. 3º, do CC, que agora somente abriga como absolutamente incapaz o menor de 16 (dezesseis) anos.

Desse modo, o portador de transtorno mental não está mais vinculado ao enquadramento automático como sujeito absolutamente incapaz, uma vez que revogado o art. 3º, II, do CC. Essa reformulação conceitual não impede que em seu favor seja o portador de transtorno mental submetido ao regime de curatela, mas tem este agora nova formatação.

> Art. 84, Lei 13.146/15. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.
> § 1º - Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

A curatela deixa assim de representar a limitação plena da capacidade do sujeito e afigura-se como instituto de caráter protetivo e de uso excepcional, que receberá contornos proporcionais ao grau de incapacidade do sujeito, sendo adotada apenas na medida necessária e pelo menor tempo possível.

> Art. 84, § 3º, Lei 13.146/15. A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

O referido instituto não mais se estende sobre todas as esferas de existência e de atuação do curatelado, mas se restringe às exigências de administração do campo patrimonial e negocial, permitindo assim uma maior

disposição do sujeito sobre seu próprio corpo, sobre os seus relacionamentos humanos, sobre sua privacidade e sobre o seu direito de voto.

> Art. 85, Lei 13.146/15. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º - A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Essa dimensão conceitual dada ao regime civil da curatela prejudica a decretação do instituto da interdição do exercício de direitos, que incidia sobre o sujeito como uma determinação de incapacidade para todos os atos da vida civil. A inviabilidade de se decretar o instituto da interdição dentro do novo sistema toma tal proporção que, dentro do Capítulo II – Da Curatela, no Código Civil, os artigos 1768 a 1773, todos tratando da interdição, foram revogados.

Diante desta nova configuração normativa, cumpre à sentença um dever de fundamentar ainda mais robusto, devendo o magistrado de primeiro grau explicitar os contornos assumidos pela curatela, indicando em que medida deverá o sujeito se submeter à curatela e justificando essa proporcionalidade no exame de cada caso concreto.

> Art. 85, Lei 13.146/15. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 2º - A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

No caso em tela, verifica-se que a sentença, conquanto proferida após a vigência da nova lei, não observou nenhuma dessas disciplinas normativas trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. O provimento jurisdicional, em verdade, foi dado dentro dos moldes do sistema jurídico anterior, decretando a interdição de V. A. C. e declarando-o pessoa absolutamente incapaz.

Tal conteúdo decisório importa a utilização de institutos incompatíveis com os novos parâmetros legais, uma vez que não se admite mais na ordem jurídica (1) a decretação de interdição como impossibilidade de autodeterminação para todos os atos da vida civil, incluindo a esfera extrapatrimonial, e (2) a declaração de incapacidade absoluta de pessoa portadora de transtornos mentais.

Trata-se, portanto, de sentença com vício insanável de fundamentação, porquanto embasada em legislação revogada, quais sejam, os artigos 3º, II, do CC, referente à incapacidade absoluta; e 1.768, II, do CC, referente à legitimidade para promover o processo de interdição, além da utilização incompatível de institutos redefinidos pela Lei 13.146/15.

Diante da configuração do *error in procedendo* que macula a fundamentação da decisão, faz-se necessária a anulação da sentença com retorno dos autos ao juízo de planície para que nova decisão seja proferida nos moldes da sistemática civil em vigência.

Por fim, cumpre ressalvar que a validade dos demais atos processuais, bem como dos laudos e estudos técnicos de natureza médica e social, deve ser mantida e seus efeitos preservados, porquanto essenciais ao deslinde da ação e imaculados pelo vício de fundamentação da sentença.

5. Dispositivo

Por todo o exposto, conheço e dou provimento ao recurso de apelação para anular a sentença vergastada, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem com vistas à prolação de nova decisão, nesta oportunidade, em conformidade com o novo regime civil de incapacidades estabelecido pela Lei 13.146/15.

Publicar e intimar.

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.

É como voto.

Fortaleza, 13 de julho de 2016.

RECURSO DE APELAÇÃO Nº 0034553-90.2015.8.06.0071
APELANTE/APELADO: MARIA ANÍSIA OLIVEIRA DE ALENCAR
APELANTE/APELADO: ESTADO DO CEARÁ
REMENTENTE: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DO CRATO
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PREVIDENCIÁRIO E ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO DE APOSENTADORIA. VALORES RECEBIDOS A MAIOR. RESSARCIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. BOA-FÉ E CARÁTER ALIMENTAR. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ. HONORÁRIOS NÃO DEVIDOS (SUM 421, STJ). APELO DO ESTADO DO CEARÁ CONHECIDO E DESPROVIDO E APELO DA AUTORA CONHECIDO E PROVIDO.

1. Cuidam-se de Recursos de Apelação Cível com vistas a modificar a sentença proferida em sede de Ação Ordinária que discutia o direito da autora de não ver descontado nos seus proventos de aposentadoria nenhum valor referente ao montante recebido de boa-fé durante o trâmite do procedimento de sua aposentadoria. O magistrado de piso, entendeu pela parcial procedência do feito, apenas reconhecendo a prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio que antecedeu o termo do procedimento de aposentadoria. Em suas razões, refere-se a autora ao fato de ter percebido o montante de boa-fé e o caráter

alimentar da verba. Por seu turno, o Estado do Ceará refere-se a legalidade da cobrança, bem como à provisoriedade do pagamento do benefício enquanto tramita o procedimento de aposentadoria, o que fundamentaria a eventual cobrança de valores pagos a maior.

2. Inexiste nos autos qualquer menção à abertura de procedimento administrativo apto a permitir à apelante manifestação acerca de sua aposentadoria e eventuais pagamentos indevidos a título de aposentadoria integral. Princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

3. Assente em nosso Tribunal de Justiça e nas Cortes Superiores o entendimento de que, constatada a boa-fé do servidor público, não há que referir-se à restituição de valores indevidamente recebidos, independente se por interpretação errônea ou inadequada da Lei por parte da Administração Pública.

4. *In casu*, durante treze anos (janeiro de 1998 a março de 2011) a administração estadual pagou à servidora aquilo que entendia ser o correto a título de aposentadoria, somente tomando consciência do equívoco ao cabo do procedimento de aposentadoria. Incabível e desarrazoada a restituição de eventual diferença em razão do pagamento da aposentadoria integral nesse período, quando em verdade seria direito da autora/apelante apenas a aposentadoria proporcional.

5. Ônus da sucumbência para o réu, Estado do Ceará, mas sem fixar honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública por força do entendimento consolidado na Súmula 421, do STJ.

6. Recursos de Apelação Cível e Reexame Necessário conhecidos, mas para dar provimento apenas a sublevação apresentada pela promovente, reformando a sentença *a quo* e o julgando procedente a Ação Ordinária.

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 ambos os Recursos de Apelação e a Remessa Necessária, dando provimento apenas ao apelo da promovente, reformando a sentença *a quo* e julgando procedente a Ação Ordinária, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 02 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Cuidam-se de Recursos de Apelação Cível e Remessa Necessária com vistas a modificar a sentença proferida pelo magistrado atuante na 2ª Vara Cível da Comarca do Crato em sede de Ação Ordinária proposta por MARIA ANÍSIA OLIVEIRA DE ALENCAR em face do ESTADO DO CEARÁ.

O pleito inicial formulado refere-se, em resumo, a uma indevida cobrança de valores por parte da administração estadual sobre os proventos de aposentadoria percebidos pela autora. Alega a promovente ter recebido em março de 2015 o Ofício 057/2015 da CPPREV (fl. 25) informando que a partir de abril daquele ano seria realizado mensalmente (132 parcelas) um desconto de R$298,41 para ressarcimento aos cofres públicos do montante de R$39.389,82 que teriam sido percebidos de maneira indevida pela autora quando do trâmite do processo de aposentadoria. Alega ter recebido de boa-fé os valores acima citados, bem como que os mesmos detém caráter alimentar, não havendo que referir-se ao seu ressarcimento.

Contestação às fls. 46/56 por meio da qual o Estado do Ceará refere-se ao fato de que o montante referido no ofício nº 057/2015 fora indevidamente percebido pela autora, em razão de que os proventos a ela devidos seriam proporcionais (80%) e não integrais. Refere-se à legalidade do procedimento de ressarcimento. Alega a necessidade de observância ao princípio da vedação ao enriquecimento ilícito. Alega que o caráter de provisoriedade do benefício percebido pela promovente durante o trâmite do pleito de aposentadoria, estando ela ciente de eventuais ressarcimentos ao cabo daquele procedimento.

Indeferida a tutela antecipada pleiteada, fl. 67.

Sentença às fls. 108/109 por meio da qual o magistrado de piso entendeu pela parcial procedência do feito, "reconhecendo prescritos os créditos anteriores a 02.03.2006, vedar descontos relativos a tais créditos prescritos e determinar a restituição, caso já descontados".

Inconformada, a autora apresentou Recurso de Apelação, fls. 112/118, por meio do qual refere-se, em resumo, ser descabido o desconto efetivado pela administração estadual em seu benefício de aposentadoria, em razão de sua boa-fé e em vista de cuidar-se de verba alimentar.

Também inconformado, o Estado do Ceará ingressou com Recurso de Apelação, fls. 125/139, por meio do qual refere-se ao acerto na cobrança realizada pelo Ofício nº 057/2015, tendo em vista o equivocado recebimento de aposentadoria integral pela autora no tempo em que tramitou o processo de aposentadoria. Ainda, refere-se a provisoriedade desse pagamento, circunstância da qual estaria ciente a autora, em especial quanto a possibilidade de cobrança eventual de valores pagos a maior.

Contrarrazões apresentadas somente pela autora, fls. 142/145

Os autos subiram a este Eg. Tribunal e foram distribuídos a esta Relatoria, não sendo encaminhados ao douto representante do *Parquet* em razão de inexistir interesse público que fundamente a sua intervenção no feito.

É o relatório. Decido.

VOTO

Feito em ordem, não se constatando quaisquer vícios capazes de inquinar-lhe nulidade, estando corretamente preenchidos os pressupostos processuais, as condições da ação, bem como os requisitos de admissibilidade do apelo.

O cerne da questão trazida no presente recurso cinge-se em analisar se o Estado do ceará tem direito de pleitear o ressarcimento de eventuais valores pagos de maneira indevida à apelada a título de benefício de aposentadoria, tendo em vista que percebeu durante o trâmite do processo de aposentadoria, benefício integral, mas deveria ser proporcional.

Cumpre destacar, de início, que inexiste nos autos qualquer menção à abertura de procedimento administrativo apto a permitir à apelante manifestação acerca de sua aposentadoria e eventuais pagamentos indevidos a título de aposentadoria integral, quando em verdade tinha ela direito à aposentadoria proporcional.

Tal conduta, por certo fere os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, presentes também nas relações administrativas (art. 5º, LV, da CF/88).

Assim, a mera comunicação à apelante por parte do Estado do Ceará, por certo, impossibilitou à recorrente o pleno exercício do direito de impugnar a conduta tomada pela administração estadual, ou mesmo de demonstrar inexistência de má-fé, ou qualquer outro argumento defensivo ao seu direito.

Além disso, cumpre referir-se ao fato de que encontra-se assente em nosso Tribunal de Justiça e nas Cortes Superiores o entendimento de que constatada a boa-fé do servidor público, não há que referir-se à restituição de valores indevidamente recebidos, independente se por interpretação errônea ou inadequada da Lei por parte da Administração Pública.

No caso em discussão, segundo a administração estadual, o pagamento indevido ocorreu desde o afastamento da servidora (jan/1998) até o término do processo administrativo de aposentadoria (mar/2011). Ou

seja, durante treze anos a administração estadual pagou à servidora aquilo que entendia ser o correto a título de aposentadoria, somente tomando consciência do equívoco ao cabo do procedimento de aposentadoria.

Assim sendo, entremostra-se incabível e desarrazoada a restituição de eventual diferença em razão do pagamento da aposentadoria integral nesse período, quando em verdade seria direito da autora/apelante apenas a aposentadoria proporcional.

Destaque-se a esse respeito que a Primeira Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.244.182/PB, firmou o seguinte entendimento:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 46, *CAPUT*, DA LEI N. 8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.
>
> 1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei. 2. O art. 46, *caput*, da Lei n. 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. 3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público. 4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. 5. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1244182/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2012, DJe 19/10/2012)

Com arrimo no referido julgado, trago a jurisprudência se consolidou:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA - VPNI. DEVOLUÇÃO AO ERÁRIO. VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS POR SERVIDOR DE BOA-FÉ. RESTITUIÇÃO. DESNECESSIDADE.
> 1. O STJ firmou entendimento no sentido de que é incabível a devolução de valores pagos, por erro da Administração, ao servidor, diante da sua natureza alimentar e da presunção de boa-fé. 2. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ. 3. Recurso Especial não provido. (STJ, REsp 1701590/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 19/12/2017)

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. BOA FÉ. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
> 1. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC". 2. Da leitura dos autos, verifico que o acórdão recorrido está em sintonia com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no julgamento do REsp 1.244.182/PB, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, no sentido de que não há falar em repetição de verba remuneratória paga a maior por equívoco da Administração na interpretação de lei e recebida de boa-fé pelo servidor

público. 3. Agravo Interno não provido. (STJ, Ag.Int. no Resp. 1656539/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2017, DJe 14/06/2017)

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Alegação de violação ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. Matéria de índole infraconstitucional. RE 748.371-RG, Tema 660 da sistemática da repercussão geral. 3. Antecipação de verbas remuneratórias pagas em folha suplementar. Revisão posterior do ato administrativo. Adequação aos princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública. Compensação mediante redução de parcelas futuras. Possibilidade. Restituição ao erário de parcelas recebidas indevidamente. Não ocorrência. 4. A Administração pode, a qualquer tempo, rever seus atos eivados de erro ou ilegalidade, sem que isso implique ofensa aos princípios da segurança jurídica, da confiança e da boa-fé objetiva. Súmulas 346 e 473 do STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.(STF - AgR ARE: 936196 SP - SÃO PAULO 0206636-81.2012.8.26.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 01/03/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-056 29-03-2016)

REEXAME NECESSÁRIO. ADMINISTRATIVO. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. DESCONTOS PARA FINS DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DOS VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS A MAIOR. SÚMULA Nº 473/ STF. PRINCÍPIOS DA BOA FÉ E DA IRREPETIBILIDADE DA VERBA ALIMENTAR. SENTENÇA MANTIDA.
I - Como sacramenta a Súmula nº 473 do STF, a Administração Pública pode, a qualquer tempo, rever seus atos eivados de erro ou ilegalidade. No entanto, o reconhecimento da ilegalidade do ato que calculou a maior o valor dos proventos de aposentadoria não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, porquanto respeitados terão de ser os princípios da boa-fé e da irrepetibilidade da verba de natureza alimentar. Precedentes. II – Reexame necessário conhecido, mas desprovido. (TJ/Ce; RN 0045432-85.2009.8.06.0001; Relator (a): MARIA NAILDE PINHEIRO

NOGUEIRA; Comarca: Fortaleza - Fórum Clóvis Beviláqua; Órgão julgador: 9ª Vara da Fazenda Pública (SEJUD I); Data do julgamento: 22/02/2017; Data de registro: 22/02/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERCEPÇÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. IMPOSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO DE VALORES RECEBIDOS EM CUMULAÇÃO. NÃO CABIMENTO. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. REEXAME NECESSÁRIO E APELO DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cuidam-se os autos de Reexame Necessário/Apelação Cível, objurgando sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Iguatu/CE nos autos do Mandado de Segurança, impetrado por FRANCISCO VIANA DA SILVA, que concedeu parcialmente a segurança vindicada no sentido de evitar a irrepetibilidade de eventuais valores supostamente percebidos indevidamente, sob fundamento que não restou comprovada nos autos a má-fé do impetrante, por esse modo não deveriam ocorrer descontos em seus proventos de aposentadoria, a fim de compensação de eventuais valores recebidos em excesso. 2. No Mandando de Segurança, (fls. 05/14), o impetrante alegou que em 01/02/2012 a autoridade tida como coatora promoveu a suspensão do benefício previdenciário de auxílio-acidente percebido, a pretexto de existir cumulação indevida do referido benefício com a aposentadoria por invalidez outrora concedida. 3. Pois bem, sobre o tema da cumulação de benefícios previdenciários o artigo 86, §2º da Lei nº. 9.528/1997 alterou os dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, vedando acumulação de benefícios, com qualquer aposentadoria. Dessa forma, agiu corretamente o ente apelante, ao realizar a suspensão do benefício previdenciário de auxílio-acidente, obedecendo a rigor a previsão normativa. Precedentes. 4. De outro modo, com relação ao ressarcimento entendo que o mesmo não é descabido. Isso porque, a verba recebida possui caráter alimentar, e seu pagamento visa a garantir a subsistência do segurado e consequentemente preservar

o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, inc. III, da CF/88), como também é o entendimento do art. 100, §1º, da CRFB/88, que estipula expressamente o caráter alimentar dos benefícios previdenciários. Por esse motivo, desarrazoado qualquer desconto em seus proventos de aposentadoria, visando de compensação de valores recebidos em excedente. 5. Conclui-se, que procedeu erroneamente a autoridade coatora ao realizar os descontos com o objetivo de restituir valores recebidos em excedente pelo apelado, pois conforme evidenciado previamente o entendimento jurisprudencial e o previsto na Constituição Federal vigente expõem que não serão devidos a compensação de valores, nos casos de recebimento de benefícios previdenciários, pois o mesmo possui caráter alimentar, como também nos autos não existe nenhuma prova que comprove a má-fé do apelado no recebimento do valor previdenciário, o mesmo não poderá ser penalizado. 6. Reexame Necessário e Apelação Cível conhecidos, para negar-lhes provimento. Sentença mantida. (TJ/Ce; RN/AC 0029945-57.2013.8.06.0091; Relator (a): LISETE DE SOUSA GADELHA; Comarca: Iguatu; Órgão julgador: 1ª Vara da Comarca de Iguatu; Data do julgamento: 28/11/2016; Data de registro: 28/11/2016)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PAGAMENTO A MAIOR DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. BOA-FÉ. RESTITUIÇÃO DOS VALORES. IMPOSSIBILIDADE. FARTOS PRECEDENTES DO STJ. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1.Incabível a restituição dos valores pagos indevidamente ao servidor público que os recebeu de boa-fé, especialmente se verificado que o equívoco se deu por culpa exclusiva da Administração Pública, porquanto os valores foram apurados pelo TJCE, com aprovação da Corte de Contas. 2.”É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é incabível a devolução de valores percebidos por servidor público ou pensionista de boa-fé, decorrente de interpretação equivocada ou má aplicação da lei pela Administração.” (STJ – AgR no REsp 1491270/RS, Relatora a Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado

> em 18/08/2015, DJe 26/08/2015). 3.Segurança concedida, em plena consonância com o parecer ministerial. (TJ/Ce; MS 0002955-74.2014.8.06.0000; Relator (a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 22/10/2015; Data de registro: 22/10/2015)

No mesmo sentido: **STJ**, AgRg no REsp: 1560973 RN 2015/0255576-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 05/04/2016, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/04/2016; **STJ**, AgRg no AREsp 766.220/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 12/11/2015; **STJ**, AgRg no AREsp 426.505/CE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 18/09/2015; **TJCE**, MS 0628500-97.2014.8.06.0000, Relator o Desembargador WASHINGTON LUÍS BEZERRA DE ARAÚJO, Órgão Especial, julgado em 03/11/2016; **TJCE**, MS 0131433-71.2012.8.06.0000, Relator o Desembargador RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS, Órgão Especial, julgado em 03/09/2015.

Do autos extrai-se, ainda, inexistir qualquer demonstração de má-fé por parte da servidora/recorrente, que percebeu durante treze longos anos seus proventos de aposentadoria em valores que foram calculados pela própria Administração Estadual.

Assim, indevido qualquer desconto nos proventos de aposentadoria da autora e referentes ao conteúdo do Ofício 057/2015 da CPPREV.

ISTO POSTO, conheço ambos os Recursos de Apelação Cível bem como a Remessa Necessária, mas dou provimento apenas ao apelo apresentado pela parte promovente, reformando a sentença *a quo* e julgando procedente a Ação Ordinária proposta pela apelante, declarando inválido qualquer desconto realizado pela administração estadual nos proventos de aposentadoria percebidos pela recorrente, referente aos proventos recebidos entre janeiro de 1998 e março de 2011 (Ofício nº 057/2015 da CPPREV), período em que tramitou o processo de aposentadoria da recorrente.

Fixo o ônus da sucumbência para o réu, Estado do Ceará, mas deixo de fixar honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública por força do entendimento consolidado na Súmula 421, do STJ.

É como voto.

Fortaleza, 02 de abril de 2018.

PROCESSO: 0036317-14.2015.8.06.0071 APELAÇÃO
APELANTE: FRANCISCO ANTÔNIO TÁVORA COLARES
APELADO: LUANNA JÉSSICA ANSELMO JUSTINO
RELATOR: DESEMBARGADOR TEODORO SILVA SANTOS

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE VIZINHANÇA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. CONSTRUÇÃO DE MURO REALIZADA SEM OS CUIDADOS NECESSÁRIOS. INOBSERVÂNCIA DO DIREITO DE VIZINHANÇA. ESPAÇO ENTRE PAREDES QUE SE NÃO IMPERMEABILIZADO COMPROMETERÁ A SEGURANÇA DA ESTRUTURA. REPARO NA OBRA NECESSÁRIO CONFORME DESCRITO NO LAUDO PERICIAL. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Trata-se de Apelação Cível em face de sentença que julgou improcedente a ação de nunciação de obra nova, sob o fundamento de que inexistem provas a se acolher o pleito autoral.

2. Analisando-se a tese contida na contestação, tem-se que há confissão de fatos, e teses incontroversas (incidência do artigo 374 incisos II e III do CPC/2015) tendo em vista que a própria prova produzida unilateralmente pela parte ré atua contra seu direito, diga-se, em benefício da parte autora. As provas colacionadas pela defesa não ineficazes e corroboram a tese recursal.

3. A prova pericial (fls.51/54, e-SAJ), produzida pela parte ré, indica a necessidade de adoção de medidas aptas a não comprometer a construção realizada, bem como o imóvel da parte promovente,

com a realização de serviço de impermeabilização no espaço existente entre as paredes dos imóveis citadas nos autos, que não tinha sido realizado até o ajuizamento desta demanda.

4. Tem-se, assim, pela aplicação do disposto no artigo 1.277 do Código Civil de 2002 c/c norma contida no artigo 934 do CPC/1973 (que perante o novo sistema processual é reproduzida como obrigação de fazer).

5. Ao indicar fato desconstitutivo do direito autoral a parte promovida recebeu o ônus de comprovar sua tese, conforme disposto no artigo 373 do CPC/2015. Tendo em vista que a parte apelante indicou as provas que fundamentam seu direito, bem como a parte promovida corroborou com a prova produzida, há de se reconhecer a inadequação da sentença, para, então, reformá-la, determinando-se que seja realizada a obra de reparo e impermeabilização do muro, nos termos da perícia produzida (fls.51/84, e-SAJ), a fim de evitar o acúmulo de água e detritos sólidos entre as paredes dos imóveis citados na demanda, situação que comprometerá a segurança e estabilidade das paredes.

6. Ante a alteração do resultado da demanda, inverte-se o ônus sucumbencial, a ser suportado pela parte promovida/apelada, custas e honorários sucumbenciais em 15% sobre o valor da causa. Ante a procedência do recurso, majora-se honorários sucumbenciais recursais os quais passam de 15% (quinze por cento) para 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, §11 do Código de Processo Civil de 2015.

7. Referida obrigação fica suspensa, em face do benefício da gratuidade judiciária requerido pela parte promovida/apelada, a teor do artigo 98, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, suspendendo esta condenação por cinco anos, na forma dos §§ 2º e 3º do mesmo artigo.
8. Apelação cível conhecida e provida. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 14 de março de 2018.

RELATÓRIO.

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por **FRANCISCO ANTÔNIO TÁVORA COLARES**, contra **LUANNA JÉSICA ANSELMO JUSTINO**, em desfavor de sentença proferida em sede de Ação de Nunciação de Obra Nova.

A sentença foi disponibilizada em 21/07/2017, sendo publicada no dia útil seguinte, com inicio do prazo recursal no dia útil posterior a publicação. A apelação, por sua vez, foi interposta em 11/08/2017. Recurso preparado com recolhimento de custas (fls.195/196, e-SAJ).

O juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Crato/CE decidiu a demanda nos seguintes termos:

> "(...) fato é que através das fotografias da obra (fls.19/22, 35, 76/78), somado aos laudos apresentados por ambas as partes, a parte ré comprovou, mormente por intermédio do laudo de fls.44/47 e pelos esclarecimentos prestados pelo engenheiro

> José Dantas de Araújo Neto em juízo, cujas declarações se encontram gravadas em CD-ROM de fl.144, mostram que houve, de fato uma precipitação da parte autora em provocar a tutela jurisdicional, posto que as nominadas e exigidas "correções" seriam objeto de fases futuras da obra. (...) Por todo o exposto, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS EXORDIAIS. Condeno o promovente em custas e honorários advocatícios, que arbitro em 15% (quinze por cento) do valor dado a causa."

Em sua peça recursal, sustenta o apelante: 1) a reforma da sentença, em face das provas fortes e robustas que guarnecem a inicial; 2) confissão da ré acerca dos fatos alegados na inicial; 3) a necessidade de impermeabilização de fundações, que necessita ocorrer no início da obra. Pede provimento.

Em suas contrarrazões, a parte apelada alega: 1) gratuidade de justiça; 2) o respeito as etapas da obra, de modo que a impermeabilização será feita em etapa posterior. Pede a manutenção da sentença.

É o relatório. Passa-se à decisão.

VOTO.

Do Juízo de Admissibilidade:

Da tempestividade (art. 1.003, §5º do CPC/2015): A decisão recorrida foi disponibilizada no Diário de Justiça em 21/07/2017 (fl.185, e-SAJ). O recurso foi interposto em 09/08/2017 (fl.187, e-SAJ), sendo, portanto, tempestivo.

Do preparo: a parte apelante recolheu o preparo recursal devido (fls.170/171, e-SAJ).

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

Diante disso, conheço do recurso de Apelação Cível, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade.

Da Análise Meritória:

A presente demanda versa sobre litígio existente entre as partes, proprietárias de imóveis lindeiros, que possuem muro lateral comum, local onde se iniciou uma obra de construção, supostamente, causando danos ao imóvel da parte promovente.

A parte promovente ingressou com Ação de Nunciação de Obra alegando que a parte ré iniciou construção e deixou de adotar as medidas e cuidados necessários para a vedação/impermeabilização, no espaço existente entre os dois muros dos imóveis citados nos autos, situação que gerou risco e comprometeu a segurança da estrutura da parede do imóvel da parte promovente.

Analisando-se a tese contida na contestação, tem-se que há confissão de fatos, e teses incontroversas (incidência do artigo 374 incisos II e III do CPC/2015) tendo em vista que a própria prova produzida unilateralmente pela parte ré atua contra seu direito, diga-se, em benefício da parte autora. As provas colacionadas pela defesa não ineficazes e corroboram a tese autoral.

A prova pericial (fls.51/54, e-SAJ), produzida pela parte ré, indica a necessidade de adoção de medidas aptas a não comprometer a construção realizada, bem como o imóvel da parte promovente, com a realização de serviço de impermeabilização no espaço existente entre as paredes dos imóveis citadas nos autos, o que não tinha sido realizado até o ajuizamento desta demanda. Segue trecho da perícia:

> [...] 06. CONCLUSÃO: Até a presente data foi executado até a 3ª (terceira) etapa da obra. Logo as demais etapas serão executadas posteriormente, ou seja, as etapas 4ª, 5ª e 6ª. Existe entre a parede erguida e o muro da residência vizinha um espaço (brecha) e por se tratar de um futuro problema de infiltração de águas pluviais, ou seja, um problema de impermeabilização vai ser executado conforme a sequencia das etapas da construção, no caso, a 4ª etapa e se dará da seguinte maneira: preenchimento com argamassa de cimento no traço 1:3 com um impermeabilizante SIKA1. […]

Dessa forma, tem-se pela aplicação do disposto no artigo 1.277 do Código Civil de 2002 c/c norma contida no artigo 934 do CPC/1973 (que perante o novo sistema processual é reproduzida como obrigação de fazer). Segue transcrição:

> **Código Civil de 2002:**
>
> CAPÍTULO V
> Dos Direitos de Vizinhança
>
> Seção I
> Do Uso Anormal da Propriedade
>
> Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.
>
> Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.
>
> Código de Processo Civil de 1973:
>
> CAPÍTULO VI
> DA AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA
>
> Art. 934. Compete esta ação:
> I - ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho Ihe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado;
> II - ao condômino, para impedir que o co-proprietário execute alguma obra com prejuízo ou alteração da coisa comum;
> III - ao Município, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura.

A dialética jurídica demonstrada na presente demanda acarreta a incidência do disposto no artigo 373, do Código de Processo Civil de 2015.

No presente caso, verifica-se que houve comprovação da tese autoral, com a juntada das provas necessárias à sua comprovação, o que possibilita a procedência dos pedidos contidos na petição inicial (ainda que de forma parcial). Referida situação contida nos autos atrai, pois, a incidência dos preceitos contidos no artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015. *Verbis*:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
> [...]
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor; […]

De acordo com o sistema processual brasileiro, cada parte tem a faculdade de produzir prova favorável às suas alegações, mas da forma como é apresentado o dispositivo sobredito, as regras devem ser objetivas e fixas.

Não tendo a parte promovida, ora apelada, comprovado fato impeditivo ou extintivo do direito do autor, sua responsabilização é medida que se impõe.

Cabia à parte apelante fazer prova do que alegou, por se tratar de fato desconstitutivo do direito autoral, nos termos do art. 333, II, do CPC/1973 (correspondente ao art. 373, inciso II do CPC/2015). Sobre o ônus da prova, colhe-se ensinamento doutrinário de Ernane Fidélis dos Santos, *in litteris*:

> A regra geral é a de que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito (art. 333, I), e, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II). Fatos constitutivos são os que revelam ou constituem o direito do autor, cujo reconhecimento com as respectivas consequências é materializado no pedido [...]. Fato extintivo é aquele que tem força de fazer extinguir o direito que decorre de qualquer relação jurídica e ao qual correspondia obrigação do réu [...]. Fato impeditivo é circunstância não elementar do fato constitutivo, mas que lhe obstacula os efeitos [...] Fato modificativo altera

> as condições iniciais do gozo do direito pretendido [...]. A ideia de constitutividade, impedimento, modificação ou extinção do direito mantém-se com a mesma característica e, dependendo do fato sobre que vai atuar a prova, pode, no processo, não coincidir com a posição da parte que dela tem o ônus [...]. A regra que impera mesmo em processo é a de que quem alega o fato deve prová-lo [...].” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 443/444).

Cabe trazer à baila entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça que possui jurisprudência no mesmo sentido do entendimento ora demonstrado:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA.PRESCRIÇÃO. DATA EM QUE OS VALORES FORAM DEVOLVIDOS AO ASSOCIADO. **ÔNUS DA RÉ. 1. Compete ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, II, do CPC).** Assim não fazendo, suporta as consequências de sua inércia. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1045916 / PR, STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 03/03/2009, publicado no Dje 16/03/2009)

Tendo em vista que a tese recursal apresentou provas aptas a modificar o entendimento adotado pela sentença mostra-se cabível e necessária a modificação da decisão recorrida.

Assim, determina-se que seja realizada a obra de reparo e impermeabilização do muro, nos termos da perícia produzida (fls.51/84, e-SAJ), a fim de evitar o acúmulo de água e detritos sólidos entre as paredes dos imóveis citados na demanda, situação que comprometerá a segurança e estabilidade das paredes.

Ante a alteração do resultado da demanda, inverte-se o ônus sucumbencial, a ser suportado pela parte promovida/apelada, custas e honorários sucumbenciais em 15% sobre o valor da causa. Ante a procedência

do recurso, majora-se honorários sucumbenciais recursais os quais passam de 15% (quinze por cento) para 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, §11 do Código de Processo Civil de 2015. Referida obrigação fica suspensa, em face do benefício da gratuidade judiciária requerido pela parte promovida/apelada, a teor do artigo 98, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, suspendendo esta condenação por cinco anos, na forma dos §§ 2º e 3º do mesmo artigo.

Conclusões. Dispositivo.

Ante o exposto, CONHEÇO DO RECURSO, para DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do relator.

É como voto.

Fortaleza, 14 de março de 2018.

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO Nº 0043782-04.2013.8.06.0117, ORIUNDOS DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE MARACANAÚ.
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE MARACANAÚ.
APELANTE: MUNICÍPIO DE MARACANAÚ.
APELADA: SUELANE ROCHA MORAIS DE CASTRO PAIVA.
RELATOR: JUIZ CONVOCADO DR. HENRIQUE JORGE HOLANDA SILVEIRA.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SELEÇÃO PÚBLICA PARA CARGO EFETIVO DE AGENTE DE COMBATE ÀS ENDEMIAS. CONVOCAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DO EXAME DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA NO 7º MÊS DE GRAVIDEZ. REMARCARÇÃO DA DATA DO TESTE FÍSICO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA ISONOMIA, DA RAZOABILIDADE E DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA E À MATERNIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Tratam os autos de reexame necessário e apelação cível em face de sentença que concedeu a segurança pleiteada no sentido de garantir que a candidata em seleção pública realizasse o teste físico em nova data diante do seu estado gestacional no momento da convocação.

2. A prova dos autos é robusta no sentido da impossibilidade da realização do exame físico na época da convocação, diante da gravidez da impetrante.
3. Em casos que tais, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que "não implica em ofensa ao princípio da isonomia a possibilidade de remarcação da data de teste físico, tendo em vista motivo de força maior." (AI 825545 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 13/04/2011, DJe-084 de 06-05-2011).
4. Sendo assim, diante do que dispõem os princípios da igualdade, da proteção à maternidade e da dignidade da pessoa humana, bem como nos termos dos arts. 6º e 196 da CF/88, a confirmação da sentença de primeiro grau é medida que se impõe.
- Reexame Necessário e Apelação Cível conhecidos e não provido o último.
- Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Reexame Necessário e Apelação Cível nº 0043782-04.2013.8.06.0117, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 3ª Câmara de Direito Público do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do reexame necessário e do apelo interposto para negar provimento ao último, confirmando integralmente a sentença de primeiro grau de jurisdição, nos termos do voto deste Relator.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelação Cível e Reexame Necessário em face de sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Maracanaú que decidiu pela concessão da segurança pretendida.

O caso/a ação originária: Suelane Rocha Morais de Castro Paiva impetrou mandado de segurança contra ato tido por ilegal e abusivo atribuído ao Prefeito Municipal de Maracanaú, consubstanciado na exclusão da candidata do processe seletivo para o provimento de cargo efetivo de agente de combate às endemias – ACE.

Para tanto, aduziu que no momento de sua convocação para realização do teste de aptidão física, segunda fase do certame, encontrava-se no sétimo mês de gravidez, não tendo, deste modo, condições físicas de realizar o TAF. Por tal motivo, fora eliminada da seleção pública.

Decisão Interlocutória proferida às fls. 88/90, deferindo a liminar pleiteada.

O Município de Maracanaú e seu Prefeito Municipal apresentaram impugnação, às fls. 104/115, alegando, em preliminar, a decadência para impetração, a inépcia da inicial e a ausência de direito líquido e certo a amparar a pretensão autoral. No mérito, defenderam a legalidade do ato combatido, afirmando que desde o dia 22/2/2013 a impetrante já se encontrava grávida, não fazendo jus, portanto, a realização de novo teste físico.

Parecer do Promotor de Justiça de primeiro grau de jurisdição opinando pela concessão da ordem (fls. 164/166).

Sentença, às fls. 191/199, oportunidade em que o magistrado *a quo* concedeu a segurança. Transcrevo seu dispositivo, no que interessa:

> "Diante do exposto, hei por bem me filiar ao entendimento da Suprema Corte, e com fulcro no art. 6, da CF/88, CONCEDO a segurança pretendida no sentido de que o coator:
> 1 – agende data para a realização de novo teste de aptidão física, nos mesmos molde do primeiro;
> 2 - readmita a impetrante nas demais fases do certame público em tela, e caso já superadas as demais fases que a requerente seja submetida às respectivas fases.
> Pelos mesmos fundamentos confirmo a liminar já deferida." (sic).

Irresignado, o Município de Maracanaú interpôs recurso apelatório, às fls. 211/222, sustentando a ausência de direito líquido e certo,

bem como que a parte deve se submeter às regras editalícias. Deste modo, afirmando respeito aos princípios da impessoalidade, publicidade, moralidade e isonomia, postulou pela reforma da sentença de primeiro grau de jurisdição.

Apesar de intimada (fl. 355), a impetrante deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões, conforme se observa da certidão de decorrência de fl. 356.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 367/371, manifestando-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

No caso, reexame necessário e apelação cível em face de sentença do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Maracanaú que, em sede de mandado de segurança, concedeu a ordem a fim de que a candidata aprovada na primeira fase da seleção pública pudesse realizar o teste físico (segunda etapa) em data posterior.

A questão tratada nos autos diz respeito à possibilidade de remarcação de data para realização do teste físico, segunda etapa do processo seletivo para o provimento do cargo efetivo de agente de combate às endemias – ACE, devido a momentânea impossibilidade da candidata Suelane Rocha Morais de Castro Paiva, ora recorrida, em razão de seu estado gestacional quando da convocação pela banca examinadora.

Sustenta o Município, ora apelante, que desde a data da inscrição inicial no certame a impetrante já possuía conhecimento da gravidez, não tendo diligenciado no sentido de informar à banca, requerendo, caso necessário, sua participação em condições especiais.

Assim, aduzindo inexistir direito líquido e certo a amparar o pleito da recorrida, postulou pela reforma da sentença *a quo* diante da obrigatoriedade de vinculação às clausulas editalícias.

Pois bem. Analisando detidamente a questão ora posta em discussão, observa-se que a candidata não realizou o teste de aptidão física

– TAF, por se encontrar no sétimo mês de gravidez, não tendo, por óbvio, condições física de se submeter à prova, conforme se observa do relatório médico acostado à fl. 76.

O argumento de que mesmo na data da inscrição inicial da seleção pública a apelada já possuía conhecimento da gestação e, por este motivo, não teria direito líquido e certo a fazer o teste em data posterior não merecer prosperar.

Ora, verificando os termos do edital de abertura do certame, notadamente à fl. 31, não consta previsão de data para realização do mencionado teste, não sabendo a impetrante se, quando de sua convocação, ainda estaria impossibilitada.

A este respeito, confira-se o que dispõe as cláusulas 7.4.2 e 7.4.3 (fl. 31):

> 7.4.2. "Os candidatos serão convocados para participar do Teste de Aptidão Física por Edital publicado no endereço eletrônico do PROMUNICIPIO (www.promunicipio.com).
> 7.4.3. O edital de convocação para o TAF informará o dia, a hora e o local de sua realização, bem como o local de entrega de atestado médico, que deverá conter a declaração de que o candidato possui condições de saúde para participar da prova de aptidão física a que será submetido."

Ademais, consta ainda, no edital nº 001/2013 que "não haverá segunda chamada, independente de motivo alegado pelo candidato, nem realização do Teste de Aptidão Física em data e horário estabelecidos no edital de convocação para o teste" (fl. 32).

Portanto, a impetrante, mesmo considerada apta a realizar o exame físico (fl. 63) não pôde se submeter diante de seu quadro gestacional, não se mostrando justa sua exclusão do certame, sem a possibilidade de realização do teste em data posterior.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, assegura o princípio da igualdade ao garantir que "todos são iguais perante a lei".

É sabido que tal princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual. Este é o real significado da isonomia, na medida em que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Ademais, o art. 6º da Carta Magna, ao tratar dos direito sociais, assegura a proteção à maternidade e à infância, devendo tal preceito ser respeitado tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo demais poderes da Federação. A este respeito, confira-se o teor da norma:

> "Art. 6º **São direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (destacado).

Já o art. 196 da CF/88 garante que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Oportuno salientar, ainda, que de acordo com o art. 1º, III da Carta Magna, a dignidade humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil, devendo-se garantir o direito da impetrante em participar das demais fases do concurso em igualdade de condições com os outros candidatos.

Gravidez não se trata de uma doença. É sim uma dádiva concebida a mulher para gerar outra vida, não podendo, por tal razão, ser considerada em desfavor da gestante.

Muito embora seja este Julgador sabedor de que o edital é a lei do concurso e que as partes devem se submeter às cláusulas ali previstas, resta patente a existência de um conflito de princípios, posto que, *in casu,* a dignidade da pessoa humana, o direito à maternidade e o próprio direito à saúde e à vida foram violados, na medida em que a candidata, então gestante, fora impedida de realizar o teste físico e ter a possibilidade de continuar na

seleção pública para, em caso de aprovação, ser nomeada e empossa em cargo efetivo.

Havendo tal choque, a jurisprudência da Suprema Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de que:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA FÍSICA. REMARCAÇÃO. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.
> I – **A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não implica em ofensa ao princípio da isonomia a possibilidade de remarcação da data de teste físico, tendo em vista motivo de força maior. II – Agravo regimental improvido**." (AI 825545 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 13/04/2011, DJe-084 DIVULG 05-05-2011 PUBLIC 06-05-2011 EMENT VOL-02516-03 PP-00623) (destacado).

Do mesmo modo a orientação sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, consoante se extrai do seguinte julgado:

> "RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **CONCURSO PÚBLICO.** POLÍCIA MILITAR. **EXAME MÉDICO. CANDIDATA GESTANTE. REMARCAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRECEDENTE STF.**
> 1. Apesar de o entendimento desta Corte Superior - no sentido de garantir um tratamento diferenciado às gestantes - não alcançar os concursos cujos editais expressamente disponham sobre sua eliminação pela não participação em alguma fase, a gravidez não pode ser motivo para fundamentar nenhum ato administrativo contrário ao interesse da gestante, muito menos para impor-lhe qualquer prejuízo, tendo em conta a proteção conferida pela Carta Constitucional à maternidade (art. 6º, CF). 2. A solução da presente controvérsia deve se dar à luz da compreensão adotada pelo Pretório Excelso em

> casos análogos ao presente, envolvendo candidata gestante, em que se admite a possibilidade de remarcação de data para avaliação, excepcionalmente para atender o princípio da isonomia, em face da peculiaridade (diferença) em que se encontra o candidato impossibilitado de realizar o exame, justamente por não se encontrar em igualdade de condições com os demais concorrentes. 3. A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que não implica em ofensa ao princípio da isonomia a possibilidade de remarcação da data de teste físico, tendo em vista motivo de força maior (AgRg no AI n. 825.545/PE). 4. Recurso em mandado de segurança provido." (RMS 28.400/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 27/02/2013) (destacado).

Deste modo, diante da aparente colisão dos princípios jurídicos, e frente à importância que cada um exerce no ordenamento pátrio, verifica-se que a prevalência da igualdade, da isonomia e da proteção a maternidade é a medida mais coerente, e que encontra ressonância na jurisprudência tanto dos Tribunais Superiores, quanto desta e. Corte de Justiça.

Importante destacar que é exatamente este o entendimento deste Sodalício, conforme se extrai dos julgados transcritos, sendo o primeiro decidido no Órgão Especial. Confira-se:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. **POSTERGAÇÃO DE EXAMES MÉDICOS (RAIO X). POSSIBILIDADE. CANDIDATA GESTANTE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. RESPEITO. PROTEÇÃO À SAÚDE DO NASCITURO E DA GESTANTE. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NA JURISPRUDÊNCIA DESTE TJCE E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.** LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1 - O ordenamento jurídico pátrio possui como diretriz a defesa do princípio da igualdade, em seus plexos formal, em que sustenta a igualdade de todos perante a lei, alicerçada no art. 5º, *caput*, da CF), e material, que permite tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, nos exatos termos de suas desigualdades, cujo reflexo deriva,

implicitamente, não só do art. 5º, *caput*, mas também, explicitamente, do art. 3º, inciso III, ambos da CF. 2 - De igual forma, o direito à saúde também possui alto valor de importância dada pelo legislador constituinte pátrio, haja vista o teor das normas previstas no art. 196 e seguintes de nossa Constituição Federal. 3 - No caso concreto, tanto o princípio da igualdade quanto o direito à saúde devem nortear a pretensão jurídica de uma candidata gestante, eis que, ao lograr êxito no certame até a fase de realização dos exames médicos, resta indubitável que o seu estado gravídico inviabiliza, sob a ótica da Ciência da Medicina, a realização de alguns exames, dentre os quais o exame de Raio-X, sobretudo por ser extremamente perigoso à saúde materna e do nascituro. Precedentes. **4 - Segundo entende o Superior Tribunal de Justiça, "A proteção constitucional à maternidade e à gestante não somente autoriza mas até impõe a dispensa de tratamento diferenciado à candidata gestante sem que isso importe em violação ao princípio da isonomia, máxime se inexiste expressa previsão editalícia proibitiva referente à gravidez".** O Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência no sentido de que "a gestação constitui motivo de força maior que impede a realização da prova física, cuja remarcação não implica em ofensa ao princípio da isonomia" (RMS 31.505/CE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012). 5 - Mandado de segurança concedido, a fim de permitir à Impetrante que continue a participar do certame público ora pretendido, cabendo à Administração Pública realizar as demais fases do concurso, inclusive designando nova data para apresentação dos exames médicos faltantes, atentando-se para que não haja mais o óbice da condição gravídica por ela demonstrada." (MS 0012136-07.2011.8.06.0000; Relator (a): DURVAL AIRES FILHO; Comarca: N/A; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 26/10/2017; Data de registro: 27/10/2017) (destacado).

* * *

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. **CONCURSO PÚBLICO PARA DELEGADO. EXAME FÍSICO. CANDIDATA EM RESGUARDO PÓS-PARTO NA DATA MARCADA, POIS HAVIA DADO À LUZ HÁ 6 (SEIS) DIAS. POSSIBILIDADE DE REMARCAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE**

DA PESSOA HUMANA, DA ISONOMIA, DA RAZOABILIDADE E DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA E À MATERNIDADE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE DE JUSTIÇA.

I. O cerne do presente caso cinge-se em analisar a possibilidade de candidata de concurso público realizar o exame de capacidade física em data distinta da indicada no edital do certame, tendo em vista estar a candidata de resguardo pós-parto. II. É cediço que o edital é a lei do concurso, devendo, assim, todos os candidatos se submeterem às suas regras e determinações, em conformidade com o princípio da vinculação. Ocorre que certas situações refogem ao previsto no edital, seja porque não estão ali previstas, seja pelo fato de ser um fato imprevisível ou excepcional. Assim, nesses casos, cumpre a análise do caso concreto em consonância com os princípios que regem o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, notadamente o da razoabilidade, da isonomia e da dignidade da pessoa humana. III. No caso em tela, de fato, não resta prevista, expressamente, no edital nº 014/2006, a possibilidade de adiamento da prova de aptidão física por conta do estado gravídico de candidata ou por resguardo pós-parto. De outra banda, encontra-se candidata que foi aprovada na primeira fase, no exame de sanidade mental e na prova oral, mas que foi impossibilitada de realizar o teste de aptidão física por ter dado à luz a seu filho há apenas 6 (seis) dias da realização da prova. IV. O princípio da isonomia consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da desigualdade de cada um. *In casu*, a imposição à autora de realizar o exame físico na data prevista do edital colide com tal princípio, eis que a recorrente encontrava-se em situação de total desigualdade com os demais candidatos. Ora, em momento algum a autora quis deixar de realizar o teste de aptidão física ou mesmo desrespeitar as regras estabelecidas no edital, querendo apenas, por motivo legítimo, realizar tal exame posteriormente, quando pudesse concorrer com os demais candidatos em igualdade de condições, porquanto apenas assim seria realmente respeitado o princípio da isonomia. V. Ademais, o adiamento do teste físico, por conta da situação da autora, que estava em momento de resguardo

pós-parto, é totalmente razoável e justo, notadamente levando em consideração as peculiaridades do caso. Entendimento contrário afronta diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, pois qualquer pessoa, seja homem ou mulher, tem conhecimento de que uma mãe com poucos dias de nascimento do seu filho não pode ficar longe deste, seja conta da amamentação ou da fragilidade da criança, e que não tem condições de se submeter a um teste físico como o previsto no edital, por conta de suas condições físicas e emocionais inerentes ao resguardo pós-parto. Outrossim, faz-se mister registrar que a conduta de obrigar uma candidata, que deu à luz a um filho poucos dias antes, a se submeter a uma prova física, sob pena de ser desclassificada do certame, afronta também a Constituição Federal de forma direta, porquanto, expressamente, em seu art. 6º, confere à proteção à maternidade *status* de garantia fundamental. O princípio da vinculação ao edital, portanto, em choque com os princípios acima registrados, bem como com o direito à proteção à maternidade, não tem como prevalecer. VI. A matéria ora em debate já se encontra sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendem pela possibilidade de remarcação de testes no caso de estado gravídico, sem que isso configure violação ao princípio da isonomia, uma vez que deve prevalecer a proteção ao nascituro e à gestante. Na situação em tela, verifica-se que a autora está amparada pelos referidos fundamentos constitucionais, uma vez que postula a remarcação de teste físico como forma de proteger sua saúde e de sua filha e, consequentemente, o direito à maternidade e sua família. Além disso, cumpre registrar que o presente entendimento não traz qualquer prejuízo à Administração, porquanto não se está permitindo a participação em certame de candidata não habilitada em outros fases, mas sim permitindo que uma candidata, em estado de resguardo e, portanto, em situação diferenciada, realize em momentos posterior o teste físico. VII. Apelação conhecida e provida." (APC 0078236-77.2007.8.06.0001; Relator (a): INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 24/07/2017; Data de registro: 24/07/2017) (destacado).

Importante mencionar que em recentíssimo julgado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria, em brilhante voto da lavra do Ministro LUIZ FUX, assim ementado:

> "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA GESTANTE. DIREITO À REMARCAÇÃO SEM PREVISÃO EDITALÍCIA. TEMA 335 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 630.733. INAPLICABILIDADE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA NO CONCURSO PÚBLICO. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 1058333 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 02/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 10-11-2017 PUBLIC 13-11-2017)

Deste modo, diante da peculiaridade do caso e tendo em vista os precedentes jurisprudenciais citados, em consonância com o parecer ministerial, o não provimento do recurso, consequente manutenção da sentença *a quo* é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Por tais razões e de acordo com os precedentes acima transcritos, conheço do reexame necessário e da apelação cível para negar provimento a última, a fim de confirmar *in totum* a sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau de jurisdição.

É como voto.

Fortaleza, 26 de março de 2018.

PROCESSO: 0074783-40.2008.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: JOSÉ VALDI COUTINHO
APELADOS: ESTADO DO CEARÁ E TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIOS DO ESTADO DO CEARÁ - TCM
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE PASSIVA DO TCM. DESCABIMENTO. FALTA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DA CORTE DE CONTAS. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUDICIAIS REJEITADAS. AÇÃO ANULATÓRIA DE ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS – TCM. JULGAMENTO DE CONTAS (GESTÃO E GOVERNO) DO APELANTE (EX-PREFEITO). COMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL. PRECEDENTE DO STF. RE 848.826 (TESE DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 835). ACÓRDÃO COM NATUREZA DE PARECER PRÉVIO, QUE SÓ DEIXARÁ DE PREVALECER POR DECISÃO DE 2/3 DOS VEREADORES (ART. 31, § 2º, DA CF/1988). EFEITOS DA DECISÃO DO TCM CONDICIONADOS À DELIBERAÇÃO DA CÂMARA (RE 729744 - TESE DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 157). SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RATEIO ENTRE AS PARTES. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Rejeita-se a preliminar de legitimidade passiva do Tribunal de Contas dos Municípios – TCM, pois esta Corte foi extinta pela Emenda à Constituição Estadual nº 92/2017 e, ainda que assim não fosse, é uníssono o entendimento pela falta de personalidade jurídica dos Tribunais de Contas.
2. É patente a inocorrência de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, haja vista tratar-se de matéria unicamente de direito, sendo desnecessária a dilação probatória. Prejudicial afastada.
3. O cerne da controvérsia cinge-se à pretensão anulatória do acórdão proferido pelo TCM, no qual foram desaprovadas as contas de gestão do Município de Independência de responsabilidade do apelante (ex-Prefeito).
4. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que: "Para os fins do art. 1º, inciso I, alínea "g", da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, **a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores**" (Tese de Repercussão Geral nº 835, **RE 848826**, Relator designado para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, Julgamento: 10.08.2016, DJE 23.08.2017); e de que: "**O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o**

julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo" (**RE 729744**, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tese de Repercussão Geral nº 157).

5. Desse modo, considerando que o acórdão do TCM possui natureza de parecer prévio e que não houve violação ao devido processo legal, é descabido o pleito anulatório. Contudo, consoante orientação do STF, a manifestação técnica exarada pela Corte de Contas somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores (art. 31, § 2º, da CF/1988) e a sua eficácia fica condicionada à posterior deliberação do Poder Legislativo local, ressalvando-se que os fatos apurados pela Corte de Contas desde já podem servir como subsídios para embasar eventual responsabilização nas esferas civil, administrativa e penal.

6. Sucumbência recíproca. Rateio entre as partes dos honorários advocatícios.

7. Apelação provida em parte para julgar parcialmente procedente o pedido autoral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer da apelação para dar-lhe parcial provimento, julgando procedente a pretensão autoral, em parte, a fim de determinar que a eficácia do acórdão do TCM fique condicionada à ulterior deliberação da Câmara Municipal, na forma do art. 31, § 2º, da CF/1988, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 07 de maio de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por José Valdi Coutinho em face de sentença (p. 676-682) proferida pelo Juiz de Direito Francisco Luciano Lima Rodrigues, da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, na qual, em sede de ação anulatória de acórdão do Tribunal de Contas dos Municípios – TCM, excluiu a Corte de Contas do polo passivo, julgou improcedente o pleito autoral formulado contra o Estado do Ceará, bem como condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

Na sentença objurgada, o Judicante singular deliberou que: a) o autor almeja a anulação do Acórdão nº 125/2001 do TCM, prolatado no processo nº 16.669/1999, no qual foram desaprovadas as contas de gestão do ex-Prefeito do Município de Independência, referentes ao exercício de 1997; b) nos termos do art. 71, inciso II, da CF/1988, a Corte de Contas possui competência para julgar os responsáveis pelas contas de gestão; c) o controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário está adstrito à sua legalidade, não lhe sendo permitido pronunciar-se sobre o mérito; e d) não há "qualquer indício relativo ao descumprimento, pelo Tribunal de Contas, dos princípios da ampla defesa e do contraditório, nem, tampouco, faltaria àquela Corte de Contas competência para julgar as contas de gestores municipais" (p. 681).

Nas suas razões recursais (p. 685-736), o apelante, em suma, discorre sobre os princípios gerais do processo civil, bem como alega: a) a legitimidade do Tribunal de Contas dos Municípios – TCM para figurar no polo passivo da lide; b) a incompetência da Corte de Contas para julgar as contas de gestão de ex-Prefeito; c) a nulidade do Acórdão nº 125/2001 do TCM, proferido no processo nº 16.669/1999, no qual foram desaprovadas as contas de gestão do ex-Prefeito do Município de Independência, atinentes ao exercício financeiro de 1997, e de todas as medidas ali aplicadas; d) o cabimento do controle jurisdicional do mérito do ato administrativo; e e) a nulidade da sentença pela inobservância do devido processo legal.

Contrarrazões do Estado do Ceará às p. 741-746, nas quais alega: a) ser descabido o exame do mérito dos atos do TCM pelo Poder Judiciário,

cuja análise deve se restringir à validade do procedimento e à legalidade do ato; e b) o respeito ao princípio do devido processo legal na via administrativa.

O representante do Ministério Público, em parecer de p. 757-767, opinou pelo desprovimento da apelação.

Em 21/09/2016, os autos foram a mim redistribuídos no âmbito da 1ª Câmara de Direito Público.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, defiro o pedido de gratuidade da justiça formulado à p. 735.

Ademais, presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Ab initio, verifico ser despicienda a análise da argumentação recursal atinente à legitimidade passiva do Tribunal de Contas dos Municípios – TCM, porquanto essa Corte foi extinta pela Emenda à Constituição Estadual nº 92/2017.

Ainda que assim não fosse, melhor sorte não assistiria ao recorrente, pois a jurisprudência pátria é uníssona no sentido de que os "Tribunais Federais, Estaduais ou de Contas, por integrarem a Administração Pública Direta e por não possuírem personalidade jurídica, mas, apenas, judiciária, somente poderão estar em Juízo, excepcionalmente, para a defesa das prerrogativas institucionais, concernentes à sua organização e ao seu funcionamento" (STJ. **AgRg no REsp 700.136/AP**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 13/09/2010).

Nesse diapasão:

> […] 1 - Insurge-se contra a decisão antecipatória de tutela que sobrestou os efeitos do acórdão nº 1046/2007, da lavra do Tribunal de Contas dos Municípios, prolatado nos autos do processo administrativo protocolizado sob nº 2000.CAN. PCS.11184/01, relativo à Prestação de Contas de Gestão Do Fundo Municipal de Educação de Canindé - exercício

> financeiro de 2000. 2 - **Trato, por primeiro, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Tribunal de Contas dos Municípios. Os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios, segundo a Constituição Federal e Constituições Estaduais, constituem órgãos auxiliares dos Poderes Legislativos, não possuindo, assim, personalidade jurídica própria e legitimidade processual para recorrer de decisões judiciais que tratam sobre seus julgados**. […] (TJCE. **Agravo de Instrumento nº 0003700-30.2009.8.06.0000**. Relator Desembargador Emanuel Leite Albuquerque; destaquei)

Outrossim, é patente a inocorrência de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, haja vista tratar-se de matéria unicamente de direito, sendo desnecessária a dilação probatória.

Rejeito, pois, as prejudiciais suscitadas. Passo agora ao exame do mérito.

Volta-se o apelo contra a sentença que julgou improcedente o pedido autoral de anulação do Acórdão nº 125/2001 (p. 455-464, repetido à p. 624-633), proferido pelo Tribunal de Contas dos Municípios – TCM nos autos do Processo Administrativo nº 16.669/1999, mediante o qual foram desaprovadas as contas de gestão do Município de Independência, referentes ao exercício financeiro de 1997, de responsabilidade do apelante, ex-Prefeito daquela municipalidade.

Para embasar a sua pretensão anulatória, o recorrente assevera a incompetência do TCM para julgar as contas de gestão de ex-Prefeito.

Essa temática é recorrente nesta Corte de Justiça, que já se pronunciou em inúmeras ocasiões pela competência do aludido órgão para julgar as contas de gestão e aplicar as sanções cabíveis, a teor do arts. 31 e 71, inc. II, da CF/88, e do Poder Legislativo Municipal, com auxílio técnico do TCM, para analisar as contas de governo de ex-Gestor.

A esse respeito, trago à baila o seguinte aresto:

> […] 2 – A questão discutida no presente recurso refere-se ao exame do órgão competente (Poder Legislativo ou

> Tribunal de Contas) para julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo que age na qualidade de ordenador de despesas, cumprindo destacar que a matéria constitucional ora delineada não se encontra pacificada no Supremo Tribunal Federal, razão porque teve repercussão geral reconhecida em sede do Recurso Extraordinário nº 848826. 3 - **A despeito da divergência anteriormente indicada, filio-me ao entendimento segundo o qual as contas de governo relativas à execução orçamentária são julgadas pelo Poder Legislativo com o auxílio técnico do Tribunal de Contas, sendo de competência deste o julgamento direto das contas de gestão do Chefe do Poder Executivo quando atuar também como ordenador de despesas**, o que é muito comum em vários municípios do país, vez que nesse caso restará caracterizado como gestor e administrador de verbas públicas, revelando-se aludido órgão igualmente competente para impor sanções em caso de eventuais irregularidades ou ilegalidades nas contas, a teor do art. 71, VIII, CF. [...] (TJCE. **Apelação nº 000749-50.2007.8.06.0124**. 3ª Câmara Cível. Relator Desembargador Washington Luis Bezerra de Araújo. Data do julgamento: 14/12/2015; Data de registro: 14/12/2015; negritei)

Ocorre que, em agosto de 2016, no julgamento do **RE 848.826**, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que: "Para os fins do art. 1º, inciso I, alínea "g", da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, **a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores**" (Tese de Repercussão Geral nº 835, **RE 848826**, Relator Ministro Roberto Barroso, Relator designado para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, Julgamento: 10.08.2016, DJE 23.08.2017; negritei). Eis a ementa do julgado:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO

> MUNICIPAL. PARECER PRÉVIO DO TRIBUNAL DE CONTAS. EFICÁCIA SUJEITA AO CRIVO PARLAMENTAR. COMPETÊNCIA DA CÂMARA MUNICIPAL PARA O JULGAMENTO DAS CONTAS DE GOVERNO E DE GESTÃO. LEI COMPLEMENTAR 64/1990, ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR 135/2010. INELEGIBILIDADE. DECISÃO IRRECORRÍVEL. ATRIBUIÇÃO DO LEGISLATIVO LOCAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. I - **Compete à Câmara Municipal o julgamento das contas do chefe do Poder Executivo municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas, que emitirão parecer prévio, cuja eficácia impositiva subsiste e somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da casa legislativa (CF, art. 31, § 2º)**. II - O Constituinte de 1988 optou por atribuir, indistintamente, o julgamento de todas as contas de responsabilidade dos prefeitos municipais aos vereadores, em respeito à relação de equilíbrio que deve existir entre os Poderes da República ("checks and balances"). III - A Constituição Federal revela que o órgão competente para lavrar a decisão irrecorrível a que faz referência o art. 1°, I, g, da LC 64/1990, dada pela LC 135/ 2010, é a Câmara Municipal, e não o Tribunal de Contas. IV - Tese adotada pelo Plenário da Corte: "Para fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, **a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores"**. V - Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF. **RE 848826**, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Relator p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017)

Nessa ocasião, o Relator Ministro Roberto Barroso, ao fazer a distinção entre contras de governo e de gestão, reconheceu ser do Tribunal de

Contas "a competência de julgar as contas de gestão de todos os mandatários, incluindo nessa categoria os Prefeitos".

Contudo, prevaleceu a divergência inaugurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, cujo voto transcrevo na parte que interessa:

> Portanto, a questão debatida nos autos consiste em saber qual seria o órgão competente para o julgamento das **contas dos prefeitos municipais**, a saber, os Tribunais de Contas ou as Câmaras Municipais.
> [...]
> Desse modo, anoto que conservo o entendimento do TSE, segundo o qual o órgão competente para julgar as contas dos prefeitos municipais - tanto as de natureza política quanto as contas de gestão - é a Câmara Municipal, órgão que representa a soberania popular, em particular o contribuinte, que tem toda a legitimidade para examinar as contas municipais, nos termos do art. 31, § 3° da CF.
> Entendo que não se mostra apenas recomendável, mas, de todo necessário, especialmente no Estado Democrático de Direito, privilegiar a soberania popular.
> **Digo isso porque são os vereadores que evidentemente representam o povo, os cidadãos, os munícipes, praticando atos em nome destes, nos termos do art. 1°, parágrafo único, da Constituição Federal, o qual prevê que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente".**
> Portanto, são os edis que têm, por força da própria Constituição, o direito de julgar todas as contas do prefeito, sem nenhuma distinção.
> Observo, também, que a dicção do art. 31, § 1°, da Carta Magna, é muito clara no sentido de estabelecer que cabe ao parlamento municipal, com o auxílio do Tribunal de Contas, o controle externo das contas municipais, *verbis*:
>
> > "Art. 31. 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.

> § 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver".

No mesmo sentido, o art. 71 da Constituição Federal, dispõe que "o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União [...]". Portanto, estou certo de que não é possível obter o reforço de outro dispositivo constitucional para alterar o transparente entendimento que decorre dos dispositivos supratranscritos. **O "auxílio" a que se refere o texto constitucional deve ser entendido como ajuda, assistência ou amparo fornecido pelo órgão técnico administrativo ao órgão legislativo.**
[...]
Ademais, observo que não há propriamente um julgamento de contas pelo órgão técnico. O relevante papel dos tribunais de contas restringe-se apenas a produzir parecer prévio à decisão do órgão legislativo.
Nesse sentido, reproduzo a disposição constante no § 2° do art. 31, da Constituição Federal:

> "Art. 31.
> [...]
> **§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal".**

Transcrevo, ainda, elucidativo trecho, do ponto de vista do professor José Afonso da Silva, sobre a natureza desse parecer:

> "[...] não tem apenas o valor de uma opinião que pode ser aceita ou não - o parecer do Ministério Público[sic]. Não é, pois, um parecer no sentido técnico de opinião abalizada, mas não-impositiva. Ao contrário, ele vale e tem a eficácia de uma decisão impositiva. Sua eficácia pode, porém, ser desfeita se dois terços dos

> membros da Câmara Municipal votarem contra ele. Só assim não prevalecerá" (*In* Comentário contextual à Constituição. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 317; grifei).

Isso significa que a manifestação do Tribunal de Contas é um parecer qualificado, que subsiste até ser derrubado por uma maioria de dois terços do parlamento. Nesse sentido, inclusive, é a lição de Lucas Rocha Furtado, para quem,

> "No caso das contas prestadas anualmente pelos prefeitos, todavia, o parecer prévio aprovado pelo Tribunal de Contas Estadual ou dos Municípios, conforme o caso, 'só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal'. (CF, art. 31, §2º). Ou seja, os pareceres prévios emitidos pelo TCU e pelos TCEs, em relação às contas do Presidente da República e dos governadores, somente têm efetividade se forem aprovados (julgados pelo Congresso Nacional ou pelas assembleias legislativas, respectivamente. No caso de contas anuais de governo prestadas pelos prefeitos, o parecer emitido pelo Tribunal de Contas se torna efetivo, independentemente de ser confirmado pela câmara de vereadores. Esta, ao contrário, somente pode desconstituir o parecer aprovado pelo Tribunal de Contas por decisão de dois terços dos seus membros" (In Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1142; grifei).

Assim, a meu ver, o parecer do Tribunal de Contas apresenta uma na natureza *sui generis*, não constitui mera opinião, não é emitido salvo melhor juízo, pois prevalece até que seja neutralizado por maioria de dois terços da Câmara Municipal.
Reitero, por oportuno, que, enquanto tal deliberação não é tomada, prevalece, para todos os efeitos, o parecer emitido pelo Tribunal de Contas.
A nova Constituição deu grande relevo ao parecer do Tribunal de Contas. No entanto, sopesando valores, deu ênfase maior

> ao pronunciamento da Câmara Municipal. **Prevalece ao final, destarte, a manifestação de quem detém poder para, de fato, exercer a fiscalização sobre as contas daquele que exerce o Poder Executivo local**.
> Compete, pois, **às Câmaras Municipais o direito de julgar todas as contas do prefeito, sem nenhuma distinção. A competência do órgão legislativo para o julgamento não é determinada pela natureza das contas, se de gestão ou de governo, mas pelo cargo de quem as presta, no caso, o de Prefeito Municipal**. […] (negritei)

Como se vê, o Supremo posicionou-se no sentido de ser atribuição exclusiva da Câmara de Vereadores o julgamento das contas públicas prestadas por Prefeito Municipal, independentemente da sua natureza (gestão ou governo).

Ademais, reconheceu a característica *sui generis* do parecer emitido pelo Tribunal de Contas dos Municípios – TCM, que não constitui mera opinião, mas sim uma espécie de "parecer qualificado, que subsiste até ser derrubado por uma maioria de dois terços do parlamento", na forma do art. 31, § 2º, da CF/1988:

> Art. 31. 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.
>
> § 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.
>
> § 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

Nessa linha, apesar de a sobredita tese de repercussão geral ter sido firmada em sede de Recurso Extraordinário contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral – TSE e se referir precipuamente às questões de inelegibilidade, não possuindo relação estrita com o presente caso, com fins de manter a coerência da jurisprudência pátria, obrigo-me a seguir a orientação externada pelo Ministro Ricardo Lewandowski no voto vencedor, reconhecendo a competência do Poder Legislativo local para apreciar as contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, que será exercida com o auxílio da Corte de Contas, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores.

Do STF, cito:

> Embargos de declaração em agravo regimental na reclamação. 2. Constitucional. Eleitoral 3. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Efeitos infringentes. Não configuração de situação excepcional. Impossibilidade. 4. **Competência do Tribunal de Contas para julgar contas de prefeitos. Parecer meramente opinativo.** Precedentes. RE-RG 729.744 e RE-RG 848.826. 5. Embargos de declaração rejeitados. (STF. **Rcl 14310 AgR-ED**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2017 PUBLIC 06-02-2017, negritei)

A propósito, colaciono precedente da 3ª Câmara de Direito Público:

> APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PARECER DO TCM CONSIDERANDO IRREGULARES AS CONTAS DE GESTÃO DO APELADO (EX PREFEITO). EFICÁCIA DO PARECER CONDICIONADA À REVISÃO DA CÂMARA MUNICIPAL (2/3 DOS VEREADORES). APROVAÇÃO DAS CONTAS PELA CÂMARA DOS VEREADORES DE ALTANEIRA/CE. PRECEDENTE STF. RE 848.826/DF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. APELO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. *In casu*,

> a magistrada julgou procedente a demanda, declarando que o acórdão do TCM nº 763/03 (Processo nº 16967/99) não possui eficácia jurídica, vez que, após ser a prestação de contas apreciada pela Câmara Municipal de Altaneira, esta foi aprovada, tornando nulos os seguimentos fixados naquele acórdão. 2. O apelante alega que o entendimento do STF utilizado na decisão recorrida (Recurso Extraordinário nº 848.826) é referente à competência da Câmara Municipal para fins de inelegibilidade, sendo matéria exclusivamente eleitoral, não havendo discussão acerca de julgamento de atos de gestão de responsabilidade de prefeito municipal. 3. **Contudo, em 17.08.2016, o Supremo Tribunal Federal, no RE 848.826/DF, com repercussão geral reconhecida, esclareceu que as contas de prefeito, sejam elas de governo ou de gestão, só poderiam ser consideradas aprovadas ou desaprovadas após a apreciação da Câmara Municipal, em decisão de 2/3 dos vereadores, o que se vislumbra no caso dos autos, eis que as contas foram devidamente aprovadas pela Câmara Municipal, conforme consta nos autos.** 4. Desta feita, considerando que a decisão recorrida está de acordo com o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, no RE 848.826/DF, em sede de repercussão geral, deve ser mantida a decisão de primeiro grau em todos os seus termos. 5. Apelo improvido. Sentença mantida. (TJCE. **Apelação nº 0703482-70.2000.8.06.0001**. 3ª Câmara Direito Público. Relator Desembargador Inácio de Alencar Cortez Neto; Data do julgamento: 26/03/2018; Data de registro: 26/03/2018)

Nesse sentido, transcrevo algumas ementas de outras Cortes Estaduais:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Pretensão de acolhimento dos embargos, com atribuição de efeitos modificativos, para reformar o V. Acórdão recorrido em razão do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 848826/DF, no sentido de que compete à Câmara de Vereadores o julgamento das contas do Prefeito, sejam as de governo ou as de gestão. Admissibilidade. Acórdão reformado. Inversão dos ônus sucumbenciais. Embargos acolhidos, com atribuição

de efeitos modificativos. (TJSP; **Embargos de Declaração 1008615-75.2015.8.26.0053**; Relator: Bandeira Lins; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/03/2018; Data de Registro: 21/03/2018)

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA – […] Competência da Câmara Municipal para o exame das contas do Prefeito com auxílio dos Tribunais de Contas, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores - Decretos que retificou o parecer favorável do Tribunal de Contas - Impossibilidade de exame do mérito do ato administrativo sob pena de violação ao Princípio da Separação dos Poderes (art. 2° da CF) - Ausência de comprovação de irregularidade no procedimento de edição do Decreto Legislativo - Ratificação dos fundamentos da r. sentença nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal – Sentença mantida – Recurso de apelação e reexame necessário não providos. (TJSP; **Apelação 1000870-19.2013.8.26.0666**; Relator: Ponte Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Artur Nogueira - Vara Única; Data do Julgamento: 08/03/2017; Data de Registro: 08/03/2017)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA - JULGAMENTO DAS CONTAS DO EXECUTIVO MUNICIPAL - PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DA CÂMARA DE VEREADORES (ART. 31 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) - RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS Nº 848826 E Nº 729744 - PARECER PRÉVIO E OPINATIVO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - AFASTAMENTO PELO QUÓRUM QUALIFICADO DA CÂMARA - OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. No julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (REs) n° 848826 e n° 729744, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, no RE 848826, que é privativa da Câmara Municipal a competência para julgar as contas de governo e as contas de gestão dos prefeitos, cabendo

> ao Tribunal de Contas auxiliar o Poder Legislativo municipal, emitindo parecer prévio e opinativo, que somente poderá ser derrubado por decisão de 2/3 dos vereadores. 2. No caso concreto, a despeito do parecer favorável do TCE, a Câmara Municipal de Lagoa Grande, em Sessão Extraordinária, por seis votos a três, rejeitou as contas do Poder Executivo Municipal no exercício de 2013. 3. Considerando que no julgamento realizado pela Câmara Municipal foi oportunizado ao recorrente a defesa das contas referentes ao exercício mencionado, tendo inclusive oferecido resposta, não há que se falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa. 4. Recurso não provido. (TJMG - **Agravo de Instrumento-Cv 1.0534.16.001846-9/001**, Relator: Des. Raimundo Messias Júnior , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/09/2017, publicação da súmula em 15/09/2017)

Todavia, em que pese caber à Câmara de Vereadores a manifestação definitiva quanto à aprovação ou não das contas, não se pode olvidar o relevante papel desempenhado pelo Tribunal de Contas dos Municípios – TCM, que não externa apenas uma opinião, mas sim uma avaliação técnica dos gastos municipais.

Nesse contexto, no julgamento do RE 729744, quando firmou-se a tese de que "O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo" (Tese de Repercussão Geral nº 157), ficou ressalvado pelo STF que "no caso de a câmara municipal aprovar as contas do prefeito, o que se afastaria seria apenas a sua inelegibilidade. Os fatos apurados no processo político-administrativo poderiam dar ensejo à sua responsabilização civil, criminal ou administrativa" (**RE 729744**, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento 10.08.2016, DJE 22.08.2017 — Inf 834/STF).

Ou seja, a eventual responsabilidade penal, civil e administrativa decorrente dos fatos apurados pelo extinto TCM não ficaria subordinada à posterior aprovação do parecer da corte de Contas pela Câmara Municipal.

Pois bem.

In casu, o autor, ora apelante, almeja a anulação do Acórdão nº 125/2001 (p. 455-464, repetido à p. 624-633), proferido pelo Tribunal de Contas dos Municípios – TCM.

Nesse tocante, não lhe assiste razão, pois a Corte de Contas possui competência para emitir prévio parecer de desaprovação das contas, cujos efeitos ficam condicionados à posterior apreciação da Câmara Municipal.

Decerto, em conformidade com tudo o que foi dito alhures, o dispositivo do acórdão em litígio (p. 455-464, repetido à p. 624-633) determina que o seu inteiro teor seja comunicado à Câmara Municipal "para adoção das medidas cabíveis" (p. 464), entenda-se, para fins de atendimento ao disposto no art. 31, § 2º, da CF/1988.

Saliente-se, ainda, que não há notícia nos autos de que a aludida decisão tenha sido apreciada pela Câmara Municipal de Independência.

Desse modo, o acórdão do TCM não padece de nulidade a ser declarada, mas sua eficácia fica condicionada à posterior deliberação do Poder Legislativo local, ressalvando-se, consoante precedente do STF, que os fatos ali apurados podem desde já servir como subsídios para embasar eventual responsabilização nas esferas criminal, administrativa e civil.

Sob tais fundamentos, dou parcial provimento ao apelo para julgar procedente a pretensão autoral, em parte, a fim de determinar que a eficácia do acórdão do TCM fique sujeita à ulterior deliberação da Câmara Municipal, na forma do art. 31, § 2º, da CF/1988.

Diante da sucumbência recíproca, determino o rateio da verba entre o causídico do apelante e a Procuradoria do Estado, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada. A exigibilidade fica suspensa com relação ao recorrente pelo prazo de até 05 (cinco) anos, enquanto perdurar a sua condição de pobreza.

Sem custas.

É como voto.

PROCESSO: 0129666-63.2010.8.06.0001 – APELAÇÃO CÍVEL
APELANTES: HERMENEGILDO FARIAS COSTA E OUTROS
APELADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO RETIDO. REITERAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 523, §1º, DO CPC/73. RECURSO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. MAGISTÉRIO. PARTICIPAÇÃO EM MOVIMENTO GREVISTA. DÉFICIT NA CARGA HORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. DESCONTO DOS DIAS NÃO TRABALHADOS. LEGALIDADE. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Não se conhece do agravo retido, diante da ausência de reiteração, a teor do art. 523, §1º, do CPC/73, aplicável à época.

2. O núcleo da controvérsia cinge-se a aferir se os autores, professores da rede pública, fazem jus à progressão por tempo de serviço estabelecida pela Lei nº 9.249/2007 e regulamentada pela Portaria nº 581/2010, que restou indeferida no âmbito administrativo em razão de déficit na carga horária motivado pela participação em greve, bem como ao pagamento retroativo de todos os valores devidos e à devolução dos montantes descontados relativos às faltas, tudo devidamente corrigido.

3. A Lei nº 9.249/2007 prevê expressamente a possibilidade de progressão por tempo de serviço,

levando-se em consideração o tempo de efetivo exercício prestado ao Município de Fortaleza sem afastamento do cargo/função. Todavia, o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza elenca as hipóteses em que os afastamentos serão considerados de efetivo exercício, não inserindo entre elas a participação em movimento grevista.
4. *In casu,* verifica-se que a Portaria nº 581/2010, que conferiu progressão por tempo de serviço aos servidores do magistério no curso do biênio 2007/2009, não contemplou os ora apelantes em virtude do registro de faltas injustificadas no citado ínterim, ou seja, pelo não preenchimento do requisito de assiduidade.
5. Os autores não lograram êxito em comprovar a ausência de faltas ou os seus abonos no período de apuração. Isso porque mostra-se incontroverso nos autos que paralisaram suas atividades ao aderirem ao movimento grevista, bem como não obtiveram êxito na recuperação dos dias perdidos em razão do descumprimento do acordo firmado entre o sindicato (Sindiute) e a Prefeitura Municipal de Fortaleza acerca da reposição das aulas aos sábados, circunstâncias estas que ensejaram o não cumprimento efetivo da carga horária estipulada e, por conseguinte, o indeferimento da progressão por tempo de serviço.
6. Embora legítimo o exercício de greve no serviço público, o STF, ao julgar o RE nº 693.456/RJ em sede de repercussão geral, sob relatoria do Min. Dias Tofolli, DJe 27.10.2016, consolidou a orientação de que "*a administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do*

exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público".

7. No caso em tablado, como os recorrentes não se desincumbiram do ônus de provar a recuperação dos dias faltosos durante o período do movimento paredista, bem como de que a greve foi desencadeada por conduta abusiva da administração pública, mostra-se legal o desconto efetuado nos vencimentos dos servidores. Precedentes desta Corte de Justiça.

8. Apelação conhecida e desprovida. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 09 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Hermenegildo Farias Costa e outros em face da sentença (p. 598/601) prolatada pela Juíza Joriza Magalhães Pinheiro, da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da ação ordinária ajuizada em desfavor do Município de Fortaleza.

Narra a exordial (p. 01/27), em suma, que: **a)** em maio de 2010, a Secretaria Municipal de Educação publicou a Portaria nº 581/2010, a qual

conferiu progressão por tempo de serviço aos servidores que permaneceram em efetivo exercício no cargo/função no biênio de 2007/2009, a teor do art. 25 da Lei nº 9.249/2007, que instituiu o Plano de Cargos, Carreiras e Salários aos servidores do Ambiente de Especialização, Núcleo de Atividades Específicas, Grupo Ocupacional Magistério, Nível de Classificação Professor; **b)** não obstante serem professores efetivos, os seus nomes não foram inseridos na Portaria supracitada, sob o argumento de déficit na carga horária; **c)** as faltas, decorrentes da greve deflagrada em 2007, foram devidamente abonadas, não ocasionando qualquer desconto nos salários; **d)** após o movimento paredista, restou impossível cumprir o acordo firmado entre o sindicato (Sindiute) e a Prefeitura Municipal de Fortaleza acerca da reposição das aulas aos sábados.

Diante disso, os requerentes postulam pela progressão nos termos da Lei nº 9.249/2007 e pelo pagamento retroativo de todos os valores devidos e a devolução dos montantes descontados relativos às faltas decorrentes do período de greve, tudo com a devida correção monetária.

Pedido antecipatório indeferido às p. 321/322.

Devidamente citado, o Município de Fortaleza apresentou contestação às p. 359/365, sustentando que os autores não foram contemplados pela Portaria nº 581/2010 em razão de apresentarem faltas injustificadas no período de apuração, não se enquadrando nas disposições previstas nos arts. 27 e 28 da Lei nº 9.249/2007. Aduz ainda que a inicial não foi instruída com os documentos indispensáveis à demonstração dos fatos constitutivos do direito dos servidores demandantes.

Interposição de agravo de instrumento pelos autores (p. 375/400), o qual restou convertido em agravo retido pelo Relator à época, e. Des. Ernani Barreira Porto (p. 583/588).

O Ministério Público atuante em primeira instância deixou de emitir parecer quanto ao mérito da questão, por entender faltar interesse público relevante na matéria versada (p. 593/597).

A d. Magistrada julgou a demanda nos seguintes termos:

> "Diante do exposto e pelo mais que consta dos autos, de acordo com a legislação pertinente à matéria em espécie,

> julgo improcedente a pretensão formulada pelos promoventes Hermenegildo Farias Costa, Louise do Nascimento Teixeira, Maria Zeneida Machado de Souza, Raimunda Lúcia de Araújo Oliveira Lima, Vera Lúcia Cavalcante Silva e Cynara Siqueira Pessoa, o fazendo com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.
>
> Condeno a parte autora no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que arbitro em R$ 500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 20, §4º, do CPC, ambos com exigibilidade suspensa, nos termos do art. 3º c/c art. 12, ambos da Lei nº 1.060/1950". (p. 601)

Apelação Cível interposta às p. 604/625 aduzindo, em síntese, que: **a)** mostra-se necessário perquirir a motivação que fundamentou a publicação da Portaria nº 581/2007 por duas vezes, com dois anexos diferentes, no qual o segundo excluiu cerca de duzentos professores do regime de progressão; **b)** desconformidade da citada Portaria com a Lei nº 9.249/2007 em relação à data de início do biênio, que deveria ser julho/2007 – data da publicação – ao invés de dezembro/2007; **c)** a greve foi motivada pela redução da jornada de trabalho, visto que a Lei nº 11.738/2008 determinava uma jornada máxima de 40 (quarenta) horas semanais, enquanto os professores possuíam a jornada de 48 (quarenta e oito) horas; **d)** não apresentação da relação nominal de todos os servidores não contemplados com a progressão, com o detalhamento do motivo de cada indeferimento; **e)** violação aos princípios da separação dos poderes, da isonomia, do livre exercício ao direito de greve e da legalidade.

Contrarrazões recursais do Município de Fortaleza (p. 630/635) pugnando pela manutenção da sentença.

Distribuição por prevenção à Desembargadora Maria Gladys Lima Vieira em 18/06/2015 (termo de p. 644).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça (p. 650/654) opinando pelo não conhecimento do agravo retido e pelo conhecimento e desprovimento do apelo, com a manutenção da decisão adversada.

Posterior submissão do feito à minha relatoria em 19/09/2016 na ambiência da Primeira Câmara de Direito Público, nos moldes da Portaria nº 1.554/2016 (termo de p. 657).

É o relatório.

Designo a primeira sessão desimpedida para julgamento.

VOTO

Não conheço do agravo retido de p. 375/400, diante da ausência de reiteração, a teor do art. 523, §1º, do CPC/73, aplicável à época.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da apelação.

O núcleo da controvérsia cinge-se a aferir se os autores, professores da rede pública, fazem jus à progressão por tempo de serviço estabelecida pela Lei nº 9.249/2007 e regulamentada pela Portaria nº 581/2010, que restou indeferida no âmbito administrativo em razão de déficit na carga horária motivada pela participação em greve, bem como ao pagamento retroativo de todos os valores devidos e à devolução dos montantes descontados relativos às faltas, tudo devidamente corrigido.

A Lei nº 9.249/2007, que instituiu o Plano de Cargos, Carreiras e Salários dos servidores do Ambiente de Especialização, Núcleo de Atividades Específicas, Grupo Ocupacional Magistério, Nível de Classificação Professor, prevê expressamente a possibilidade de progressão por tempo de serviço, **levando-se em consideração o tempo de efetivo exercício prestado ao Município de Fortaleza**, nos seguintes moldes:

> Art. 25. A progressão por tempo de serviço é a passagem do servidor de um padrão de vencimento para o imediatamente superior, dentro do mesmo nível de classificação e estágio de carreira a que pertence.
>
> Art. 26. Haverá Progressão por Tempo de Serviço a cada 24 (vinte e quatro) Meses de efetivo exercício, contados a partir da primeira fase do enquadramento deste plano.

> Art. 27. Para concessão desta forma de progressão, será levado em consideração o tempo de efetivo exercício prestado ao Município de Fortaleza.

Todavia, o art. 28 do supracitado diploma legal dispõe que se considera efetivo exercício o tempo de permanência do servidor **sem afastamento do cargo/função,** *in verbis:*

> Art. 28. Para os efeitos desta Lei, considera-se efetivo exercício o tempo de permanência do servidor **sem afastamento** do cargo/função, **salvo os casos previstos no art. 45 da Lei nº 6.794/90**, bem como para exercer mandato em entidades de representação sindical e as demais exceções previstas em lei.

O citado art. 45 da Lei nº 6.794/90 (Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza) elenca as hipóteses em que os afastamentos serão considerados de efetivo exercício, **não inserindo entre elas a participação em movimento grevista**. Confira-se:

> Art. 45. Serão considerados de efetivo exercício os afastamentos em virtude de:
> I - férias;
> II - casamento, até oito dias corridos.
> III - luto até cinco dias corridos, por falecimento do cônjuge, companheiro, pais, madrasta, padrasto, filhos, enteados, irmãos, genros, noras, avós, sogro e sogra.
> IV - nascimento de filho, até cinco dias corridos;
> V - exercício de cargo em comissão ou equivalente em órgãos ou entidades dos Poderes da União, Estados, Municípios ou Distrito Federal, quando legalmente autorizado;
> VI - convocação para o Serviço Militar;
> VII - júri e outros serviços obrigatórios por Lei;
> VIII - estudo em outro Município, Estado ou País, quando legalmente autorizado;
> IX - licença:
> a) à maternidade, à adotante e à paternidade;
> b) para tratamento de saúde;
> c) por motivo de doença em pessoa da família;
> d) para o desempenho de mandato eletivo;
> e) prêmio.

Da análise do acervo probatório constante nos autos, verifica-se que a Portaria nº 581/2010, que conferiu progressão por tempo de serviço aos servidores do magistério no curso do biênio 2007/2009 (p. 367/368), não contemplou os ora apelantes em virtude do registro de faltas não justificadas no período de apuração, ou seja, pelo não preenchimento do requisito de assiduidade, conforme se depreende do teor do despacho da Secretaria Municipal de Educação de p. 366, *in verbis:*

> "Apresentamos abaixo as respostas aos quesitos constantes no Ofício nº 265/2011-PJ:
> a) A Portaria nº 581/2011 confere a Progressão por Tempo de Serviço aos servidores do magistério, constituindo-se em vantagem premial à assiduidade (efetivo exercício), conforme redação do art. 26 e seguintes, da Lei nº 9.249/2007.
> Considerando o registro de faltas não justificadas, no período de apuração, a vantagem deixou de ser aplicada;
> (…)
> d) Os servidores não contemplados pela Progressão por Tempo de Serviço são aqueles que, comprovadamente, apresentaram faltas injustificadas no período de apuração (dezembro de 2007 a dezembro de 2009), não se enquadrando nas disposições dos artigos 27 e 28 da Lei nº 9.249/2007".

In casu, verifica-se que os autores/apelantes não lograram êxito em comprovar a ausência de faltas ou os seus abonos no período de apuração (2007/2009).

Isso porque mostra-se incontroverso nos autos que os requerentes paralisaram suas atividades ao aderirem ao movimento grevista, bem como não obtiveram êxito na recuperação dos dias perdidos em razão do descumprimento do acordo firmado entre o sindicato (Sindiute) e a Prefeitura Municipal de Fortaleza acerca da reposição das aulas aos sábados, circunstâncias estas que ensejaram o não cumprimento efetivo da carga horária estipulada e, por conseguinte, o indeferimento da progressão por tempo de serviço, ora pleiteada.

Ademais, os professores Hermenegildo Farias Costa, Maria Zeneida Machado de Souza e Raimunda Lúcia de Araújo Oliveira Lima demonstraram a observância à jornada de trabalho nos anos de 2007, 2008 e 2009 somente em um dos turnos do dia, consoante declarações de p. 31, 83 e 86.

Por sua vez, os documentos apresentados por Louise do Nascimento Teixeira, Vera Lúcia Cavalcante Silva e Cynara Siqueira Pessoa referem-se somente ao ano de 2009, não fazendo qualquer alusão aos anos de 2007 e 2008 aos quais se referem a supracitada Portaria (p. 78, 100/101 e 105).

Desse modo, para fins de promoção, não é possível contabilizar como de efetivo exercício os dias não trabalhados pelos requerentes e não abonados.

Embora legítimo o exercício de greve no serviço público, o STF, ao julgar o RE nº 693.456/RJ em sede de repercussão geral, sob relatoria do Min. Dias Tofolli, DJ*e* 27.10.2016, consolidou a orientação de que *"a administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público"*.

Na mesma linha, cito precedente do STJ:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DE GREVE. REPERCUSSÃO GERAL. RE 693.456/RS, REL.MIN. DIAS TOFOLLI, DJE 27.10.2016. POSSIBILIDADE DOS DESCONTOS DOS DIAS PARADOS, PERMITIDA A COMPENSAÇÃO EM CASO DE ACORDO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE NÃO COMPROVADO E SEM AMPARO NA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO ORDINÁRIO DO SINDSEMP/MG A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 693.456/RS, Rel. Min. DIAS TOFOLLI,**

> **DJe 27.10.2016, em sede de Repercussão Geral, consolidou a orientação de que a Administração deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos Servidores Públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo.**
> **2. Da mesma forma é firme a orientação desta Corte Superior de que, no caso de greve, não há impedimento ou ilegalidade no desconto dos dias parados.** Precedentes: AgRg no REsp 1295289/CE, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 8.2.2017; AgInt no REsp. 1.608.657/DF, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 19.12.2016; RMS 49.339/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 20.10.2016; REsp. 1.616.801/AP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 13.9.2016; EDcl no AgRg no AgRg no REsp. 1.497.127/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 25.5.2016.
> 3. No caso dos autos, o impetrante não se desincumbiu de trazer aos autos qualquer prova de ato abusivo da Administração ou de tentativas frustradas de acordo, nem comprovou qualquer ato ilegal por conta do Estado, o que impede o reconhecimento do direito líquido e certo almejado.
> 4. Recurso Ordinário do SINDSEMP/MG a que se nega provimento. (RMS 51.635/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 19/04/2017)

No caso em tablado, como os recorrentes não se desincumbiram do ônus de provar a recuperação dos dias faltosos durante o período do movimento paredista, bem como de que a greve foi desencadeada por conduta abusiva da administração pública, mostra-se legal o desconto efetuado nos vencimentos dos servidores.

Ao analisar casos análogos, esta Corte de Justiça posicionou-se no mesmo sentido:

> EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDORA PÚBLICA. PROFESSORA DA REDE MUNICIPAL. GREVE. POSSIBILIDADE DE DESCONTO

DOS DIAS NÃO TRABALHADOS. NECESSIDADE DE RECUPERAÇÃO DOS DIAS PARALISADOS PARA CUMPRIMENTO DO ANO LETIVO DETERMINADO PELA LEI DE DIRETRIZES BÁSICAS DA EDUCAÇÃO. DÉFICIT NA CARGA HORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA.

1. A apelante alega que a Secretaria Municipal de Educação de Fortaleza emitiu a Portaria n. 581/2010, conferindo progressão por tempo de serviço, nos termos da Lei n. 9.249/2007, a servidores do Ambiente de Especialidade Educação, Núcleo de Atividades Específicas, Grupo Ocupacional Magistério, Nível de Classificação Professor, mas que não foi contemplada em virtude de participação em movimento grevista, motivo pelo qual ajuizou a presente ação, requerendo a progressão e pagamento dos valores retroativos. Requer a reforma da sentença singular, que julgou o pedido improcedente.

2. É certo que a Constituição Federal/88 assegurou o direito à greve, em seu art. 37, inciso VII, mas, por outro lado, o Poder Público não está impedido de descontar os dias não trabalhados, consoante decisões do STJ e dos Tribunais Pátrios.

3. Com efeito, a autora/apelante não foi contemplada com a progressão funcional prevista na Lei 9.249/2007 e não teve seu nome dentre os professores listados pela Portaria 581/2010, tendo em vista a não recuperação dos dias em que não prestou seus serviços durante o movimento grevista, sendo, portanto, legais os descontos ocorridos em seus vencimentos.

4. Apelação improvida. Sentença mantida. (TJ/CE, Apelação nº 0031116-96.2011.8.06.0001, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Inácio de Alencar Cortez Neto, data do julgamento: 27/11/2017)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – GREVE – DESCONTO DOS DIAS NÃO TRABALHADOS – PERDA DA PROGRESSÃO POR TEMPO DE SERVIÇO POR DÉFICIT NA CARGA HORÁRIA - LEGALIDADE - NECESSIDADE DE RECUPERAÇÃO DE DIAS PARALISADOS – SERVIDORA DEIXOU DE FAZER REPOSIÇÃO AOS SÁBADOS DOS

> DIAS NÃO TRABALHADOS, CONFORME ACORDO – SENTENÇA MANTIDA.
> 1. A Constituição Federal em seu artigo 37, VII, assegura aos servidores públicos o direito à greve, porém trata-se de norma de eficácia limitada, desprovida de autoaplicabilidade, que depende de lei específica que a regulamente, sendo, portanto, legítimos os descontos efetuados em razão dos dias não trabalhados.
> 2. É necessária a recuperação dos dias não trabalhados em razão do movimento paredista, a fim de que estes sejam considerados de efetivo exercício e desempenho.
> 3. É regra lógica do princípio pelo qual a administração somente tem a obrigação de efetuar o pagamento pelos dias efetivamente trabalhados à servidora que se negou a recuperar as aulas não administradas, aos sábados.
> 4. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. (TJ/CE, Apelação nº 0031108-22.2011.8.06.0001, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Bezerra Cavalcante, data do julgamento: 04/08/2015; grifei)

Por fim, ressalta-se que a falta de assiduidade dos docentes não acarreta necessariamente prejuízo à carga horária do aluno, exigida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação/LDB, uma vez que nesses casos a Administração Pública é obrigada a designar outro professor para cumpri-la.

Isto posto, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço da apelação para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença adversada.

Deixo de arbitrar honorários recursais, tendo em vista que o *decisum* singular foi publicado quando ainda estava em vigor o Código de Processo Civil de 1973, a teor do enunciado administrativo nº 7 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO
0138401 12.2015.8.06.0001
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: PAULO BONAVIDES
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO. MANUTENÇÃO DO VÍNCULO DE ORIGEM. PARIDADE ENTRE ATIVOS E INATIVOS. POSSIBILIDADE. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1 - A questão controvertida consiste em definir se ao autor/apelado, professor estadual inativo, poderão ser aplicados os efeitos do Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos dos professores do Magistério Superior Estadual – Lei 14.116, publicado em 28 de maio de 2008, ao invés da Lei Complementar Estadual nº 58/2006, aplicável ao quadro de servidores da Procuradoria – Geral do Estado.

2 - Preliminarmente, alega o apelante nulidade da sentença, ante o julgamento *extra petita* caso em tela, porquanto o pedido veiculado na peça prístina cingiu-se à revisão do ato de aposentadoria do autor e na sentença foi decidido se esse faria jus ou não às melhorias remuneratórias do Plano de Cargos e Carreiras da FUNECE (Lei Estadual nº 14.116/2008). Petição inicial é suficientemente clara ao requerer as extensão dos efeitos do Plano de Cargos Carreiras e Vantagens da FUNECE ao autor, obviamente o fato de este ser servidor inativo do

Estado atrai a revisão de seu ato de aposentadoria para a materialização de sua pretensão, é uma relação óbvia de causa e efeito, cujo cerne repousa em enquadrar ou não o apelado nas balizas da Lei Estadual nº 14.116/2008. PRELIMINAR REJEITADA.

3 – O Estado do Ceará reverbera ainda em sede preliminar que prescrição atingiu o fundo de direito, vez que, admitindo-se que o pedido versa sobre revisão do ato de aposentadoria do autor, publicado em 1997, tal pretensão encontra-se prescrita nos termos do art. 1º do Decreto Legislativo nº 20.910/32, haja vista terem decorridos mais de quinze anos da publicação do citado ato. Dessarte, resta claro que o prazo prescricional está irremediavelmente suspenso diante do pedido formulado pelo recorrido na seara administrativa, o qual ainda não teve seu processo concluído. Frise-se, por oportuno, que a prescrição atingirá apenas as parcelas remuneratórias vencidas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação. PRELIMINAR REJEITADA.

4 - A remoção não rompe o vínculo do servidor com seu órgão de origem, sendo-lhe assegurados todos os direitos e vantagens inerentes ao exercício do seu cargo efetivo. O promovente, ao ser removido para a Procuradoria Geral do Estado do Ceará, não teve seu vínculo com órgão de origem – FUNECE quebrado, razão pela qual faz jus à paridade de vencimentos e proventos estabelecidos pela Lei Ordinária nº 14.116/2008.

5 - Importante destacar que a hipótese delineada nos autos não se ocupa de equiparação entre

servidores de entes distintos, mas sim de paridade entre ativos e inativos do mesmo quadro funcional, através da vinculação do autor/apelado aos efeitos do plano de cargos e carreiras de seu órgão de origem, não insulando, portanto, o proibitivo marchetado na Súmula 339 do STF.
6 - A fixação dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor do proveito econômico reconhecido a favor do autor, soa-me razoável, considerando os parâmetros fixados no art. 85, §2º do CPC/2015, levando-se em conta a natureza da demanda, o tempo para o seu acompanhamento e o trabalho desenvolvido pelo causídico do promovente.
7 – Reexame Necessário e apelação conhecidos e improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, unanimemente, em conhecer o Reexame Necessário e a Apelação, negando provimento a ambos, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 07 de fevereiro de 2018.

RELATÓRIO

Cuidam-se os presentes autos de Reexame Necessário e Recurso de Apelação interposto pelo ESTADO DO CEARÁ com o fito de obter a reforma de sentença às fls. 334-345 proferida pelo MM Juiz de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que, em sede de Ação

Ordinária ajuizada por PAULO BONAVIDES em desfavor do apelante e Fundação Universidade Estadual do Ceará – FUNECE e o Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Ceará - TCE, procedente o pleito exordial.

Na oportunidade, o Magistrado singular determinou aos requeridos que: "a) estendam em favor de Paulo Bonavides os efeitos financeiros decorrentes do Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos do Grupo Ocupacional Magistério Superior - MAS da Fundação Universidade Estadual do Ceará - FUNECE, disciplinado pela Lei Estadual nº. 14.116/2008, a fim de que a parte autora passe a receber os proventos correspondentes ao pessoal da ativa que titule o cargo que o requerente ocupava ao tempo de sua aposentadoria, ou cargo a ele equivalente, efetuando-se o apostilamento do título; b) pagar à parte autora as parcelas em atraso, respeitada a prescrição quinquenal (Súmula 85 do STJ), com atualização monetária desde a data em que se tornaram devidas, e juros de mora a contar da citação, sendo que estes devem observância ao art. 1º - F da Lei nº 9.494/1997 e às Leis nºs 11.960/2009 e 12.703/2012, conforme a orientação atual do Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre a matéria (cf. RE 747703 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, j. 24/02/2015, bem como as ADIs de nºs 4357 e 4425, inclusa a decisão do Plenário de 25/03/2015, que conferiu eficácia prospectiva à Declaração de Inconstitucionalidade pronunciada nestas ADIs - § 12 do art. 100 da CF, introduzido pela EC 62/09, e, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/09 -, observando que essa decisão é limitada ao regime dos precatórios, e não ao do art. 1º- F da Lei nº 9.494/1997, que ainda não foi objeto de pronunciamento expresso pelo E. STF: em trâmite, para tanto, na Corte Suprema, novo tema referente à Repercussão Geral, de nº 810, atrelado ao RE 870947, apontado como *leading case*)."

Irresignado com o entendimento monocrático, o Estado do Ceará interpôs a presente sublevação às fls. 359-377, postulando a reforma integral da sentença.

Em suas razões, argumentou preliminarmente a nulidade da sentença, ante o julgamento *extra petita* do caso em tela, porquanto o pedido veiculado na peça prístina cingiu-se à revisão do ato de aposentadoria do autor e na sentença foi decidido se esse faria jus ou não às melhorias remuneratórias

do Plano de Cargos e Carreiras da FUNECE (Lei Estadual nº 14.116/2008). Alegou ainda a prescrição do fundo de direito, vez que, admitindo-se que o pedido versa sobre revisão do ato de aposentadoria do autor, publicado em 1997, tal pretensão encontra-se prescrita nos termos do art. 1º do Decreto Legislativo nº 20.910/32, haja vista terem decorridos mais de quinze anos da publicação do citado ato.

No que tange ao mérito, defendeu o recorrente a efetiva vinculação do autor ao quadro de servidores da Procuradoria Geral do Estado, de modo que qualquer pretensão de paridade vencimental deve ter por base o plano de cargos e carreiras desse órgão. Alegou também que não houve mera remoção do servidor apelado através do Decreto Estadual nº 14.640/81, mas sim verdadeira mudança de quadro funcional, pois o cargo de origem fora extinto e criado outro cargo na nova lotação.

Assentou, ademais, que o recorrido não é servidor público efetivo, cumprindo considerar ser apenas detentor de estabilidade no serviço público decorrente do art. 19 do ADCT, daí porque não ocuparia um cargo, mas simplesmente uma função, não fazendo jus ao plano de cargos e carreiras que tem como pressuposto a efetividade.

Em desfecho, afirmou que a sentença vergastada ao reconhecer a procedência do pleito, redundou em manifesta equiparação do autor por isonomia, farpeando a Súmula 339 do STF. Quanto aos honorários fixados, argumentou que houve violação aos termos do art. 85, §§ 3º e 4º do CPC.

Contrarrazões às fls. 381-394.

Empós subiram os autos a esse Egrégio Sodalício, sendo distribuídos e posteriormente conclusos a esta Relatoria.

É o relatório.

VOTO

Feito em ordem, não se vislumbrando, em seus aspectos formais, nenhum vício capaz de inquinar-lhe alguma nulidade, estando corretamente preenchidos os pressupostos processuais do feito, as condições da ação, bem como os requisitos de admissibilidade do reexame necessário e da sublevação manejada.

A questão controvertida consiste em definir se ao autor/apelado, professor estadual inativo, poderão ser aplicados os efeitos do Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos dos professores do Magistério Superior Estadual – Lei 14.116, publicado em 28 de maio de 2008, ao invés da Lei Complementar Estadual nº 58/2006, aplicável ao quadro de servidores da Procuradoria – Geral do Estado.

Preliminarmente, alega o apelante nulidade da sentença, ante o julgamento *extra petita* caso em tela, porquanto o pedido veiculado na peça prístina cingiu-se à revisão do ato de aposentadoria do autor e na sentença foi decidido se esse faria jus ou não às melhorias remuneratórias do Plano de Cargos e Carreiras da FUNECE (Lei Estadual nº 14.116/2008).

Com efeito, inexiste nulidade por julgamento *extra petita, o*argumento do apelante em dizer que o pleito inicial circunscreveu-se unicamente à revisão do ato de aposentadoria do autor é raso e sem maiores fundamentos.

Explico. A petição inicial é suficientemente clara ao requerer as extensão dos efeitos do Plano de Cargos Carreiras e Vantagens da FUNECE ao autor, obviamente o fato de este ser servidor inativo do Estado atrai a revisão de seu ato de aposentadoria para a materialização de sua pretensão, é uma relação óbvia de causa e efeito, cujo cerne repousa em enquadrar ou não o apelado nas balizas da Lei Estadual nº 14.116/2008.

Entender o contrário, levando-se em conta o *nomen juris*dado a ação pela parte autora, Ação Revisional de Aposentadoria, bem como a posição espacial do pedido de revisão de tal ato no rol dos requerimentos declinados na exordial, seria o mesmo que elevar a lógica fria e rarefeita da controversa interpretação gramatical a um patamar de excelência, subvertendo a permeabilidade ínsita à Ciência Jurídica, afinal esta não se confunde com a lógica jurídica, conforme já advertira o saudoso professor Carlos Cossio, *ad litteram*:

> **La Ciencia del Derecho positivo trata com el derecho vivido, que es el único derecho real y existente; sólo que para tratarlo científicamente ha de teorizarlo con la lógica que le es propria. Es un error crer que la ciencia del**

> **Derecho es sinónimo de Lógica jurídica.** (*in* La Valoración Jurídica y la Ciencia Del Derecho. Edições Arayú, Buenos Aires, 1954, 1ª Ed. pg. 65)

Ante o exposto, não diviso o alegado julgamento *extra petita*, impossível, portanto, admitir a nulidade do édito jurisdicional sob açoite. PRELIMINAR REJEITADA.

Noutro giro, o Estado do Ceará reverbera que prescrição atingiu o fundo de direito, vez que, admitindo-se que o pedido versa sobre revisão do ato de aposentadoria do autor, publicado em 1997, tal pretensão encontra-se prescrita nos termos do art. 1º do Decreto Legislativo nº 20.910/32, haja vista terem decorridos mais de quinze anos da publicação do citado ato.

Conforme já explicitado, o pedido principal deduzido no feito orbita em torno da extensão dos efeitos do Plano de Cargos Carreiras e Vantagens da FUNECE ao autor, de forma que os limitadores temporais para apreciação do pleito de equiparação devem ter como marco a publicação da Lei 14.116/2008, ou seja, 28 de maio de 2008.

Divisando-se tal quadro, colhemos da leitura atenta dos autos que o recorrido protocolou em 17 de março de 2009 pedido administrativo de nº 09063707-0, o qual possui identidade com o pleito estacado na vertente ação. Assim, tendo em vista a inexistência de provas acerca do encerro do referido procedimento, chega-se a inafastável conclusão de que o lustro prescricional encontrava-se suspenso quando do ajuizamento do conflito (março/2015) nos termos do art. 4º, § único, do Decreto nº 20.910/1932.

Nesse sentido, a Dicção Ilustrada do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. PENDÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. SITUAÇÃO QUE IMPEDE O TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DO IPSEMG DESPROVIDO.

> **1. À Luz das disposições legais que regem a prescrição contra a Fazenda Pública, do Código Civil e do Código de Processo Civil, a contagem do prazo quinquenal faz-se por anos, contados do dia do início (considerando o dia útil seguinte) e o dia do mês correspondente do ano em que se findar. 2. É firme o entendimento no âmbito do STJ de que a formalização de requerimento administrativo, dentro do prazo prescricional, provoca a suspensão do prazo e não a sua interrupção, *ex vi* do art. 4º., parág. Único, do Decreto 20.910/1932. 3. Na hipótese dos autos, é forçoso concluir pela inocorrência da prescrição do fundo de direito, haja vista a suspensão do prazo extintivo ante a pendência de requerimento administrativo, formulado dentro do prazo quinquenal. 4. Agravo Regimental do IPSEMG desprovido.** (STJ - AGRG/RESP: 1567910, Relator: NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 24/08/2016)
>
> **PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. EXISTÊNCIA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL.**
> **1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que, enquanto pendente de exame o pedido administrativo, o prazo prescricional permanece suspenso, só voltando a correr após a decisão administrativa. 2. Agravo regimental não provido.** (STJ - AGRG/RESP: 1569679, Relator: HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 19/05/2016)

Dessarte, resta claro que o prazo prescricional está irremediavelmente suspenso diante do pedido formulado pelo recorrido na seara administrativa, o qual ainda não teve seu processo concluído. Frise-se, por oportuno, que a prescrição atingirá apenas as parcelas remuneratórias vencidas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação. PRELIMINAR REJEITADA.

Nessa ordem de ideias, volvendo-nos doravante à análise do espectro meritório do feito em testilha, mister destacarmos que o autor/

apelado é servidor estadual aposentado do cargo de Professor Titular de Ensino Superior de Ensino Superior (DOE 10/07/1997), tendo sido inicialmente nomeado para exercer o cargo de Professor Universitário C-17 da Escola de Administração do Ceará, unidade posteriormente incorporada ao Centro de Estudos Sociais aplicados – CESA da Universidade Estadual do Ceará – UECE e, conforme Decreto nº 14.640 de 13 de agosto de 1981, REMOVIDO para a Procuradoria Geral do Estado (fl. 98).

Sobre o vocábulo REMOÇÃO, a pena insofismável do saudoso jurista DE PLÁCIDO e SILVA assim já se pronunciou, *ad litteram*:

> **Na terminologia do Direito Administrativo é empregado para distinguir o ato pelo qual, dentro do mesmo quadro de funcionários ou dentro da mesma repartição, se desloca ou se afasta o funcionário ou o empregado de um serviço para outro ou de uma repartição para outra, desde que subordinada ao mesmo regime ou compondo um mesmo departamento público. Desse modo, pela remoção, o funcionário ou o empregado não é excluído de seu quadro, nem muda de carreira. Ocorre, simplesmente, uma mudança ou deslocação de posição, isto é, do local que trabalhava, seja para exercer atividades em outra repartição, pertencente a mesma ordem, ou em outros serviços, executados na mesma repartição.** (*In* Vocabulário Jurídico – 31ª ed, 2014, Ed. Forense, Rio de Janeiro, p. 1201.)

Com efeito, é fácil aquilatar que a remoção do servidor, uma vez efetuada, não tem o condão de desvinculá-lo do seu órgão de origem, inclusive para fins de enquadramento em seu regime jurídico, inserindo-se neste o respectivo plano de cargos e carreiras aplicável ao agente público.

Perfilhando semelhante orientação, o Conselho da Justiça Federal ao editar a Resolução nº 03/08, tratando da remoção no âmbito da Justiça Federal, garantiu ao servidor removido a integridade do vínculo funcional com o órgão de origem, senão vejamos:

> Art. 33. A remoção não constitui, em nenhuma hipótese, forma de provimento ou de vacância de cargo efetivo.

> **Parágrafo único. O servidor removido para qualquer órgão dentro da Justiça Federal não perderá, para todos os efeitos, o vínculo com o órgão de origem.**

Na mesma toada, ao disciplinar o assunto na Resolução nº 110/2012, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho estabeleceu que:

> Art. 3º A remoção não constitui, em nenhuma hipótese, forma de provimento ou de vacância de cargo efetivo.
>
> **Art. 4º O servidor removido não perderá, em hipótese alguma, o vínculo com o órgão de origem, sendo-lhe assegurados todos os direitos e vantagens inerentes ao exercício do seu cargo efetivo.**

Embora não aplicáveis de forma direta ao autor/apelado, a comparação de tais dispositivos enaltece o processo interpretativo sistemático, ao tempo que erradia luzes sobre a *ratio legis*, facilitando o desenlace da controvérsia em apreço, bem no compasso dos ensinamentos do jurista cearense natural das plagas de Maranguape, Djacir de Lima Menezes:

> **A comparação dos textos de dispositivos referentes ao mesmo fato constitue o processo sistemático. Do conjunto resulta mais vivazmente o espírito da interpretação, precisando-se-lhe melhor o sentido. A conexão aviva-lhe o conteúdo subjetivo, dirimindo erronias. O elemento histórico é importante. O Direito não nasce da imaginação criadora. É um resultado de longos processos de adaptação ao meio, físico e social, sob enorme multiplicidade de fatores.** (*in* Introdução à Ciência do Direito. 2ª ed., Edições Globo, Porto Alegre, 1938. Pg. 171.)

Percebe-se, com clareza meridiana, que ambas as normas são acordes no sentido de que a remoção não rompe o vínculo do servidor com seu órgão de origem, sendo-lhe assegurados todos os direitos e vantagens inerentes ao exercício do seu cargo efetivo.

Abonando tal entendimento, assim já decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região em recentíssimo acórdão, *in verbis*:

> MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. REMOÇÃO. LEI 11.416/06. VINCULAÇÃO AO ÓRGÃO DE ORIGEM. CONTINUIDADE. PLANO DE SAÚDE. PROCEDENTE. **1. O Ato Conjunto TST/CSJT/GP nº 20, de 06.09.07, ao dispor sobre o instituto da remoção dos servidores da Justiça do Trabalho, especificou (art. 19) que o servidor removido continua vinculado ao órgão de origem, assegurados seus direitos e vantagens. Registre-se que referido ato foi revogado pela Resolução nº 110/2012, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que expressamente consignou (art. 25) a possibilidade de o servidor optar pelos benefícios concedidos pelo órgão de origem. Por sua vez, o art. 230 da Lei 8.112/90 também dispõe que a assistência à saúde do servidor será prestada pelo órgão ao qual estiver vinculado o servidor. 2. Nesse quadro, não subsistem dúvidas que o servidor removido continua vinculado ao órgão de origem, sendo este o responsável pela assistência a sua saúde e a dos seus dependentes. Além do mais, a norma superveniente, Resolução nº 110/2012, do CSJT, faculta a opção de percepção dos benefícios do órgão de origem ou de atividade. Desse modo, reiterando meu respeito a entendimento contrário, entendo que o impetrante tem o direito de continuar a usufruir do convênio de saúde oferecido pelo TRT da 2ª Região, seu órgão de origem. 3. Apelação do impetrante provido, para reformada a sentença, conceder a segurança e julgar procedente o pedido de continuar incluído no plano de saúde oferecido pelo órgão de origem.**
> (TRF03 - AC: 00206942320084036100, Relator: LOUISE FILGUEIRAS, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 19/10/2016)

Dessarte, forçoso reconhecer que o promovente, ao ser removido para a Procuradoria Geral do Estado do Ceará, não teve seu vínculo com órgão de origem – FUNECE quebrado, razão pela qual faz jus à paridade de vencimentos e proventos estabelecidos pela Lei Ordinária nº 14.116/2008.

Ressalte-se que, conforme salientado na respeitável sentença primeva, admitir a pretensão recursal em aplicar aos proventos de aposentadoria do autor o regramento da Lei Complementar nº 58/2006 farpearia frontalmente os dispositivos constitucionais que garantem proteção ao ato jurídico perfeito, direito adquirido e isonomia. Significaria sobrepujar a tônica constitucional, relegando sua importância como objeto de mediação aos meandros oportunistas do frenesi legiferante, enfraquecendo assim sua força normativa.

É a Constituição que deve servir como bússola e vetor interpretativo para todas as demais espécies normativas que compõe o Ordenamento Jurídico e não o contrário. Sábias, nesse sentido, as palavras do veterano da Universidade de Sevilla, professor Alfonso de Julios-Campuzano, *ad litteram:*

> **O dever mais importante que a Constituição desempenhou é o de possibilitar a unidade e a integração a partir da promoção de princípios e valores que necessitam ser assumidos de forma flexível, afastando toda concepção dogmática com a base material pluralista das sociedades contemporâneas. Dessa maneira, a Constituição assume um papel absolutamente decisivo na complexas, heterogêneas e plurais sociedades contemporâneas, dado que a diversidade de interesses em conflito transborda para o próprio ordenamento jurídico e, com ele, a lei como principal fonte de produção jurídica no Estado do Direito. Seu lugar é ocupado agora pela Constituição, como paradigma de uma produção jurídica flexível e plural cuja convergência somente pode resultar possível através dos princípios e valores estabelecidos na norma fundamental** .
>
> (*in* Constitucionalismo em Tempos de Globalização. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 2009. pgs 46-47.)

Nesse comenos, destaque-se que d esde a promulgação da EC nº 41/2003, não mais existe a paridade ou a isonomia de vencimentos e proventos entre servidores públicos ativos e inativos, assegurando a CF/88

apenas a revisão dos benefícios, de forma a lhes preservar o valor real, sendo a regra da paridade plena aplicável, entretanto, exclusivamente aos que já eram aposentados e pensionistas na data de sua publicação, a teor do que dispõe o seu art. 7º, o que se afeiçoa ao caso em apreço, haja vista o ato de aposentadoria do demandante datar de 10 de julho de 1997.

Ademais, conforme visto, importante destacar que a hipótese delineada nos autos não se ocupa de equiparação entre servidores de entes distintos, mas sim de paridade entre ativos e inativos do mesmo quadro funcional, através da vinculação do autor/apelado aos efeitos do plano de cargos e carreiras de seu órgão de origem, não insulando, portanto, o proibitivo marchetado na Súmula 339 do STF.

O *distinguishing* ora escandido justifica-se no inarredável e ciclópico dever do Magistrado em projetar os efeitos futuros de sua decisão, evitando assim, em casos semelhantes, o chamado efeito cascata. Percuciente, nessa senda, o escólio do eminente sociólogo de Luneburgo, Niklas Luhmann:

> **De fato, os tribunais veem-se obrigados a projetar o futuro. Isso ocorre no esboço das regras de decisão as quais o tribunal se aterá em casos futuros do mesmo tipo. Essas regras de decisão podem ser regras de interpretação das leis, ou, como se tem sobretudo no *Common Law*, regras que se adquirem diretamente com base na abstração do caso. Trata-se sempre de inventar delimitações que deverão ser vinculativas no futuro. Isso significa: o sistema se fecha temporalmente ao constituir o presente (que de *per si* se esvanece com a decisão) como passado do futuro presente. A decisão se apresentará como "*modo futuri exacti*", conformada por regras, sendo, assim, disciplinada.** (*in* O Direito da Sociedade. São Paulo, Martins Fontes, 2016, 1ª ed. Pgs. 435-436).

Por último, a fixação dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor do proveito econômico reconhecido a favor do autor, soa-me razoável, considerando os parâmetros fixados no art. 85, §2º do CPC/2015, levando-se em conta a natureza da demanda, o tempo para o seu acompanhamento e o trabalho desenvolvido pelo causídico do promovente.

Dessarte, o entendimento manifestado pelo Douto Magistrado de Piso, a nosso sentir, corresponde à melhor interpretação que o feito reclama, daí porque a sentença vergastada não carece de reproche e o desprovimento dos recursos necessário e voluntário é medida que se impõe.

ISSO POSTO, conheço o Reexame Necessário e a Apelação, porém nego-lhes provimento, mantendo inalterada a sentença a quo.

É como voto.

Fortaleza, 07 de fevereiro de 2018.

PROCESSO: 0160042-95.2011.8.06.0001 APELAÇÃO
APELANTE: F. DAS C.O.
APELADO: 1ª. VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE FORTALEZA/CE
RELATOR: DESEMBARGADOR HERÁCLITO VIEIRA DE SOUSA NETO

EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. LEVANTAMENTO DE INTERDIÇÃO. POSSIBILIDADE. (ARTIGO 1.186/73 DO CPC). TRANSTORNO AFETIVO BIPOLAR. PROVA DA CESSAÇÃO DA INCAPACIDADE QUE ENSEJOU O DECRETO DE INTERDIÇÃO. OCORRÊNCIA. APELO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU REFORMADA.

1. O cerne da controvérsia reside na possibilidade de levantamento da interdição outrora decretada, restabelecendo a capacidade civil do autor.

2. No caso em particular, o autor fora diagnosticado com transtorno afetivo bipolar (CID 10 = F31), considerado incapaz de gerir a si e aos seus bens, pelo que sobreveio a decretação de sua interdição, datada de 07/04/2009 .

3. A teor do art. 6º e 84 da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a deficiência não afeta a plena capacidade civil do indivíduo, porém, em casos especiais, admite-se que a pessoa com limitações seja submetida à curatela como medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

4. Conforme depoimentos colhidos durante a instrução processual, à época da decretação da interdição, o autor estava enfrentando uma crise

em resultado do transtorno afetivo bipolar que lhe acomete, no entanto, durante os últimos 09 (nove) anos fez acompanhamento médico regular com uso de medicação e atualmente apresenta condição emocional estável e comportamento definido como normal; repousa no caderno digital, atestado médico confirmatório de que o autor atualmente tem condições de retornar ao trabalho e capacidade para praticar os atos da vida civil.
5. Apelo CONHECIDO e PROVIDO. Sentença reformada para julgar procedente a ação e determinar o levantamento da interdição, restabelecendo ao autor a capacidade de gerir todos os atos da vida civil.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nos autos da Apelação Cível nº 0160042-95.2011.8.06.0001, por unanimidade, por uma de suas Turmas, em conhecer do recurso interposto para DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do eminente Relator.

Fortaleza, 06 de dezembro de 2017.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por F. das C. O. em face da decisão prolatada pela Dra. Maria Regina Oliveira Câmara, Juíza de Direito 1ª. Vara de Família da Comarca de Fortaleza/CE, nos autos da ação de Interdição.

Em sede de petição inicial informa o autor que fora decretada sua interdição em sentença prolatada em 17/04/2009, haja vista à época

padecer de problemas mentais que o incapacitavam de reger sua própria vida; defende que fora submetido a tratamento médico nos últimos anos o que resultou em sua reabilitação; requereu ao final o levantamento da interdição para fins de praticar todos os atos da vida civil. (fls. 2/8).

Documentos às folhas 5/28.

Realizada citação do curador e decorrido o prazo sem manifestação. (fls. 59/60).

Audiência de instrução cujos depoimentos foram registrados através gravação com áudio e vídeo. (fl. 85).

Petição com juntada do prontuário médico do interditando. (fls. 87/247).

Parecer Ministerial de primeiro grau acostado às folhas 249/251 pelo indeferimento do pleito autoral.

Em sentença de folhas 252/254 a magistrada de primeiro grau julgou improcedente a ação, por entender inexistir os requisitos que autorizam o levantamento da interdição.

Em recurso de Apelação o autor alega em síntese que os motivos que levaram a decretação de sua interdição não mais existem, fato comprovado através de documentos médicos e da prova oral; aduz que o prontuário médico acostado aos autos revela que o tratamento médico ao qual se submeteu promoveu bons resultados, possibilitando-o voltar a reger sua própria vida; menciona ainda que, em caso de ressurgirem os mesmos problemas mentais outrora existentes, nada obsta a decretação de nova interdição. Requereu ao final o provimento do recurso e o julgamento procedente da ação.(fls. 271/277).

Parecer Ministerial de segundo grau pelo provimento do recurso e levantamento da interdição do demandante. (fls. 288/293).

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

O cerne da controvérsia reside na possibilidade de levantamento da interdição outrora decretada, restabelecendo a capacidade civil do autor.

Cumpre mencionar inicialmente que a interdição é um Instituto que objetiva a proteção de pessoas incapacitadas, conferindo a outros a administração de seus bens e o auxílio na condução da vida.

No caso em particular, o autor fora diagnosticado com transtorno afetivo bipolar (CID 10 = F31), considerado alienado mental, inválido total e permanente para atividades laborativas e incapaz de gerir a si e aos seus bens, conforme se extrai do laudo médico pericial datado de 11/03/2009, acostado às folhas 18/20; pelo que sobreveio a decretação de sua interdição, por sentença da Dra. Maria Regina Oliveira Câmara, datada de 07/04/2009 e consequente nomeação de W. J. de O. como Curador (fls. 23/25).

Cumpre destacar o disposto nos artigos 3º e 4º, *in verbis* do Código Civil com a alteração trazida pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência):

> Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. GN.
>
> Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
>
> I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
> II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
> III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
> IV - os pródigos. GN.

Ademais, a teor do art. 6º e 84 da supracitada Lei nº 13.146/2015 em casos especiais, admite-se que a pessoa com limitações seja submetida à curatela como medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

Cumpre destacar ainda que os efeitos da curatela abrangem tão somente a área patrimonial, respeitando os interesses do interditado para, quando possível, permitir-lhe o controle de outros aspectos de sua vida, a exemplo do direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, educação, saúde, trabalho e ao voto (Art. 85 da Lei n. 13.146/2015).

No caso concreto, o que se detém no momento é a investigação sobre a atual condição psíquica do autor, quanto ao grau de discernimento e possibilidade de obter de volta a gerência de sua própria vida, nos termos do 1.186 do CPC/1973, *in verbis:*

> Art. 1.186. Levantar-se-á a interdição, cessando a causa que a determinou.
>
> § 1º O pedido de levantamento poderá ser feito pelo interditado e será apensado aos autos da interdição. O juiz nomeará perito para proceder ao exame de sanidade no interditado e após a apresentação do laudo designará audiência de instrução e julgamento.
>
> § 2º Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e mandará publicar a sentença, após o transito em julgado, pela imprensa local e órgão oficial por três vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, seguindo-se a averbação no Registro de Pessoas Naturais.

In casu, conforme depoimentos colhidos durante a instrução processual, à época da decretação da interdição, o autor estava enfrentando uma crise em resultado do transtorno afetivo bipolar que lhe acomete, no entanto, durante os últimos 09 (nove) anos fez acompanhamento médico regular com uso de medicação e atualmente apresenta condição emocional estável e comportamento definido como normal.

Importante destacar trechos dos depoimentos:

> "(…) que é irmão do autor e curador dele; que requereu a interdição porque aquela época ele estava em crise de transtorno bipolar, com reações agressivas, então achou melhor tentar aposentá-lo, mas não conseguiu o benefício, pois o INSS negou: que após o uso da medicação o autor passou a levar uma vida normal; que o objetivo do levantamento da interdição é para possibilitar que o autor faça uma faculdade e comece a trabalhar (…)." (V. J. de O. – Curador).

> "(…) que é médica psiquiatra e acompanha o tratamento do autor há 09 (nove) anos; que o autor sofre de transtorno afetivo bipolar, mas há nove anos não tem crises; que o autor está em boa condição e pode responder pelos próprios atos; que acredita que ele pode reger a própria vida civil; que o autor entrava em crise porque não tinha consciência da necessidade de tomar os remédios de forma contínua e regular, no entanto, após a conscientização, está levando uma vida normal; que o autor tem discernimento do que é certo e do que é errado; que o autor está muito bem e por conta disso, a frequência do acompanhamento médico reduziu para apenas três meses; que acredita que o médico que firmou o laudo anterior concernente a incapacidade do autor, o fez porque à época ele não aceitava a doença, no entanto, a condição dele mudou; que o autor pode levar uma vida normal, trabalhar e constituir família; que considera o caso do autor como uma vitória pessoal e uma vitória para ele como paciente, principalmente (…)." (Ana Jeceline Pedrosa, médica psiquiatra).

> " (…) que conhece o autor há 30 anos, desde que foi morar em frente a casa dele; que sabe que o autor sofreu de problemas mentais e foi internado; que atualmente o autor é uma pessoa normal e muito tranquila; que o autor não pode deixar de tomar a medicação; que o autor resolve as próprias coisas dele; que o autor não tem mais crises porque toma os remédios regularmente; (…) (Lúcia Alencar de Sousa de Siqueira)".

> " (…) que é vizinha do autor há mais de 20 anos; que conhece o autor como uma pessoa normal; que ouviu dizer que o autor foi internado, mas nunca viu o autor em crise; que nunca viu o autor agressivo; que o autor é amigável com todo mundo (...)" (Regina Ferreira da Cunha).

Acrescente-se que repousa a folha 28, atestado médico confirmatório de que o autor atualmente tem condições de retornar ao trabalho e capacidade para praticar os atos da vida civil.

Nesse contexto, coaduno com o parecer Ministerial de segundo grau, abaixo transcrito em parte, no sentido de que, o fato do autor ainda fazer uso de medicação como forma de controle da doença, não o incapacita

para exercer os atos da vida civil, vez que, agora em situação diferente de outrora, consegue manter a estabilidade emocional e psíquica.

> "Destaca-se que no desenrolar processual restou devidamente comprovado que o autor encontra-se a longo interstício sem apresentar nenhuma crise, porém, não possuindo plena liberdade para praticar os atos da vida civil, vez que o controle do transtorno diagnosticado encontra-se condicionado ao uso contínuo de substância química prescrita por médico habilitado. **Tal dependência, por si só, não se revela capaz de inviabilizar o pleito, posto que resta suficientemente configurada a cessação dos motivos que culminaram na interdição do autor.**
>
> (…) **entendemos que revela-se desarrazoado privar totalmente o autor da prática de todos os atos de sua vida civil, vez que restou devidamente comprovado que o mesmo encontra-se há nove anos sem enfrentar nenhuma crise**." GN.

Ademais, importante lembrar que o interesse maior a ser preservado é o do interditando, ressalte-se que "por recomendação constitucional (CF 227 §§ 1º. II e 2º. e 244), este segmento vem recebendo cada vez maior atenção. A Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, por ter sido chancelada pela Brasil, desde 2009 integra o sistema jurídico pátrio. Tem como propósito promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Diz o seu art. 12, item 2: *as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.*" (Manual de Direito das Famílias. Maria Berenice Dias. Revista dos Tribunais. 12ª edição. São Paulo: 2017. p. 708).

A propósito:

> APELAÇÃO CÍVEL. LEVANTAMENTO DE INTERDIÇÃO. CABIMENTO NO CASO CONCRETO. LAUDO PERICIAL

PSIQUIÁTRICO CONCLUSIVO NO SENTIDO DE QUE O PERICIADO NÃO APRESENTA ENFERMIDADE OU DEFICIÊNCIA MENTAL QUE CAUSE PREJUÍZO AO SEU DISCERNIMENTO, ENCONTRANDO-SE TOTALMENTE APTO AO EXERCÍCIO DOS ATOS DA VIDA CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70054814702, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 18/12/2013). GN.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CURATELA. LEVANTAMENTO DE INTERDIÇÃO. ALEGAÇÃO DE CESSAÇÃO DA INCAPACIDADE QUE ENSEJOU O DECRETO DE INTERDIÇÃO. ATESTADO MÉDICO E LAUDO PSICOLÓGICO QUE INDICAM A CAPACIDADE DO AUTOR PARA PRATICAR SOZINHO OS ATOS DA VIDA CIVIL. Constando dos autos elementos probatórios que indicam a capacidade do então curatelado para praticar, sozinho, os atos da vida civil, inclusive pelo fato de que ele reside desacompanhado desde que ocorrida a separação fática de sua esposa, que exerce a curatela, é de ser deferido o pedido liminar, no sentido de autorizar que o então curatelado passe a gerir sozinho ao menos os proventos por ele auferidos a título de aposentadoria. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70069573418, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 15/09/2016). GN.

Por todo o exposto, conheço do recurso para DAR-LHE PROVIMENTO, reformando a decisão alvejada para julgar procedente a ação e proceder o levantamento da interdição de F. das C. O., restabelecendo ao mesmo a capacidade de gerir todos os atos da vida civil, ao tempo em que revogo os poderes concedidos ao curador quando da decretação da interdição.

É como voto.

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL
Nº 0180586-36.2013.8.06.0001
APELANTES: MARIA NADIR SAMPAIO MENEZES E ESTADO DO CEARÁ
APELADOS: MARIA NADIR SAMPAIO MENEZES E ESTADO DO CEARÁ
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATORA: TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES
ORIGEM: AÇÃO ORDINÁRIA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE REINTEGRAÇÃO DE SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. DEMISSÃO A PRETEXTO DE ABANDONO DE CARGO ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMANDA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU. INDEFERIMENTO DA PRETENSÃO REINTEGRATÓRIA E CONDENAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ AO PAGAMENTO DOS VENCIMENTOS SUPRIMIDOS ANTES DA CONCLUSÃO DO PAD. POSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DA CONFIGURAÇÃO DO *ANIMUS ABANDONANDI*, REQUISITO SUBJETIVO PARA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. DIVERSOS PEDIDOS DE LICENÇA E PAGAMENTO DOS VENCIMENTOS DA SERVIDORA DURANTE O PERÍODO DE AUSÊNCIA AO SERVIÇO. *ANIMUS ABANDONANDI* NÃO CONFIGURADO. CONCESSÃO DE

LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE POSTERIORMENTE AO INTERREGNO DO SUPOSTO ABANDONO. PERDÃO TÁCITO CONFIGURADO. DEMISSÃO IMOTIVADA. DANO MORAL DEVIDO. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL E DO STJ. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA. APELAÇÃO CÍVEL DA DEMANDANTE PROVIDA. APELO DO DEMANDADO PREJUDICADO.

1. No plano formal, o Processo Administrativo Disciplinar em análise seguiu seu trâmite regular, sendo conferida ampla oportunidade de defesa à processada, com interrogatório, apresentação de defesa prévia, audiência de oitiva das testemunhas de defesa e alegações finais, não se verificando, portanto, qualquer nulidade no procedimento adotado.

2. Não transpõe o Poder Judiciário o campo estrito da legalidade quando se limita a verificar se o processo disciplinar apurou a ocorrência do motivo invocado para a aplicação da pena de demissão,

pois o motivo, situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo, é requisito essencial para sua validade. Nessa perspectiva, é permitido ao Poder Judiciário sindicar acerca da configuração do *animus abandonandi*, elemento subjetivo componente da infração do abandono de cargo.

3. No caso, conclui-se pela ausência do *animus abandonandi* da promovente, em face dos reiterados pedidos e deferimentos de licença para tratamento de saúde durante o período de

ausência (20 de outubro de 2009 a 10 de março de 2011).

4. A par de tal constatação, verifica-se que, embora o Estado do Ceará alegue a injustificada ausência da demandante ao serviço no referido interregno temporal, pagou normalmente os seus vencimentos, em contrariedade ao que dispõe o art. 124, IV, da Lei nº 9.826/1974 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Ceará), só interrompendo o pagamento, por tal motivo, em setembro de 2011, pouco antes da abertura da Sindicância que precedeu ao PAD, a fazer presumir a regularidade de seu afastamento do serviço.

5. Tem-se ainda que a concessão de licença para tratamento de saúde à autora no período de 25/07/2011 a 15/09/2011, antes da instauração do PAD, conforme atesta a Coordenadoria de Perícia Médica do Estado do Ceará, mostra-se incompatível com a pretensão punitiva por suposto abandono de cargo em período pretérito, por caracterizar o perdão tácito. Precedentes deste Tribunal e do STJ.

6. Entende-se por dano moral a dor interna ou a tristeza aplicada injustamente a alguém. Tal fato se configura no estado de frustração, intranquilidade, depressão, apatia dentre outros sentimentos negativos e ruins que tomam conta do ser íntimo da pessoa e afligem sua alma. Com efeito, não há como deixar de reconhecer que tais sentimentos são suportados por servidor público demitido sem justa causa, a caracterizar a ocorrência do dano moral.

7. Sentença reformada para julgar-se procedente a ação, declarando-se a nulidade do ato que demitiu a autora do serviço público, determinando-se a sua reintegração no cargo de professora, com a condenação do réu ao pagamento dos vencimentos e consectários devidos desde a data de sua indevida interrupção até a efetiva reintegração no cargo, acrescidos de juros de mora e correção monetária, bem como em danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e honorários de advogado a serem fixados em sede de cumprimento de sentença, nos termos do art. 85, §§ 3º e 4º, II, do CPC.

8. Em face do provimento do recurso da demandante, resta prejudicado o exame do apelo interposto pelo Estado do Ceará, o qual pugna apenas pela exclusão da sua condenação em honorários advocatícios, ao argumento de ter sucumbido em parte mínima do pedido.

8. Remessa Necessária desprovida. Apelação Cível da demandante provida. Apelo do demandado prejudicado.

ACÓRDÃO

ACORDA a Turma Julgadora da Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer dos recursos para desprover a Remessa Necessária, prover a Apelação Cível da demandante e declarar prejudicado o Apelo do demandado, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Fortaleza, 11 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelações Cíveis interpostas por Maria Nadir Sampaio Menezes (demandante) e pelo Estado do Ceará (demandado), adversando a sentença do Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza (fls. 869/880), que julgou parcialmente procedente a ação ordinária ajuizada pela recorrente visando à anulação do processo administrativo disciplinar que culminou com a sua demissão do serviço público e, consequentemente, a sua reintegração ao cargo de Professora, bem como a condenação do Estado do Ceará ao pagamento dos vencimentos que deixou de perceber em razão do indevido afastamento de suas atividades e de indenização por danos morais em valor a ser arbitrado pelo julgador.

Integro a esta decisão trecho do relatório constante no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, a seguir transcrito (fls. 1487-1489):

> [...]
> A sentença objeto de irresignação das partes e de reexame em segundo grau, fls. 869/880, julgou parcialmente procedente o pleito autoral, "para tão somente condenar o Estado do Ceará ao pagamento dos vencimentos que a autora deixou de perceber durante o período de agosto e setembro de 2011, sobre os quais deverão incidir juros de mora e correção monetária". O ESTADO DO CEARÁ e a autora foram condenados em honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor do proveito econômico obtido, cuja exigibilidade, quanto à última, restaria suspensa por estar sob o pálio da justiça gratuita.
> MARIA NADIR SAMPAIO MENEZES apela às fls. 886/923. Em suas razões, aduz que a sentença não enfrentara todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a sua conclusão (art. 489, § 1º, inciso IV, do CPC), pois as provas carreadas nas fases de sindicância e de processo administrativo disciplinar, ao contrário do que se concluiu em sentença, apontariam que a servidora não cometera ilícito algum. Acrescenta que o Judiciário deve atuar na espécie, via controle de legalidade, em razão de uma série de irregularidades e abusos cometidos pela Administração Pública.

> Requesta pela concessão de medida liminar de urgência, para que seja determinada a imediata reintegração da apelante com o restabelecimento de seus vencimentos, e, no mérito, a reforma da sentença em todos os seus termos, à exceção da parte que condenou o promovido ao pagamento dos salários de agosto e setembro de 2011.
> O ESTADO DO CEARÁ, por sua vez, interpôs recurso de apelação às fls. 927/935, pugnando pela exclusão da condenação do ente em honorários advocatícios, por ter sucumbido em parte mínima do pedido.
> Contrarrazões do ESTADO DO CEARÁ às fls. 939/983. Defende que a supressão dos vencimentos da autora deu-se por ausência injustificada desta no serviço público. Ademais, a ausência espontânea e prolongada configura o abandono de cargo, previsto no art. 199, § 1º, do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Ceará, infração à qual se comina a pena de demissão, não havendo ilegalidade a ser coibida. Assevera que o procedimento se dera com estrita observância ao devido processo legal, não sendo possível a revisão do mérito do ato administrativo por parte do Poder Judiciário. Por fim, alega a ausência de nexo de causalidade a ensejar a responsabilidade civil do Estado.
> MARIA NADIR SAMPAIO MENEZES, às fls. 984/992, apresenta contrarrazões ao recurso apelatório de fls. 927/935, pela manutenção do pagamento dos honorários advocatícios ao qual o ente recorrido foi condenado.
> Às fls. 993/1.477 foi juntado recurso de Agravo de Instrumento, julgado prejudicado pela superveniente perda de objeto, ante a prolação de sentença no feito principal, consoante decisão monocrática da eminente Relatora à fl. 1.472.
> [...]

Acrescento que a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento da Remessa Necessária, pelo desprovimento do recurso do demandado e pelo parcial provimento do apelo da demandante, tão somente para condenar o Estado do Ceará ao pagamento de danos morais em razão da retenção indevida dos vencimentos da autora.

Em face da superveniente juntada aos autos, pela autora, da documentação de fls. 1.501-1.503, visando à comprovação de que já tinha

tempo de contribuição para sua aposentadoria quando foi submetida ao Processo Administrativo Disciplinar – PAD, determinei a intimação do demandado para se pronunciar, o qual o fez nos seguintes termos, *in verbis*:

> [...] que não houve mudança nenhuma com os supostos fatos trazidos pela parte autora, tendo em vista que, ainda que houvesse tempo de contribuição para aposentadoria, não se discutiu nos autos pedido de aposentadoria, sendo objeto estranho a lide.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por seu turno, ao argumento de que a documentação nova apresentada não modifica o entendimento outrora exarado, ratificou o seu anterior parecer.

É o relatório

Preenchidos os requisitos legais de admissibilidade recursal, conheço da Remessa Necessária e das Apelações Cíveis.

Insurge-se a demandante, em seu apelo, contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação ordinária por ela ajuizada, condenando o Estado do Ceará apenas ao pagamento dos vencimentos que a autora deixou de perceber durante o período de agosto e setembro de 2011, confirmando o ato administrativo que lhe aplicou a pena de demissão, após instauração de procedimento administrativo disciplinar.

Conforme relatado, cinge-se a controvérsia acerca da legalidade do procedimento administrativo disciplinar, especialmente sobre a comprovação dos requisitos legais de caráter objetivo e subjetivo para a aplicação da penalidade de demissão imposta à recorrente, quais sejam: a deliberada ausência ao serviço, sem justa causa, por trinta (30) dias consecutivos ou 60 (sessenta) dias, interpoladamente, durante 12 (doze) meses e o *animus abandonandi*.

Destaca-se inicialmente que, no plano formal, o processo administrativo em análise seguiu seu trâmite regular, sendo conferida ampla oportunidade de defesa à processada, com interrogatório, apresentação de defesa prévia, audiência de oitiva das testemunhas de defesa e alegações finais, não se verificando, portanto, qualquer nulidade no procedimento adotado.

No que tange à alegada ausência dos requisitos objetivos e subjetivos para a caracterização do abandono ao serviço, salienta-se que, no reexame do ato administrativo, não transpõe o Poder Judiciário o campo estrito da legalidade quando se limita a verificar se o processo disciplinar apurou a ocorrência do motivo invocado para a aplicação da pena de demissão ao servidor, pois o motivo, situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo, é requisito essencial para sua validade.

Sobre a teoria dos motivos determinantes, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

> De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de "motivos de fato" falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enuncia-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam. (Curso de Direito Administrativo. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros.2005, p. 376)

Nessa perspectiva, conclui-se ser permitido ao Poder Judiciário sindicar acerca da configuração do *animus abandonandi*, elemento subjetivo componente da infração do abandono de cargo.

No mesmo diapasão, assim pontuou a Magistrada *a quo*, *in verbis*:

> Sobre o controle dos processos e atos disciplinares, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido um controle judicial amplo, não apenas em relação à competência, finalidade e forma, mas também quanto aos motivos (pressupostos de fato e de direito que embasaram a atuação administrativa) e a causa (adequação entre os

pressupostos do ato e seu objeto), vedando apenas a incursão no mérito administrativo, com a finalidade de aferir o grau de conveniência e oportunidade. Seguem os julgados que tratam da matéria, com grifos nossos:

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. **O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.** 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, **o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.** 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido. (RMS 24699, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005 PP-00056 EMENT VOL-02198-02 PP-00222 RDDP n. 31, 2005, p.237-238 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 167-183 RTJ VOL-00195-01 PP-00064).

> Dessa forma, não há dúvidas que, no caso posto em julgamento, faz-se legítima a análise do ato administrativo pelo Poder Judiciário em todos aqueles aspectos já delineados, e, inclusive, no que diz respeito ao nexo entre a motivação expressada na decisão administrativa e o motivo em seu aspecto fático. Passo então à análise do mérito. [...]

No mesma diretiva, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. DEMISSÃO. ABANDONO DE CARGO. *ANIMUS ABANDONANDI*. AUSÊNCIA. PEDIDO DE LICENÇA-MÉDICA. PRORROGAÇÃO.
> 1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado, com fundamento no art. 105, I, "b", da Constituição da República, contra ato do Ministro de Estado da Justiça que demitiu o impetrante, Policial Rodoviário Federal, com base nos arts. 116, III e XI, e 132, II, da Lei 8.112/1990. 2. Sustenta o impetrante, no que diz respeito aos dias que não compareceu ao serviço, que não houve abandono de cargo, pois estava afastado para tratamento de saúde. 3. Em se tratando de ato demissionário consistente no abandono de emprego ou na inassiduidade ao trabalho, impõe-se averiguar o *animus* específico do servidor, a fim de avaliar o seu grau de desídia. 4. **O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado de que, para se concluir pelo abandono de cargo e aplicar a pena de demissão, a Administração Pública deve verificar o *animus abandonandi* do servidor, elemento indispensável para a caracterização do mencionado ilícito administrativo. (RMS 13.108/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 2/12/2003, DJ 19/12/2003, p. 494).** 5. No caso dos autos, é incontroverso que o impetrante apresentou à Administração Pública, especificamente à Divisão de Saúde e Assistência Social (DISAS/CGRH), três atestados médicos sucessivos, devidamente assinados por médico credenciado, com o escopo de justificar sua ausência ao serviço e obter prorrogação de sua licença médica, conforme certificado pelo próprio Chefe da referida Divisão (fls. 100; 188 e 295/e-STJ). 6.

Outrossim, é incontroverso que o ora impetrante compareceu a pelo menos duas perícias médicas, designadas para os dias 14.9.2010 e 16.11.2010, conforme relatado no Parecer 022/2012/ACS/CAD/CONJUR-MJ/CGU/AGU (fls. 847-849/eSTJ). 7. Finalmente, o impetrante buscou ser diligente ao comunicar à Coordenação de Recursos Humanos da DPRF seu comparecimento à junta médica (fl. 430/e-STJ). 8. Nesse quadro, não se verifica o *animus abandonandi*, requisito necessário à aplicação da pena de demissão. 9. No que diz respeito à não apresentação dos atestados no prazo estabelecido no Decreto 7.003/2009, o servidor deve ser punido com a perda da remuneração equivalente aos dias das faltas, aplicando-se o disposto no art. 4º, §§ 4º e 5º, do referido Decreto, combinado com o art. 44, I, da Lei 8.112/91; enquanto que o não comparecimento do impetrante às perícias designadas para 18.11.2010 e 18.1.2011 são punidas com a pena suspensão, a teor do que dispõe o art. 130, § 1º, da Lei 8.112/91. Incabível, contudo, a pena de demissão. 10. Segurança concedida. (MS 18.936/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 23/09/2016)

MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PAD. FATO APURADO: SUPOSTA EXIGÊNCIA DE VANTAGEM PECUNIÁRIA PARA LIBERAÇÃO DE VEÍCULO DE PARTICULA (ART. 117, IX DA LEI 8.112/90). PENA APLICADA: DEMISSÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA. PENALIZAÇÃO COERENTE COM OS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA O QUE, CONTUDO, É DEFESO NA VIA DO MANDADO DE SEGURANÇA. NULIDADE DA PORTARIA INAUGURAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS INVESTIGADOS E CAPITULAÇÃO. DESNECESSIDADE. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade

no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório. Precedentes. 2. Entretanto, em virtude do seu perfil de remédio constitucional de eficácia prontíssima contra ilegalidades e abusos, o Mandado de Segurança não comporta instrução ou dilação probatória, por isso a demonstração objetiva e segura do ato vulnerador ou ameaçador de direito subjetivo há de vir prévia e documentalmente apensada ao pedido inicial, sem o que a postulação não poderá ser atendida na via expressa do *writ of mandamus*. 3. *In casu*, a leitura da peça inaugural e dos documentos carreadas aos autos não foram suficientes para comprovar de plano as alegações de falta de prova e de imparcialidade. 4. O material probatório colhido no decorrer do Processo Administrativo Disciplinar autoriza - do ponto de vista estritamente formal - a aplicação da sanção de demissão, uma vez que decorreu de atividade administrativa disciplinar a qual aparenta regularidade procedimental, não se evidenciando desproporcional ou despida de razoabilidade a punição aplicada, sem embargo de sua ulterior avaliação em sede processual de largas possibilidades instrutórias. 5. Somente após o início da instrução probatória, a Comissão Processante poderá fazer o relato circunstanciado das condutas supostamente praticadas pelo Servidor indiciado, capitulando as infrações porventura cometidas; precisamente por isso, não se exige que a Portaria instauradora do Processo Disciplinar contenha a minuciosa descrição dos fatos que serão apurados, exigível apenas quando do indiciamento do Servidor. Precedentes desta Corte. 6. Ordem denegada, com ressalva das vias ordinárias. (MS 17.981/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/02/2016, DJe 03/03/2016)

MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - ABANDONO DE EMPREGO. AUSÊNCIA DO *ANIMUS ABANDONANDI* - PRECEDENTES – ORDEM CONCEDIDA.

> **O ato disciplinar é vinculado, deixando a lei pequenas margens de discricionariedade à Administração, que não pode demitir ou aplicar quaisquer penalidades contrárias à lei, ou em desconformidade com suas disposições. O art. 140 da Lei 8.112/90, dispõe sobre a necessidade de indicação precisa do período de ausência intencional do servidor ao serviço superior a trinta dias. Tendo sido o Impetrante demitido em plena vigência de licença para tratamento de saúde, não há como se considerar presente o *animus abandonandi*, elemento subjetivo componente da infração "abandono de cargo".** A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou já entendimento no sentido de que **"em se tratando de ato demissionário consistente no abandono de emprego ou inassiduidade ao trabalho, impõe-se averiguar o *animus* específico do servidor, a fim de avaliar o seu grau de desídia.** (cf. MS nº 6.952/DF, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 2/10/2000).Ordem concedida. (STJ MS 11.955/DF, Rel. Ministro PAULO MEDINA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2007, DJ 02/04/2007, p. 229). [grifei]

Sendo assim, passa-se a sindicar acerca da configuração, na espécie, dos requisitos necessários à demissão da autora por abandono de cargo (art. 199, III e § 1º, da Lei nº 9.826/1974 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Ceará), quais sejam: a deliberada ausência ao serviço, sem justa causa, por trinta (30) dias consecutivos ou 60 (sessenta) dias, interpoladamente, durante 12 (doze) meses e o *animus abandonandi*.

A Magistrada *a quo* julgou improcedente a demanda, no que tange ao pedido de reintegração, afirmando, *in verbis:*

> Inicialmente, verifica-se que o ato de demissão da autora, publicado no DOE de 06.11.2013 (fls. 534) é retroativo à 20 de outubro de 2009. Quer dizer, segundo o relatório final do Processo Administrativo Disciplinar acostado (fls. 354/375), desde a referida data, a autora não teria apresentado justificativas às faltas ao serviço, bem como teria se beneficiado de um laudo médico falsificado, com licença de noventa dias, iniciando-se em 17.03.2011. É o que se vê adiante:

(...) Entende a Comissão Processante que apesar de não haver provas de que a indiciada falsificou o laudo pericial constante às fls. 108, dele utilizou-se para se afastar indevidamente de suas funções no serviço público estadual. E, embora não se possa comprovar ter sido ela a autora das rasuras e adulterações nas frequências da Escola, é certo que delas se apoderou sem autorização da Diretora ou da Secretária, mesmo tendo recebido orientação de fotocopiá-las no próprio recinto. Ressalte-se que a Diretora Geral do CEJA, após comprovar as alterações nos documentos de frequências mensais enviadas à SEDUC, fez o Boletim de Ocorrências de fls. 147, buscando resguardar sua responsabilidade. (...) Assim, de acordo com tudo o que foi apurado, manifesto está que a servidora indiciada incorreu verdadeiramente na prática do ilícito de que está sendo acusada, abandono de cargo/função, uma vez que não consta em seus assentamentos funcionais nenhum laudo pericial oficial expedido pela Coordenadoria de Perícia Médica - COPEM, autorizando o seu afastamento para tratamento de saúde no período de 20 de outubro de 2009 à 24 de julho de 2011, pois se afastou se beneficiando do Laudo Médico falso (...) Observe-se que, na ficha funcional da autora (fls. 67 e 140) e no histórico de licenças médicas (fls. 173/174), encontra-se registrado as suas duas últimas licenças-saúde, uma de 22.06.2009 a 20.08.2009 e outra de 21.08.2009 a 19.10.2009. Ademais, através do atestado médico de fls. 45, a autora encontrava-se sob tratamento psiquiátrico desde o dia 23.12.2011, ao passo que as declarações médicas de fls. 286/289 são datadas de 05.12.2011, 24.01.2012 e 06.03.2012, respectivamente. Não há qualquer menção a partir do mês 10.2009. E ainda, no relatório denominado "registro de informações", do mês 10.2009 a 07.2011 (fls. 76/98), não comprova que a promovente estava trabalhando ou sob licença. Ademais, uma simples observação escrita à mão (fls. 80 e 82) de que a autora estaria de licença a partir de 23.12.2009, por 60 dias, não é suficiente para comprovar a verdade dos fatos, vez que não está respaldado em laudo técnico específico. Da mesma forma são as observações de fls. 90, 91, de que estava supostamente sob licença nos meses 10 e 11 de 2010. No que tange ao laudo médico falsificado (fls. 102), autorizando uma licença médica de 17.03.2011 a

17.07.2011 (fls. 96/99), do médico Dr. Francisco de Assis B. Carvalho, na verdade, não restou comprovado no processo administrativo disciplinar a autoria da referida falsificação, tampouco nestes autos. No entanto, é importante destacar que não se mostra relevante a referida comprovação, tampouco se a licença-médica, objeto deste laudo, foi no intuito de beneficiar a própria autora, vez que a promovente supriu a laudo falsificado pelo atestado médico de fls.103, datado de 10.03.2011, de lavra do médico ortopedista Dr. Herculano Silva, concedendo-lhe uma licença por 90 dias, inclusive afirmando em seu depoimento no PAD (fls. 220/221 e 265/268), sobre o referido documento, o que não foi objeto de contestação da comissão processante nem do Estado do Ceará. **O que se mostra controvertido é o período do mês 10.2009 até 10.03.2011. Não há provas de que neste intervalo de tempo a autora estaria de licença ou efetivamente trabalhando. Neste sentido, a mesma não fez qualquer prova dos fatos constitutivos do direito vindicado, não se desincumbindo portanto do ônus probatório que lhe é imposto pelo artigo 373, inciso I, do CPC. Significa dizer que restou comprovado no PAD questionado o requisito objeto para configuração da transgressão de abandono de cargo, qual seja, a ausência intencional por período superior a 30 dias ou 60 (sessenta) dias, interpoladamente, durante 12 (doze) meses, vez que não existe qualquer prova nos autos de que a autora estaria trabalhando ou que teria apresentado as respectivas licenças médicas durante o referido período controverso. Com relação ao segundo requisito, a saber, o subjetivo, pressuposto necessário à aplicação da pena de demissão por abandono de cargo, verifico estar presente o *animus abandonandi*, vez que não há, por exemplo, provas da presença da postulação prévia da prorrogação da licença-médica a partir do mês 10.2009, nem de formulação de qualquer outro requerimento de novas licenças, ainda que sob análise da Administração Pública, o que afastaria, por certo, o referido requisito.** Com efeito, a requerente, em virtude do drama pessoal que vivia e os graves efeitos desta crise em sua saúde mental e física, viu-se impossibilitada de continuar a trabalhar. No entanto, o fato de ausentar-se

> do serviço sem qualquer prova de licença para tratamento de saúde ou sem razões devidamente justificadas, pode ser interpretado, necessariamente, como desídia, configurando-se portanto o *animus abandonandi.* [grifei]

Destaca-se que, não restando comprovado no PAD a falsificação pela autora da licença médica de 17.03.2011 a 17.07.2011, tampouco que rasurou as suas fichas de frequência, conforme bem pontuou a Juíza *a quo*, **a controvérsia cinge-se em saber se resta configurado ou não o abandono de cargo no período compreendido entre 20 de outubro de 2009 a 10 de março de 2011.**

Com base na certidão emitida pela Coordenadoria de Perícia Médica do Estado do Ceará (fls. 173-174), da qual não consta licença para tratamento de saúde em tal período, a Magistrada primeva entendeu restar configurado o abandono de cargo.

Não obstante, verifica-se que, embora não conste da referida certidão a concessão de licenças médicas à autora no referido período, repousam às fls. 140-144 do PAD (fls. 197-200 destes autos), cópias de laudos emitidos pela Célula de Perícia Médica da SEPLAG concessivos de licença para tratamento de saúde em favor da autora nos seguintes períodos: 23/12/2009 a 20/02/2010; 03/05/2010 a 01/06/2010; 05/07/2010 a 29/08/2010; 31/08/2010 a 29/10/2010, todas em prorrogação, a fazer induzir que a demandante, de fato, as requereu, embora não tenham sido registradas.

Saliente-se que a veracidade de tais documentos não foi contestada pelo Estado do Ceará, que a eles sequer se reportou em sua contestação ou em contrarrazões ao apelo da demandante.

Nesses termos, forçoso concluir a ausência do *animus abandonandi* da promovente no período de 20 de outubro de 2009 a 10 de março de 2011, em face dos reiterados pedidos e deferimentos de licença para tratamento de saúde, pois, conforme asseverou o próprio promovido, o ânimo de abandonar do servidor se configura, *in verbis:* "pela ausência deliberada ao serviço e pela despreocupação com sua situação funcional" (fls. 411).

A par de tal constatação, verifica-se que, embora o Estado do Ceará alegue a injustificada ausência da demandante ao serviço no referido interregno temporal, pagou normalmente os seus vencimentos, em contrariedade ao que dispõe o art. 124, IV, da Lei nº 9.826/19741 41[1] - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Ceará, só interrompendo o pagamento, por tal motivo, em setembro de 2011, pouco antes da abertura da Sindicância que precedeu ao PAD, a fazer presumir a regularidade de sua situação funcional no referido período.

Tem-se ainda que a concessão de licença à autora no período de 25/07/2011 a 15/09/2011, antes da instauração do PAD, conforme atesta a própria Coordenadoria de Perícia Médica do Estado do Ceará, através da certidão de fls. 173-174, mostra-se incompatível com a pretensão punitiva por suposto abandono de cargo em período pretérito, por caracterizar o perdão tácito.

Em casos análogos, assim já se posicionou este Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORA PÚBLICA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. ACOLHIDA. AUTARQUIA QUE POSSUI PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA. APELO DO ESTADO DO CEARÁ PREJUDICADO NA ANÁLISE MERITÓRIA. **SUPOSTO ABANDONO DE CARGO. PENALIDADE DE DEMISSÃO APLICADA ERRONEAMENTE. *ANIMUS ABANDONANDI*. AUSÊNCIA. PEDIDO DE RENOVAÇÃO DA LICENÇA EXTRAORDINÁRIA. SERVIDORA COM QUADRO DE DEPRESSÃO. CONCESSÃO DE LICENÇA MESMO APÓS A AUSÊNCIA. PERDÃO TÁCITO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DA SEMACE CONHECIDAS E DESPROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA.**

1 Art. 124 - O funcionário perderá:[...]
IV - o vencimento do dia, se não comparecer ao serviço, salvo motivo legal ou doença comprovada, de acordo com o disposto neste Estatuto;

1. Cuidam-se de Remessa Necessária e Apelações Cíveis, autuadas sob o nº. 0174053-32.2011.8.06.0001 interpostas pelo ESTADO DO CEARÁ e pela SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE - SEMACE contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE, nos autos da Ação Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo, ajuizada por DENISE MARIA RODRIGUES GUILHERME, que julgou procedente os pedidos autorais, confirmando a antecipação de tutela outrora deferida, no sentido de declarar nulo o ato administrativo que instaurou o PAD nº. 08675294-4 em desfavor da demandante, bem assim a respectiva a Portaria nº. 251/2011. 2. Preliminar. O Estado do Ceará, preliminarmente, requer que seja reconhecida a sua ilegitimidade passiva quanto a anulação do ato administrativo, o que de pronto vislumbro merecer acolhimento. Ora, a Semace é uma autarquia vinculada à Secretaria do Meio Ambiente - SEMA que tem a responsabilidade de executar a Política Ambiental do Estado do Ceará, ou seja, é uma autarquia vinculada ao Estado do Ceará possuindo personalidade jurídica própria (Pessoa Jurídica de Direito Público), razão pela qual merece acolhimento a arguição de que não possui legitimidade para anulação do ato, sendo ilegítimo também para o abono de faltas. Preliminar acolhida. Recurso de Apelo do Estado prejudicado em sua análise de mérito. 3. Por conseguinte, no que atine a Apelação Cível da Semace e do Reexame Necessário, o cerne da questão, versa sobre o ato administrativo # Portaria nº. 251/2011, publicada no Diário Oficial do Estado no dia 27 de outubro de 2011, que demitiu a Sra. Denise Maria Rodrigues Guilherme por abandono de cargo no período 29/04/2003 a 29/02/2004 (pág. 48). 4. Inicialmente destaco sobre o tema da prescrição que a Lei Estadual nº. 9.826/74 é clara ao expor que são imprescritíveis o ilícito de abandono de cargo e a respectiva sanção, "São imprescritíveis o ilícito de abandono de cargo e a respectiva sanção". Dessa forma, não cabe a alegativa de que o ato havia prescrito, diante da aplicação do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Ceará. 5. Todavia, verifica-se nos autos, que a impetrante participou e compareceu todas as vezes que a autarquia solicitou os seus serviços, prestando todos os esclarecimentos necessários e

dessa forma caracterizando a ausência do a*nimus abandonandi* (intenção de abandonar), ou seja, as mencionadas faltas não foram realizadas de forma deliberada, e sim por motivo de uma grave depressão que a acompanhava desde 1998 (págs. 40/44). 6. Além disso, restou corroborado que a demandante, durante o lapso temporal entre as licenças, compareceu ao trabalho por algumas vezes e, segundo consta, apresentou diversos atestados médicos para justificar os dias não trabalhados, sendo que os atestados noticiam que a promovente estava enfrentando quadro de depressão. 7. Registre-se que, a respeito da argumentação levantada no recurso apelatório, sobre a impossibilidade de revisão do mérito do ato administrativo, esclareço que aqui não está se adentrando ao mérito do ato da administração, mas apenas analisando as questões formais da sindicância. 8. Apelação Cível do Estado conhecida e acolhida a preliminar de ilegitimidade, restando prejudicada sua análise meritória. Remessa Necessária e Apelação Cívelda Semace conhecidas e desprovidas. Sentença mantida. (TJ-CE - APL: 01740533220118060001 CE 0174053-32.2011.8.06.0001, Relatora: LISETE DE SOUSA GADELHA, 1ª Câmara Direito Público, Data de Publicação: 11/12/2017). [grifei]

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR PÚBLICO. ABANDONO DE CARGO. *ANIMUS ABANDONANDI*. INEXISTÊNCIA. RETORNO AO SERVIÇO.

A infração administrativa de abandono do cargo pressupõe o elemento subjetivo do *animus abandonandi*. **O retorno voluntário ao serviço, antes de instaurado processo disciplinar tendente à aplicação da penalidade, afasta, inequivocamente, o ânimo de abandono. Sob outro prisma, a Administração, ao acolher o retorno do servidor, que reinicia suas atividades, toma atitude contrária à pena de demissão, incompatibilidade que implica em perdão tácito.** O ato disciplinar é vinculado, deixando a lei pequenas margens de discricionariedade à Administração, que não pode demitir ou aplicar quaisquer penalidades contrárias à lei, ou em desconformidade com suas disposições.Recurso provido. (STJ - RMS: 16713 SP 2003/0127583-6, Relator:

> Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 25/06/2004, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 23/08/2004 p. 276). [grifei]

Nessa perspectiva, entende-se como não configurado o requisito subjetivo do *animus abandonandi*, sendo, portanto, indevida a demissão da demandante motivada no abandono de cargo.

Estabelecida a ilegalidade da demissão, passa-se a análise da pretensão autoral de ressarcimento por danos morais.

Segundo Augusto Zenum (1997, p. 106, Editora RT): "...não se pode negar que a dor, o sofrimento e o sentimento deixam sequelas, trazem sulcos profundos, abatendo a vítima, que se torna inerte, apática, indiferente a tudo e a todos, causando-lhe sérios danos morais e o desprazer de viver".

Daí se entende por dano moral a dor interna ou a tristeza aplicada injustamente a alguém. Tal fato se configura no estado de tristeza, frustração, intranquilidade, depressão, apatia dentre outros sentimentos negativos e ruins que tomam conta do ser íntimo da pessoa e afligem sua alma.

Com efeito, não há como deixar de reconhecer que tais sentimentos são suportados pelo servidor público demitido sem motivo, a caracterizar a ocorrência do dano moral.

No mesmo sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO AO CARGO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SUPOSTO ABANDONO DE CARGO. APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. INADMISSIBILIDADE. *ANIMUS ABANDONANDI* NÃO CONFIGURADO NO CASO CONCRETO. ELEMENTO IMPRESCINDÍVEL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. "Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que, para se concluir pelo abandono de cargo e aplicar a pena de demissão, a Administração Pública deve verificar o *animus abandonandi* do servidor, elemento indispensável para a caracterização do mencionado ilícito administrativo. (...)." (MS 12424/DF, 6ª. Turma, Relator

> Ministro OG FERNANDES, DJe 11/11/09). DANO MORAL. DESNECESSIDADE DE PROVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O dano moral configura uma ofensa ao patrimônio moral da pessoa, passando-se no seu íntimo psíquico. Sua ocorrência Apelação Cível n.º 881.161-2 independe de prova, advindo, na hipótese em exame, do próprio fato ilícito (*in re ipsa*). RECURSO PROVIDO, PARA DECLARAR A NULIDADE DO ATO DE EXONERAÇÃO, COM A CONSEQUENTE REINTEGRAÇÃO AO CARGO, CONDENANDO O ENTE MUNICIPAL AO PAGAMENTO DE TODOS OS VENCIMENTOS E CONSECTÁRIOS DEVIDOS DESDE O ATO ILEGAL ATÉ A EFETIVA REINTEGRAÇÃO, DEVIDAMENTE ATUALIZADOS, E DOS DANOS MORAIS SOFRIDOS. (TJ-PR 8811612 PR 881161-2 (Acórdão), Relator: Abraham Lincoln Calixto, Data de Julgamento: 21/08/2012, 4ª Câmara Cível)

Por outro lado, o aspecto punitivo do valor da indenização por danos morais deve ser considerado pelo magistrado no momento da decisão, levando-se em consideração que a indenização não tem função só de satisfazer a vítima, mas também de servir de freio ao infrator para que este não volte a incidir no mesmo erro.

A fixação do valor indenizatório deve ter caráter compensatório e punitivo, tendo como consequência o desestímulo a novas agressões, sem implicar, no entanto, em enriquecimento sem causa do ofendido.

Na espécie, entende-se que o arbitramento da indenização por danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais) afigura-se razoável e proporcional.

Ante todo o exposto, conhece-se do recurso de Apelação Cível interposto pela autora para dar-lhe provimento, julgando-se procedente a ação e declarando-se a nulidade do ato que a demitiu do serviço público, determinando-se a sua reintegração no cargo de professora, com a condenação do réu ao pagamento dos vencimentos e consectários devidos desde a data da indevida interrupção até a efetiva reintegração no cargo, acrescidos de juros de mora e correção monetária, na forma da lei, bem como em danos

morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e honorários de advogado a serem fixados em sede de cumprimento de sentença, nos termos do art. 85, §§ 3º e 4º, II, do CPC.

Em face do provimento do recurso da demandante, resta prejudicado o exame do apelo interposto pelo Estado do Ceará, o qual pugna apenas pela exclusão da sua condenação em honorários advocatícios, ao argumento de ter sucumbido em parte mínima do pedido.

É o voto.

APELAÇÃO N. 0416624-68.2010.8.06.0001
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: EUGÊNIO RABELO
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: DIREITO PÚBLICO. AÇÃO ANULATÓRIA. ACÓRDÃOS DO TCM. COMPETÊNCIA. LEGALIDADE. SUSPENSÃO DOS EFEITOS. IMPERTINÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Ação em que o autor, ex-gestor público, pugnou a declaração de ilegalidade de vários acórdãos do Tribunal de Contas dos Municípios por lhe faltar competência para julgamento, que toca tão-somente à Câmara municipal;

2. A magistrada, ao julgar a causa, rejeitou o pedido declaratório, reconhecendo expressamente a legalidade dos atos impugnados. Porém, limitou os efeitos dos julgamentos do TCM à apreciação por parte da Câmara municipal;

3. Entendimento firmado e diametralmente oposto ao suscitado na demanda, de que os Tribunais de Contas, por disposição constitucional expressa, detém competência jurisdicional-administrativa para o julgamento das contas de gestão de administradores públicos. Precedentes do C. Supremo Tribunal Federal;

4. As decisões do TCM proferidas em julgamento de gestão não se sujeitam ao controle do legislativo, sendo distinta a manifestação prévia técnico-administrativa das contas de governo (anuais);

5. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada para rejeitar por completo os pedidos autorais. Sucumbência pela parte autora.

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, 05 de fevereiro de 2018

VOTO

Pressupostos de admissibilidade

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

Meritum causae

Causou-nos estranheza a tese suscitada na presente demanda, tão grande ou maior do que a nos afligiu o resultado sentenciatório de primeiro grau, tamanho o ineditismo e desdobramento do resultado operado na demanda, que numa penada retira a eficácia de julgamentos proferidos pelo Tribunal de Contas dos Municípios e os submete ao crivo da Câmara Municipal do gestor sindicado.

A tese esboçada pelo autor e parcialmente acolhida pela magistrada de piso é daquelas que surpreende pelo destemor do suscitante, contudo, não por sua contundência, mas por sua temeridade.

Segundo se denota do caso, o autor, ex-prefeito de Ibicuitinga por dois mandatos, teve desaprovadas várias contas de gestão perante o Tribunal de Contas dos Municípios, conforme julgamentos indicados, ao

que reproduzimos por técnica de edição acórdãos nºs. 916/03 e 2815/03 (processo nº 18.10./99), 1803/05 (processo nº 796/02), 4154/06 (processo nº 27.479/02), 4017/06 (processo nº 11.201/01), 3116/06 e 5632/07 (processo nº 10.828/02), 3756/06 e 5471/08 (processo nº 10.008/03), 3782/06 (processo nº 10.585/04), 320/07 (processo nº 18.810/04), 5618/07 (processo nº 22.567/03), 103/07 e 5469/07 (processo nº 1.532/06) e acórdãos nºs 2839/06 e 1492/07 (processo nº 30.790/05)).

Entendeu por bem, então, escoados os recursos administrativos, postular a declaração de nulidade dos acórdãos aduzindo que o C. Supremo Tribunal Federal decidira em casos análogos e vinculantes (ADI) a ilegalidade da conduta dos Tribunais de Contas no *julgamento* administrativo contra chefe do executivo por prestação de contas, tocando tal competência unicamente ao Legislativo.

Ocorre, e daí a estupefação, que o entendimento esposado pela Corte Constitucional é exatamente O OPOSTO! Em todos os julgados referidos (ADI 3715-5/TO, 1779-1/PE e 849-8/MT) os Ministros relatores ressaltam a impossibilidade do entendimento defendido na inicial e parcialmente acolhido na presente demanda.

No julgamento da ADI 3715-5/TO, Relator o Ministro Gilmar Mendes, restou decidido que:

> "a competência conferida constitucionalmente ao Tribunal de Contas é de julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio, ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, CF/88).
> **O exercício dessa competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo**."

Por seu turno, no voto condutor do julgamento da ADI 1779-1/PE, Relator Ministro Ilmar Galvão, expôs com clareza que os Tribunais

de Contas detém "competência para **julgar** as contas dos administradores e demais responsáveis" no que toca a gestão de recursos.

Enfim, a ADI 849-8/MT, ressaltou o Relator Ministro Sepúlveda Pertence, em arrimo ao entendimento já perfilado em ação cautelar conexa pelo Ministro Celso de Mello, que, de acordo com art. 71, II, da Constituição, em simetria aos demais Tribunais de Contas, toca ao TCU "julgar as contas dos demais administradores e responsáveis".

Anoto, por pertinente, a indicação feita à doutrina de HELY LOPES MEIRELES, para quem, "após a significativa ampliação das atribuições institucionais dos Tribunais de Contas, o poder de controle externo por eles exercido expressa-se, fundamentalmente, em funções de caráter técnico-opinativo e, também, de natureza jurisdicional-administrativa.

Nesse contexto – assinala o saudoso publicista – compete ao Tribunal de Contas, com base no art. 71, II, da Carta Federal, proceder ao **julgamento** das contas, dentre outros, dos administradores e demais gestores que, vinculados aos Poderes Legislativo e Judiciário, sejam responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos".

Todos os julgamentos, importante notar, destinavam-se à declaração de inconstitucionalidade de termos das constituições estaduais que retiravam tal autonomia do Tribunal de Contas para submeter seus pronunciamentos ao controle da Assembleia, matéria devidamente rechaçada no Pretório Excelso por incompatibilidade à Carta Fundamental, que assegura a função jurisdicional-administrativa da Corte de Contas.

Portanto, e finalmente, mostra-se por todo infundada a pretensão autoral, que emula a realidade de precedentes para direcionar de forma deliberada o entendimento exposto e adequado da causa *sub judice*.

Tal postura não se amolda à ombridade processual, não sendo combatida em primeiro grau ou mesmo insurgida pela parte adversa, daí não se cogitar em sancionamento em sede recursal por esta relatoria.

Em sequência, não compete ao julgador de piso prover pedido de tutela antecipada quando o mérito declaratório restou rejeitado. Trata-se de verdadeira obtusidade intelectual a concepção de provimento parcial à derrocada do pleito principal. É dizer, rejeitado o pedido declaratório de

nulidade, inclusive com reforço argumentativo para tanto e reconhecimento de higidez do ato inquinado, não pode haver reflexo nos efeitos do ato inquinado, exatamente porque o mesmo foi declarado válido e lídimo, daí surtindo seus plenos efeitos.

A correlação entre o pedido "acolhido" e o mérito da demanda torna incompatível de coexistência a limitação objetiva dos efeitos de um ato judicialmente declarado e reconhecido como válido.

Enfim, o *erro in judicando* mostra-se gritante (teratológico), dispensadas maiores incursões sobre o tema dada a obviedade que o mesmo exibe acintosamente.

Do dispositivo

ISSO POSTO, conheço do recurso para dar-lhe provimento, reformando a decisão de piso para rejeitar por completo os pedidos formulados, em sua integralidade, condenando a parte autora e ora apelada nos ônus sucumbenciais de R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), dada a incontroversão dos valores por ambas as partes quando do sentenciamento da causa.

É como voto.

Fortaleza, 05 de fevereiro de 2018.

PROCESSO: 0459824-80.2000.8.06.0000. APELAÇÃO.
APELANTE: JAQUELINE PAIVA CAVALCANTE.
APELANTE: CECILIA HELENA DO CARMO GONDIM.
APELANTE: JOSEANE MARIA VIDAL MENEZES DE MEDEIROS.
APELANTE: ANA MARIA MELO SOARES.
APELANTE: HELIDA MARIA LIMA CASTELO FEITOSA.
APELADO: ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. SERVIDORAS PÚBLICAS ESTADUAIS. DESVIO DE FUNÇÃO. DECRETO ESTADUAL Nº 23.204/1994. REENQUADRAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, INCISO II, DA LEI FUNDAMENTAL. COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL DO DESEMPENHO DE ATIVIDADES DE DENTISTA, TERAPEUTA OCUPACIONAL E FONOAUDIÓLOGA. DIREITO À PERCEPÇÃO DAS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS ENTRE O VALOR DO CARGO TITULARIZADO E O EFETIVAMENTE EXERCIDO PELO TEMPO DO DESVIO DE FUNÇÃO, RESPEITADA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. SÚMULA 378 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MONTANTE DEVIDO, JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA A SER CALCULADOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, OBSERVADA A TESE JURÍDICA

FIRMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1495146/MG – REPETITIVO (TEMA 905). APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1- Na vigente ordem jurídica, inexiste direito a enquadramento em cargo diverso daquele em que o servidor ingressou, em razão da vedação constitucional que só autoriza provimento em cargo público mediante prévia aprovação em concurso (art. 37, Inc. II, da Constituição da República). Precedentes do STF.

2- A progressão funcional de carreira de nível médio para outra de nível superior revela-se impossível no ordenamento jurídico pátrio, havendo sido banido o provimento derivado a partir de Constituição da República de 1988, a qual estatuiu, em homenagem ao princípio do amplo acesso aos cargos públicos, a necessidade impostergável de concurso para a investidura em outro cargo efetivo, ressalvadas as hipóteses de promoção na mesma carreira e de cargos em comissão.

3- O desvio de função está documentalmente comprovado nos autos, fazendo jus as autoras à diferença de vencimento dos cargos em que se encontram ou se encontravam legalmente investidas e aqueles cujas funções desempenhavam (dentista, terapeuta ocupacional e fonoaudióloga) e pelo tempo do desvio de função, sob pena de locupletamento ilícito da Administração Pública, observada a prescrição quinquenal, o que deverá ser apurado em liquidação de sentença, com juros de mora e correção monetária na forma da

tese jurídica firmada no julgamento do Recurso Especial nº 1495146/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018) (Recurso Repetitivo, Tema 905). Súmula 378 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes do STJ e deste Tribunal.
4- Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e decisão unânime, em conhecer do apelo para **dar-lhe parcial provimento**, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 23 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Jaqueline Paiva Cavalcante e outras, contra a sentença da então Juíza de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, hoje Desembargadora Maria Vilauba Fausto Lopes, na qual, em sede de ação ordinária promovida contra o Estado do Ceará, julgou **improcedente** o pedido inicial (**p. 122-127**).

Irresignadas, sustentam as apelantes, em razões recursais (**p. 132-134**) serem servidoras públicas lotadas na Secretaria de Saúde do Estado, enquadradas em funções de nível médio, mas no exercício de atividades inerentes a cargos de nível superior.

Referem que, em vista de tal irregularidade, o Estado do Ceará, por meio do Decreto n° 23.204/1994, corrigiu os mencionados desvios de função, deixando, no entanto, de proceder às anotações em seus registros

funcionais, consignando o cargo efetivamente ocupado, retroativamente às datas das declarações juntadas, com os respectivos efeitos financeiros, a implicar enriquecimento sem causa para o poder público.

Pugnam pelo provimento do apelo e reforma do *decisum* singular.

O Estado do Ceará, à p. 139, manifestou-se tão somente para ratificar os termos da contestação e da sentença, uma vez que a apelação devolve ao Tribunal as questões suscitadas e discutidas no feito (art. 515, § 1º, do CPC/1973).

Em parecer de p. 154-159, o representante do Ministério Público Estadual opinou pelo desprovimento do apelo.

Após sucessivas distribuições e havendo posteriormente sido sobrestado o feito, em razão de o tema em questão estar afetado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática do art. 543-B do CPC/1973, em vista das informações de p. 194, acerca do trânsito em julgado do Recurso Extraordinário nº 592.317/RJ, os autos tornaram a ser distribuídos em face da Portaria 1.554/2016, quando então coube a mim a relatoria.

É o relatório.

Designo a primeira sessão desimpedida para julgamento.

Fortaleza, 04 de abril de 2018.

VOTO

Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissão.

Saliento, de princípio, que o Recurso Extraordinário nº 592.317/RJ, o qual teria motivado o sobrestamento do presente processo, versou sobre **extensão de gratificação a servidores com fundamento no princípio da isonomia**, questão diversa da examinada nos presentes autos.

Daí não ser possível aplicar a Súmula 339 do STF nem tampouco as conclusões a que chegou a Suprema Corte ao apreciar o feito paradigma.

Para dirimir quaisquer dúvidas, cito a respectiva ementa:

> Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Administrativo. Servidor Público. Extensão de gratificação com fundamento no princípio da Isonomia. Vedação. Enunciado 339 da Súmula desta Corte. Recurso extraordinário provido.
> (STF, RE 592317, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014).

Na vertente hipótese, o Decreto Estadual n° 23.204/1994, a fim de corrigir eventuais desvios de função, guindou as apelantes, agentes de nível médio, para cargos e funções privativos de nível superior, padecendo de flagrante inconstitucionalidade.

É que, consoante regra constitucional incontroversa, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (CF, art. 37, inc. II).

Consequentemente, resta impossível, na vigente ordem constitucional, o provimento de cargo público por ascensão ou progressão, restando como único meio de acesso o concurso público. Tal entendimento é consagrado no âmbito do STF:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ART. 37, II. DIREITO DE ACESSO NA CARREIRA DO MAGISTÉRIO. ESTATUTO DO MAGISTÉRIO ESTADUAL DE SANTA CATARINA. PROVIMENTO DERIVADO. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. O direito de acesso funcional previsto na legislação estadual, antes permitido pela Emenda Constitucional 01/69, mediante tão-só a habilitação profissional, não era automático, sendo imprescindível, antes, a verificação do quantitativo das vagas e sua identificação na classe inicial da categoria.
> 2. O ingresso na categoria funcional seguinte àquela em que se situava o funcionário dentro do grupo docente não se dava através de promoção por merecimento ou antiguidade, uma vez que a progressão funcional se caracterizaria pela passagem de uma classe a outra, sem a mudança do cargo em que se encontrava o professor.

3. O acesso, contudo, é a possibilidade de ingresso de um funcionário em uma categoria hierarquicamente superior, dentro do grupo docente, respeitada a habilitação profissional, o que **se constitui em uma verdadeira ascensão funcional, vedada pela ordem constitucional vigente**.
4. **A jurisprudência desta Corte, entretanto, é firme no sentido de que, o critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para o cargo ou emprego público isolado ou em carreira**. Recurso extraordinário conhecido e provido, para cassar a segurança.
(STF, RE 168117, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 29/11/1996, DJ 11-04-1997 PP-12220 EMENT VOL-01864-07 PP-01448). [grifamos]

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINAR: EXIGÊNCIA DE DEFESA DO ATO OU TEXTO IMPUGNADO PELO ADVOGADO GERAL DA UNIÃO. PROVIMENTO DE CARGOS DE CARREIRA DE PROCURADOR DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA SEM CONCURSO PÚBLICO, ART. 68 DO A.D.C.T. DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.
1. Preliminar: A Constituição exige que o Advogado Geral da União, ou quem desempenha tais funções, faça a defesa do ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade. Inadmissibilidade de ataque à norma por quem está no exercício das funções previstas no § 3º do art. 103.
2. O art. 68 do A.D.C.T. fluminense, reportando-se ao § 1º do art. 121 das disposições permanentes e ao art. 11 da Lei. nº 1.279/88, o qual alterou o art. 18 da Lei nº 804/84, determina, de forma enigmática, o "aproveitamento" de ocupantes de cargo de Assistente Jurídico na carreira de Procurador da Assembléia Legislativa. O § 1º do art. 97 da Carta de 1969 exigia concurso público para a "primeira investidura" no serviço público, e não para cargo inicial de carreira, além de ressalvar outros casos indicados em lei; permitia, pois, o provimento derivado de cargos públicos pelo acesso, transferência, aproveitamento e progressão

> funcional. Precedente: Repr. nº 1.163-PI. **O art. 37, II, da Constituição exige concurso público para investidura em qualquer cargo público, salvo para os cargos em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração e para os cargos subsequentes da carreira, cuja investidura se faz pela forma de provimento denominada "promoção". Não permite, pois, o provimento por ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento de servidor em cargos ou empregos públicos de outra carreira, diversa daquela para a qual prestou concurso público**. Precedente: ADIN nº 231-RJ. 3. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade e a consequente ineficácia do art. 68 do A.D.C.T., desde a promulgação da Constituição fluminense. (STF, ADI 242, Relator Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/1994, DJ 23-03-2001 PP-00085 EMENT VOL-02024-01 PP-00028). [grifamos]
>
> Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Lei Orgânica do Distrito Federal. **Progressão funcional**. **Forma de investidura em cargo, sem concurso público**. Art. 37, II, da Constituição Federal. O parágrafo 7º do art. 119 da Lei Orgânica do Distrito Federal, ao reservar metade das vagas de cargos de nível superior, na carreira de policial civil, para provimento por progressão funcional, parece ter violado o princípio segundo o qual, "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação previa em concurso público de provas e títulos" (inciso II do art. 37 da C.F.). Precedentes. Presentes os requisitos do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora", defere-se medida cautelar para suspensão de expressões, contidas no paragrafo 7. do art. 119 da L.O.D.F., que permitem a progressão, sem concurso público.
> (STF, ADI 960 MC, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/1993, DJ 25-02-1994 PP-02591 EMENT VOL-01734-01 PP-00085). [grifamos]

Desta feita, a progressão funcional de carreira de nível médio para outra de nível superior revela-se impossível no ordenamento jurídico pátrio, havendo sido banido o provimento derivado a partir de Constituição

da República de 1988, a qual estatuiu, em homenagem ao princípio do amplo acesso aos cargos públicos, a necessidade impostergável de concurso para a investidura em outro cargo efetivo (CF, art. 37, inc. II), ressalvadas as hipóteses de promoção na mesma carreira e de cargos em comissão.

No entanto, se o servidor empossado em cargo de nível médio prestou, efetivamente, serviços inerentes a cargo de nível superior, tem ele direito às diferenças salariais decorrentes do desvio de função, sob pena de se abonar ilícita locupletação por parte da Administração Pública, em detrimento dos servidores deslocados de suas atribuições iniciais, tal como demonstrado nos autos a partir das declarações de p. 10, 11, 22, 39, 41 e 56, as quais dão conta de que as recorrentes, servidoras ocupantes dos cargos de agente e de auxiliar administrativo, desempenhavam funções atribuídas a servidores de nível superior (dentista, terapeuta ocupacional e fonoaudióloga).

Tal entendimento está enunciado na Súmula 378 do Superior Tribunal de Justiça: "**Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes**."

A jurisprudência deste Tribunal não discrepa:

> ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. **SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DEMONSTRADO. AUXILIAR DE SERVIÇOS GERAIS EXERCENDO DE FATO A FUNÇÃO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. DIREITO À PERCEPÇÃO DA DIFERENÇA DE REMUNERAÇÃO DO CARGO EFETIVAMENTE EXERCIDO. SÚMULA 378 DO STJ.** INOCORRÊNCIA DE SENTENÇA CONDICIONAL. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.
>
> 1. **Demonstrada a ocorrência de desvio de função, no caso, auxiliar de serviços gerais exercendo de fato a função de agente penitenciário, faz jus o servidor público à percepção da diferença de remuneração do cargo por ele efetivamente exercido, por período determinado, sob pena de configurar, o não pagamento, enriquecimento ilícito da Administração Pública**.

2. "Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes." Inteligência da Súmula 378 do Superior Tribunal de Justiça.
3. Não há que se falar em sentença condicional por suposta afronta ao parágrafo único do art. 460 do CPC/1973 (atual art. 492 do CPC/2015). Sendo indevida a manutenção do requerente no exercício do cargo de Agente Penitenciário, cabe à Administração Estadual afastá-lo do desempenho dessa função e recolocá-lo na função de Auxiliar de Serviços Gerais, **devendo ser mantida a condenação do Estado do Ceará no pagamento das diferenças remuneratórias decorrentes do indevido desvio de função desde os cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação até o momento em que cessar o desvio de função**.
4. Apelo conhecido e não provido. Sentença mantida, em consonância com o parecer ministerial.
(TJCE, 0120730-49.2010.8.06.0001 Apelação, Relator Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, 3ª Câmara Direito Público, j. em 24/04/2017, pub. em 24/04/2017).

DIREITO PÚBLICO. ESTADO DO CEARÁ. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. **SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DESVIO DE FUNÇÃO. RECONHECIMENTO. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS. SÚMULA 378 DO STJ. JUROS E CORREÇÃO.** APELAÇÕES CONHECIDAS E PROVIDA EM PARTE A DO ESTADO DO CEARÁ E PROVIDA A DA REQUERENTE.
1. Cuidam-se de Recursos de Apelação Cível interpostos com vistas a modificação do julgado *a quo* que reconhecera o direito da requerente de perceber as diferenças remuneratórias decorrentes de desvio de função, entre 10/1994 e 10/1999, devendo sobre o montante incidir juros com base na taxa SELIC. Inconformado o Estado do Ceará refere-se a inexistência de prova do desvio de função e insurge-se contra a utilização da SELIC na atualização da dívida. Também inconformada, a requerente apresenta apelo alegando, em resumo, a necessidade de que a condenação do Estado do Ceará no pagamento das verbas decorrentes do desvio da função abranja o período em que a mesma laborou em desvio de função, não devendo limitar-se a 10/1999.

2. Nas relações de trato sucessivo, envolvendo a Fazenda Pública no polo passivo da contenda, as tenazes prescricionais atingirão somente as parcelas que se venceram anteriormente ao quinquênio antecedente à ação. Decreto-Lei nº 20.910/32 e Súmula 85 do STJ.

3. As testemunhas ouvidas são categóricas em afirmar que a requerente fora contratada para o exercício do cargo de atendente de enfermagem, mas após a conclusão do curso de nível superior em assistência social, passou ela a exercer a função de Assistente Social. Inexiste qualquer contraprova a referidas argumentações por parte da administração estadual, cingindo-se ela a referir-se a impossibilidade de investidura da requerente no cargo público de assistente social sem que tenha a mesma prestado o respectivo concurso público.

4. Indene de dúvidas que a situação irregular em que o Estado do Ceará mantinha a promovente, em desvio de função, acarreta enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, em vista da utilização de mão-de-obra especializada sem que se efetue a respectiva contraprestação financeira. Direito da promovente de perceber indenização correspondente a diferença entre as remunerações. Súmula 378, STJ. Precedentes.

5. Tendo em vista cuidar-se de condenação não tributária imposta à Fazenda Pública Estadual, ao valor da condenação deve incidir juros moratórios calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, e correção monetária calculada com base no IPCA, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09 (ADIn 4.357/DF).

6. Quanto ao apelo formulado pela promovente, a condenação do Estado do Ceará deve abranger o período exato em que a promovente esteve em desvio de função, não limitando-se o termo *ad quem* a outubro de 1999 (mês da interposição da presente ação judicial).

7. Recursos de Apelação Cível conhecidos para dar parcial provimento ao apelo do Estado do Ceará, com a reforma da sentença recorrida apenas para determinar que ao valor da condenação imposta devem incidir juros moratórios

> calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, e correção monetária calculada com base no IPCA, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09 (ADIn 4.357/DF); e dar provimento ao apelo da promovente determinando que a condenação do Estado do Ceará compreenda o período entre o quinquênio anterior ao ajuizamento da presente ação até o efetivo afastamento da requerente da função de Assistente Social, com a sua recolocação no cargo público a que tem direito, Atendente de Enfermagem.
> (TJCE, 0534241-98.2000.8.06.0001 Apelação, Relator Des. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE, 1ª Câmara Direito Público, j. em 20/02/2017, pub. em 21/02/2017).

Ressalte-se que não se trata de aplicação do princípio isonômico, para fins de equiparação funcional, mesmo porque o enquadramento, como já esposado, é de todo impossível. Cogita-se apenas de solução tendente a se preservar a reciprocidade estrita na relação entre Administração e servidores, evitando-se, assim, injustificável situação em que o exercício da atividade funcional se faria sem a correspondente contrapartida econômica.

Do exposto, conheço do recurso para dar-lhe parcial provimento e reformar a sentença recorrida, no sentido de afastar o pretenso direito ao reenquadramento, mas sujeitar o Estado do Ceará ao pagamento das diferenças de vencimentos a que fazem jus as recorrentes, ante o desvio de função, referentes aos cargos em que legalmente investidas e aqueles atribuídos aos cargos cujas funções estejam ou estavam a exercer, enquanto perdurar a anomalia, observada a prescrição quinquenal das parcelas anteriores a 5 (cinco) anos do ajuizamento da ação, com juros de mora e correção monetária na forma da tese jurídica firmada no julgamento do Recurso Especial nº 1495146/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018) (Recurso Repetitivo, Tema 905), tudo a se apurar em liquidação de sentença.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

PROCESSO Nº: 0620879-10.2018.806.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTES: PORTO DO PECÉM GERAÇÃO DE ENERGIA S/A E PECÉM II GERAÇÃO DE ENERGIA S/A
AGRAVADA: COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ - CEARÁPORTOS
RELATOR: DES. FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE

EMENTA: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – CESSAÇÃO DOS EFEITOS DE PROTESTOS E MEDIDAS DE COBRANÇA – NEGATIVA NO JUÍZO *A QUO* – ALEGAÇÕES RECURSAIS DE QUE HOUVE INOVAÇÃO ILEGAL NA ESTRUTURA OBRIGACIONAL FIRMADA PELAS PARTES – TARIFA POR UTILIZAÇÃO DE ESTEIRA TUBULAR – INEXISTÊNCIA – PREVISÃO NOS INSTRUMENTOS DE POSSIBILIDADE DE COBRANÇA PELO USO DOS SERVIÇOS – PREVALÊNCIA DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS – INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO NEGÓCIO JURÍDICO – MEDIDAS DE PROTESTOS CONSECTÁRIAS AO INADIMPLEMENTO – REGULARIDADE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I – Conforme se extrai do relatório, objetiva as Agravantes a reforma da decisão recorrida que indeferiu o pleito de antecipação de tutela, para que esta Corte determine a cessação dos efeitos dos protestos efetuados pela parte Agravada, decorrentes do não pagamento, por aquelas, de tarifa por utilização de Infraestrutura de esteira

tubular, bem como para que a Agravada se abstenha de enviar novos títulos para protesto, ou de proceder com qualquer medida que possa restringir o exercício de equipamentos cedidos por meio do Termo de Autorização de Uso nº 02/2016, firmado entre as Agravantes e a Agravada. A argumentação principal das Agravantes se sustenta no fato de ter a Recorrida introduzido, por meio da Tabela de Preços do Terminal Portuário do Pecém, com vigência em 02/05/2017 (fls. 290/299), inovação obrigacional na estrutura de acertos firmados entre as partes, já que passou a cobrar a denominada "tarifa infra esteira".

II - O Contrato Operacional nº 05/2012 já previu em seu item 2.1.2 que a Tabela de Preços se fazia integrante daquele contrato, como se fosse um só instrumento. Em tendo, pois, a Tabela de Preços inegável existência e validade entre as partes, passou ela a ter vigência em 02 de maio de 2017 com previsão da utilização da Infraestrutura de descarga e transporte de granéis, fixando os preços dos serviços efetivamente prestados, ou mesmo disponibilizados pela Cearáportos. São 10 (dez) laudas (fls. 290/299) de especificação de preços e, dentre eles, o denominado "100.500 Utilização de Insfraestrutura de Esteira Tubular Transportadora de Granel Sólido", serviço este a ser cobrado na quantia de R$ 2,15 por tonelada de carvão, minério de ferro ou coque.

III - Ao que se vê, não existe confusão entre o fato das empresas autorizatárias se obrigarem à manutenção do aparelho denominado "Esteira Tubular", obrigação esta devidamente prevista em

instrumento contratual e executada pela empresa VLI Multimodal S.A., com a efetiva utilização do aparelho, como inegavelmente fazem as empresas Agravantes. Os fatos geradores obrigacionais têm natureza distinta e não devem ser considerados como cobrança duplicada, ou mesmo sem a devida fundamentação em instrumento contratual.

IV - O Termo de Autorização de Uso nº 02/2016 anunciou que não somente se obrigaram as empresas Agravantes aos custos de "manutenção e operação dos equipamentos", e que para isso se utilizam dos serviços de empresa terceirizada, mas também aos custos futuros, mais precisamente os anunciados na Tabela de Preços do ano de 2017, relacionados à utilização dos equipamentos.

V - Não podem as partes pincelarem dos instrumentos contratuais, mais precisamente da Tabela de Preços, somente os itens que, por critério subjetivo, entendem não estarem obrigadas ao pagamento. Este instrumento apregoa preços de serviços prestados, ou mesmo disponíveis aos usuários e, caso fosse ilegal, o seria em sua integralidade, e não tão somente a item específico, como tentou defender as Agravantes. Tanto o TAU, como o seu ANEXO I, já previam a cobrança de tarifa relacionada à utilização de equipamentos e Infraestrutura de transporte de granéis sólidos, não havendo se falar em inovação na estrutura obrigacional firmada entre as partes. Não se extrai dos instrumentos contratuais colacionados norma prevendo que a utilização de Infraestrutura e dos equipamentos exijam a demonstração de efetivo custo por parte da Agravada como requisito para a

cobrança. Não há regra, pois, sobre a necessidade de apresentação de demonstração de composição dos custos de cada preço fixado na sobredita Tabela de Preços.
VI – Ante a inexistências de vícios no negócio jurídico entabulado, deve prevalecer o princípio da força obrigatória dos contratos. Não há se falar, ainda, em ilegalidade de protestos quando decorrentes de situação de inadimplência.
VII – Recurso de Agravo conhecido mas não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento, em que figuram as partes acima referidas, ACORDAM os Senhores Desembargadores da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a unanimidade, em conhecer do recurso de Agravo de Instrumento, mas para lhe NEGAR PROVIMENTO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Fortaleza/CE, 17 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto por PORTO PECÉM GERAÇÃO DE ENERGIA S/A e PECÉM II GERAÇÃO DE ENERGIA LTDA contra a r. decisão proferida pelo Juízo da Comarca de São Gonçalo do Amarante, nos autos da Ação declaratória c/c condenatória e com pedido cautelar de sustação de protesto de nº 12187-98.2017.8.06.0164/0, ajuizada contra a agravada CEARÁPORTOS - COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO ESTADO DO CEARÁ, em a qual determinou o referido julgador, o seguinte:

> "*EX POSITIS*, indefiro o pedido de liminar requestado, pelo menos por ora, por lhe faltar um dos seus pressupostos, ou seja, a evidência da probabilidade do direito, com esteio no art. 300 do NCPC"

Sustentam as agravantes, em síntese, que a decisão interlocutória impugnada é injusta e precipitada, porquanto a criação e cobrança da tarifa infra esteira de forma unilateral, aproveitando-se, a agravada, da condição de gestora do único terminal portuário onde é possível se promover o recebimento de carvão mineral imprescindível à geração de energia, viola a normas que regulam a própria atividade da agravada, pois se apresenta como notório abuso da condição de exclusividade e do poder econômico, o que é vedado pelo art. 45 da Lei 10.233/2001, que regula autorização para desempenho delegado de atividades portuárias.

Acrescenta que a agravada não explica o porque da cobrança da referida tarifa, preferindo um discurso de autoridade e de presunção de veracidade da sua tabela de preços. Diz que em face dos serviços em prol da esteira e do descarregamento são prestados por terceiro remunerado pelas agravantes, e, por existir pacto específico e superior a outras normas que não prevê a tarifa de esteira, por sinal nunca cobrada antes do começo de 2017, é injustificada por não corresponder a um serviço prestado.

Assim, irresignado com o indeferimento de liminar requestada para suspender a cobrança da tarifa evidenciada, citando jurisprudência que acredita aplicável à espécie, em estando presentes os pressupostos necessários à concessão de tutela antecipada, vem requerer antecipatória, visando cessar os efeitos dos protestos efetuados (inclusive após o ajuizamento da demanda), com expedição de ofícios aos cartórios competentes para que se abstenham de divulgar qualquer efeito dos protestos relacionados com a supra citada tarifa; determinar que a agravada se abstenha de enviar novos títulos relacionados com a tarifa infra esteira para protesto em face de qualquer uma das agravantes, sob pena de multa de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por cada título enviado e, vedar a adoção, pela agravada, de qualquer medida restritiva ou impeditiva quanto ao exercício dos direitos de uso dos equipamentos cedidos por meio do Termo de Autorização de Uso (TAU), ao final, confirmação.

Através do Despacho às fls. 420/422, proferido por esta relatoria e, baseando-se na complexidade da matéria enfrentada no caso, fora deliberada que somente após a formação do contraditório iria ser realizada a apreciação do supracitado caso.

Em Petição às fls. 425/429, com fito de comentar a decisão que entendeu por apreciar o pedido de antecipação da tutela recursal apenas após Contrarrazões e, considerando especialmente a ocorrência de fato novo, PORTO DO PECÉM GERAÇÃO DE ENERGIA e PECÉM II GERAÇÃO DE ENERGIA S/A aduzem que: **a)** na véspera da interposição deste recurso, verificou-se um fato novo já informado ao Juízo *a quo*, mas ainda não decidido (cópias anexas das petições Doc. 01) - que precisa ser considerado inclusive para fins de análise imediata do pedido de tutela liminar**; b)** no dia 05 de fevereiro de 2018, diante da pendência jurisdicional sobre a tarifa infra esteira, a Cearáportos enviou notificação por meio da qual exige que, a partir do dia 1º de março de 2018, o pagamento das tarifas portuárias seja realizado de forma antecipada, ou seja, antes do início da operação do descarregamento do navio, sob pena de não execução dos serviços; **c)** é completamente inviável que o pagamento seja realizado de forma antecipada. Afinal, sendo as tarifas portuárias pagas por tonelada de carvão efetivamente descarregada, não é possível pagar antes do volume exato de descarregamento; **d)** observe-se que a cobrança antecipada, por ser inviável (eis que não se sabe o volume de descarregamento antes deste), restará por inviabilizar que o carvão seja descarregado e transportado às usinas termelétricas. Sem esta matéria prima essencial para a geração de energia pelas termelétricas das Agravantes, a relevante atividade de interesse público (geração de energia para toda a coletividade) restará sobremaneira ameaçada.

Ante todo o exposto, e, diante de fato novo que eleva o risco de dano em caso de demora na tutela jurisdicional pugnam as agravantes que esta relatoria aprecie a antecipação de tutela recursal e suspenda as medidas restritivas decorrentes de cobrança da indevida tarifa supracitada.

Em Contrarrazões às fls. 448/463, a COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ - CEARÁPORTOS (CIA DE DESENVOLVIMENTO DO COMPLEXO INDUSTRAIL E PORTUÁRIO

DO PECÉM-CIPP S/A alega que : **a)** O TAU nº 02/2016 dispõe de cláusulas específicas quanto aos encargos pela manutenção e operação dos equipamentos, bem como determina que e é obrigação das empresas autorizatárias arcarem com os custos da utilização e operação e manutenção dos equipamentos; **b)** não prosperam os argumentos expostos de que a cobrança não seria legítima porque os custos operacionais não estão contemplados dentro do contrato operacional. A inclusão da Norma de Exploração do Terminal Portuário do Pecém (NETPP) e da Tabela de Preços no Contrato Operacional nº 005/2012 vincula as signatárias às disposições nelas contidas, especialmente quanto a utilização dos serviços e preços lá indicados que não foram dispostos no restante do contrato operacional, **c)** os preços da CEARÁPORTOS estão albergados pelo regime da livre concorrência, conforme se infere da legislação aplicável, e do Contrato de Adesão firmado entre a União Federal, por intermédio da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e o Estado do Ceará; **d)** com relação à suspensão dos protestos, cumpre ressaltar que estes são decorrência do inadimplemento das obrigações pecuniárias cobradas pela CEARÁPORTOS, em virtude do disposto nos instrumentos jurídicos pertinentes (TAU, NETPP, TABELA DE PREÇOS DO TPP E CONTRATO OPERACIONAL Nº 005/2012). Logo, determinar a suspensão dos protestos seria, por lógica, considerar a cobrança indevida e, portanto, antecipar ainda que indiretamente a tutela pretendida no mérito.

Por todo o exposto, pugna a Agravada que seja dado total improvimento ao presente Agravo de Instrumento.

É o lacônico relato.

Fortaleza, 17 de abril de 2018.

VOTO

É consabido que o procedimento recursal exige o preenchimento de pressupostos específicos, necessários para que se possa examinar o mérito do recurso interposto. Portanto, torna-se imperiosa, num primeiro momento, a análise dos pressupostos recursais, em razão de constituírem a

matéria preliminar do procedimento recursal, ficando vedado ao Tribunal o conhecimento do mérito no caso de não preenchimento de quaisquer destes pressupostos.

Tais pressupostos são classificados como intrínsecos (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer) e extrínsecos (regularidade formal, tempestividade e preparo). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito.

Entendo que restaram preenchidos todos os pressupostos de recorribilidade, motivo pelo qual deve o recurso ser conhecido.

Conforme se extrai do relatório, objetiva as Agravantes a reforma da decisão recorrida que indeferiu o pleito de antecipação de tutela, para que esta Corte determine a cessação dos efeitos dos protestos efetuados pela parte Agravada, decorrentes do não pagamento, por aquelas, de tarifa por utilização de Infraestrutura de esteira tubular, bem como para que a Agravada se abstenha de enviar novos títulos para protesto, ou de proceder com qualquer medida que possa restringir o exercício de equipamentos cedidos por meio do Termo de Autorização de Uso nº 02/2016, firmados entre as Agravantes e a Agravada em 08 de junho de 2016.

A argumentação principal das Agravantes se sustenta no fato de ter a Recorrida introduzido, por meio da Tabela de Preços do Terminal Portuário do Pecém, com vigência em 02/05/2017 (fls. 290/299), inovação obrigacional na estrutura de acertos firmados entre as partes, já que passou a cobrar a denominada "tarifa infra esteira".

Friso, por oportuno, que a alegação das Agravantes, firmados em petição de fls. 425/429, não devem ser objeto de análise deste recurso, já que abordam fato novo, qual seja a cobrança antecipada das tarifas, portanto, alheio aos limites fixados no recurso, e até mesmo na demanda originária (fls. 21/39) e que devem ser analisadas, se assim quiserem as Agravantes, em ação específica.

Para que se tenha uma exata compreensão do que está sendo posto a análise, através do presente recurso, faz-se necessário tecer considerações sobre os instrumentos contratuais firmados entre as partes,

com o apontamento das cláusulas que versam sobre o objeto recursal, para delas se extrair a interpretação que definirá os contornos do julgamento.

Destaco, primeiramente, a existência do Contrato Operacional nº 05/2012, firmado entre a Cearáportos e as Agravantes, em 02 de janeiro de 2012, pelo prazo de duração de 13 (treze) anos que, nos termos da sua Cláusula Primeira, teve como objeto "a regulamentação da movimentação de graneis sólidos (incluindo-se carvão mineral) no Terminal Portuário do Pecém".

Logo em sua Cláusula Segunda, denominada "Das Condições Específicas de Contratação", se acertou o seguinte:

> "2.1 Ficam fazendo parte Integrante deste Contato, para todos os fins e efeitos de direito, em tudo o que não for contrário, os seguintes documentos:
> Norma de Exploração do Terminal Portuário do Pecém;
> Tabela de Preços do Terminal Portuário do Pecém;
> Normas e regulamentos que sejam aplicáveis à movimentação de cargas no Terminal Portuário do Pecém.
> § 1º Em casos de contradições, discrepâncias ou inconsistências entre os termos de ambos os documentos, prevalece o estabelecido neste Contrato.
> §2º As partes concordam que o presente Contrato e seus Anexos constituem um único instrumento e fazem parte Integrante de um único negócio jurídico celebrado, nesta data, pelas partes em função das condições básicas estabelecidas.
> (...)

Mais à frente, a partir da Cláusula 5.3., as partes convencionaram alguns preços a incidirem sobre determinadas operações, mas, adianto, sem a exclusão de outras, de forma que pela utilização da Infraestrutura Aquaviária e Acostagem, as Agravantes pagariam a quantia de R$ 1,57 (hum real e cinquenta e sete centavos) por tonelada de granel sólido movimentado pela embarcação (cláusula 5.3., item A.1.1) e, pela utilização da Infraestrutura Terrestre do Terminal, seria pago por elas a quantia de R$ 1,00 (hum real) por tonelada de granel sólido movimentado pela embarcação (cláusula 5.3. item A.1.2). Na sequência, especificamente sobre itens citados, a Cláusula 5.4. estabeleceu critérios de correção e reavaliação das tarifas.

Mais recentemente, em 08 de julho de 2016, o Estado do Ceará, através da sua Secretaria de Infraestrutura – SEINFRA, na condição de autorizante; a Cearaportos, na condição de Interveniente, e as Agravantes, na condição de autorizatárias, firmaram o Termo de Autorização de Uso (TAU) de bens móveis do Estado do Ceará, de nº 02/2016, que, dentre as considerações para a sua formalização, se destaca o compromisso do Estado, através da Lei 14.862, de 25 de janeiro de 2011, em disponibilizar Infraestrutura e equipamentos necessários para a operação de descarregamento e transporte do carvão até a Torre de Transferência, dentro do Complexo Industrial. Em sua Cláusula Primeira – Do Objeto, dispôs o seguinte:

> "A presente AUTORIZAÇÃO DE USO tem por objeto autorizar em favor das autorizatárias o uso dos seguintes equipamentos (bens móveis): (a) 1 (um) descarregador de navios para graneis sólidos de baixa densidade contínuo tipo rosca de fabricação CARGOTEC, com capacidade nominal de 2.400 ton./h; e (b) 1 correia transportadora de 8,6 km com capacidade nominal de 2.400 ton./h para descarga e transporte de graneis sólidos de baixa densidade, oriunda do Berço 01 de atracação de navios Pier 1 do Porto do Pecém até a Torre de Transferência 4, TT-04C no Complexo Industrial e Portuário do Pecém, (em conjunto com "EQUIPAMENTOS"), cujas especificações técnicas encontram-se descritas no Anexo I deste instrumento, para realização de descarga e transporte de carvão mineral e outras matérias-primas compatíveis;"

Em sua Cláusula Segunda, denominada "DOS ENCARGOS DE MANUTEÇÃO E OPERAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS", se dispôs que:

> "Ficam as AUTORIZATÁRIAS responsáveis por todos os custos de manutenção e operação dos EQUIPAMENTOS, de modo a garantir seu funcionamento, em perfeitas condições técnicas, durante a vigência da presente AUTORIZAÇÃO DE USO, nos termos e na medida deste instrumento e do Anexo I e Anexo II, resguardados direitos, deveres e responsabilidades estabelecidos entre as AUTORIZATÁRIAS, anteriores a esta AUTORIZAÇÃO DE USO"

O teor desta Cláusula foi complementado pelo texto do Parágrafo Primeiro, em que as autorizatárias se comprometeram a contratar, no prazo de 90 (noventa) dias, uma única sociedade empresarial, que seria responsável pela operação dos equipamentos, ficando cada autorizatária, ainda, responsável pela formalização de contrato específico. Veja-se que este foi concretizado (fls. 173 e seguintes) pelas Agravantes e a empresa VLI MULDIMODAL S.A e teve como o objeto (Cláusula Primeira), a prestação "pela CONTRATADA, dos serviços de descarga de navios e transporte de CARGA por correia transportadora localizada no PIER 1 do Porto do Pecém (…) incluindo todas as atividades necessárias à prestação dos serviços, tais como manutenção dos EQUIPAMENTOS para que se mantenham em condições de operação (…)". Já a Cláusula Terceira do TAU versou que "São encargos das AUTORIZATÁRIAS, na medida de sua responsabilidade pela operação de suas respectivas cargas: (a) Arcar com os **futuros custos da utilização, operação, e manutenção dos equipamentos**".

Finalmente, o ANEXO I do Termo de Autorização de Uso nº 02/2016, que "estabelece os requisitos técnicos e operacionais gerais para a prestação dos serviços de Operação e Manutenção (Procedimentos O & M) no Terminal Portuário do Pecém, dos Sistemas de descarga de Granéis Sólidos de Baixa Densidade", especificamente na Cláusula 1.3.1 – Custos Operacionais, versou que "As AUTORIZATÁRIAS serão responsáveis pelo pagamento direto a CEARAPORTOS , mediante Contrato Operacional a ser estabelecido entre as partes, de custos relacionados à fornecimento de água, infraestrutura de sistema de descarga e transporte de graneis, infraestrutura marítima e terrestre, sistema de energia elétrica, conforme Tabela de Preços da CEARAPORTOS em vigor, observando as condições específicas do Termo de Compromisso entre o ESTADO e CSP".

Ora, da leitura das cláusulas colacionadas, entendo que não há como se dar guarida ao pleito das Agravantes.

O Contrato Operacional nº 05/2012 já previu em seu item 2.1.2 que a Tabela de Preços se fazia integrante daquele contrato, como se fosse um só instrumento. Em tendo, pois, a Tabela de Preços inegável existência

e validade entre as partes, passou ela a ter vigência em 02 de maio de 2017 com previsão da utilização da Infraestrutura de descarga e transporte de granéis, fixando os preços dos serviços efetivamente prestados, ou mesmo disponibilizados pela Cearáportos. São 10 (dez) laudas (fls. 290/299) de especificação de preços e, dentre eles, o denominado "100.500 Utilização de Infraestrutura de Esteira Tubular Transportadora de Granel Sólido", serviço este a ser cobrado na quantia de R$ 2,15 por tonelada de carvão, minério de ferro ou coque.

Ao que se vê, não existe confusão entre o fato das empresas autorizatárias se obrigarem à manutenção do aparelho denominado "Esteira Tubular", obrigação esta devidamente prevista em instrumento contratual e executada pela empresa VLI Multimodal S.A., com a efetiva utilização do aparelho, como inegavelmente fazem as empresas Agravantes. Os fatos geradores obrigacionais têm natureza distinta e não devem ser considerados como cobrança duplicada, ou mesmo sem a devida fundamentação em instrumento contratual.

O Termo de Autorização de Uso nº 02/2016 anunciou que não somente se obrigaram as empresas Agravantes aos custos de "manutenção e operação dos equipamentos", e que para isso se utilizam dos serviços de empresa terceirizada, mas também aos custos futuros, mais precisamente os anunciados na Tabela de Preços do ano de 2017, relacionados à utilização dos equipamentos.

Não há se falar, pois, em contradição, discrepância, ou inconsistência do preço fixado para o item debatido, qual seja utilização da esteira, já que o contrato Operacional, em verdade, não exclui a possibilidade de cobrança, mas sim a ratificou com a anunciação de que o instrumento denominado "Tabela de Preços" seria parte integrante do acerto entre as partes, como se fosse um único instrumento.

Ainda, a alegação das Agravantes quanto ao fato de terem se obrigado somente ao pagamento das parcelas referentes à utilização de Infraestrutura Aquaviária e Acostagem e Infraestrutura Terrestre do Terminal também não deve prosperar. Em verdade, entendo que naquela ocasião da fixação dos termos do acerto, se estabeleceu um regime específico de

cobrança, com fixação dos preços e critérios de correção monetária para os aludidos serviços, sem previsão de extensão a outros constates na Tabela de Preços. Inclusive, aqueles citados constam nesta, mas em quantias bem mais altas dos que as acertadas. Neste ponto, entendo que se poderia alegar ilegalidade caso entendesse a Agravada pela cobrança dos citados itens na forma da Tabela de Preços, e não do contrato Operacional originário, com vigência, como dito, pelo prazo de 13 (treze) anos.

Em verdade, não podem as partes pincelarem dos instrumentos contratuais, mais precisamente da Tabela de Preços, somente os itens que, por critério subjetivo, entendem não estarem obrigadas ao pagamento. Este instrumento apregoa preços de serviços prestados, ou mesmo disponíveis aos usuários e, caso fosse ilegal, o seria em sua integralidade, e não tão somente a item específico, como tentou defender as Agravantes. Tanto o TAU, como o seu ANEXO I, já previam a cobrança de tarifa relacionada à utilização de equipamentos e Infraestrutura de transporte de granéis sólidos, não havendo se falar em inovação na estrutura obrigacional firmada entre as partes.

Cumpre esclarecer, ainda, que não se extrai dos instrumentos contratuais colacionados norma prevendo que a utilização de Infraestrutura e dos equipamentos exijam a demonstração de efetivo custo por parte da Agravada como requisito para a cobrança. Não há regra, pois, sobre a necessidade de apresentação de demonstração de composição dos custos de cada preço fixado na sobredita Tabela de Preços.

Deve-se dar guarida, no caso em referência, ao princípio da força obrigatória do contrato, que traduz a natural cogência que deve emanar do pacto, a fim de que se lhe possa reconhecer utilidade econômica e social. Afinal, de nada valeria o negócio se o acordo firmado entre os contraentes não tivesse força obrigatória. Seria mero protocolo de intenções, sem validade jurídica.

Pablo Stolze (2014), em sua obra "Novo curso de direito civil, volume 4", cita Orlando Gomes, quando este afirma que "*o princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com a observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas*

cláusulas fossem preceitos legais imperativos". E arremata o ilustre civilista baiano: "*Essa força obrigatória, atribuída pela lei aos contratos, é a pedra angular da segurança do comércio jurídico*".

Há, pois, de prevalecer o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), a qual só deve ceder ante a existência de nulidade absoluta ou de anulabilidade decorrente de vício de consentimento, o que não se verifica no caso, como forma de garantir a segurança das relações jurídicas. Conclui-se, então, que ninguém está sujeito às obrigações que não tenha ambicionado, implicando, em via transversa, que os indivíduos devem respeitar todas as obrigações em relação às quais tenham dado seu consentimento. Entendimentos jurisprudenciais corroboram com esta conclusão:

> PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL ACÓRDÃO Apelação Cível Nº: 0005466-80.2010.8.08.0048 (048100054666). Apelante: Domingos Cordeiro França. Apelado: Banco Daycoval S/A. Relatora: Desª. Convocada Janete Vargas Simões. EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR COBRANÇA INDEVIDA C/C DANOS MORAIS. CONTRATO BANCÁRIO DE EMPRÉSTIMO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO QUANTO AO VALOR TOTAL CONTRATADO. NEGÓCIO JURÍDICO PERFEITO, VÁLIDO E EFICAZ, ART. 104 DO CC. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO *PACTA SUNT SERVANDA*. ÔNUS DA PROVA DO APELANTE - ART. 333, INCISO I DO CPC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.
>
> 1- **O negócio jurídico impugnado revela-se um ato jurídico perfeito, válido e eficaz, nos termos do art. 104 do CC. 2- Obrou com acerto o magistrado de primeiro grau ao considerar a inexistência de qualquer vício que macule o negócio jurídico, pois em nenhum momento o apelante comprova de forma inequívoca suas alegações, não demonstrando ter agido sob a influência de erro, dolo, coação, lesão ou estado de perigo. Assim, o apelante não se desincumbiu do ônus de provar os fatos constitutivos**

do direito alegado na exordial, consoante exigência do art. 333, I do CPC. 3- O contrato firmado deve ser cumprido nos estritos termos em que fora celebrado, eis que suas cláusulas fazem lei entre as partes, sob pena de infringir os princípios da segurança jurídica e do pacta sunt servanda . 4- Sentença mantida. 5- Recurso conhecido, mas improvido. VISTOS , relatados e discutidos estes autos ACORDAM os Desembargadores que compõem a Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, de conformidade com a ata e notas taquigráficas que integram este julgado, à unanimidade , conhecer do recurso para negar-lhe provimento , nos termos do voto da Relatora, mantendo-se incólume a sentença. Vitória, 01 de outubro de 2013. PRESIDENTE RELATORA (TJ-ES - APL: 00054668020108080048, Relator: JANETE VARGAS SIMÕES, Data de Julgamento: 01/10/2013, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/10/2013) - grifou-se

Previdência privada complementar - PGBL – Ação anulatória de negócio jurídico - Demanda de consumidora em face de instituição financeira - Sentença de improcedência - Manutenção do julgado - Necessidade Arguição da autora acerca de vício de consentimento ante a propaganda enganosa realizada pela ré e seus prepostos - Inconsistência jurídica - Ato jurídico perfeito - Presença dos requisitos do art. 104, do CC/2002 - **Inexistência de vício de consentimento a traduzir defeito no negócio jurídico, a qualquer título - De rigor a observância ao princípio** pacta sunt servanda**, sob pena de se propiciar insegurança jurídica nos negócios** - Impossibilidade de rescisão imotivada. Apelo da autora desprovido. (TJ-SP 00090387520138260068 SP 0009038-75.2013.8.26.0068, Relator: Marcos Ramos, Data de Julgamento: 07/08/2017, 27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 10/08/2017) - grifou-se

No caso está a se tratar de cláusulas que versaram sobre obrigações diretamente ligadas às atividades de cada uma das partes, e que pela análise dos documentos podem gerar elevados custos, de forma que se

exigia, principalmente da parte responsável pelos pagamentos, uma análise aprofundada dos termos contratuais, com a específica análise das obrigações firmadas e suas consequências, não sendo cabível, diante da falta de cautela, querer fazer do Poder Judiciário um aniquilador da vontade das partes.

Com efeito, ao contrário do afirmado pelas Recorrentes, não se verifica nenhuma ilegalidade na conduta praticada pela Recorrida, inclusive com o protesto em razão de sua inadimplência. A par disso, o protesto, como se sabe, tem por objetivo constituir o devedor em mora, de forma que os Tribunais vêm entendendo pela regularidade dele quando advindo de situação de inadimplência, veja-se:

> "APELAÇÃO. DANOS MORAIS. CONTESTAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. REVELIA. PRESUNÇÃO. RELATIVIDADE. **INADIMPLÊNCIA. COMPROVAÇÃO. PROTESTO. REGULARIDADE. OFENSA**. DESCARACTERIZAÇÃO. SENTENÇA. REFORMA. RECURSO. PROVIMENTO.
> É relativa a presunção de veracidade decorrente da revelia, pelo que cabe ao Julgador, em ocorrendo a contumácia, formar seu ente de razão com base nas provas dos autos, sendo certo que se o fornecedor, ainda que serodiamente, **demonstra a inadimplência da fornecedora e a regularidade do protesto das cambiais por ela emitidas**, não se pode falar em indenização por danos extrapatrimoniais, daí porque reforma-se a sentença contrária a esse entendimento e dá-se provimento ao recurso, julgando-se improcedente o pleito inicial.
> (TJ-BA - APL: 00002487520108050009 BA 0000248-75.2010.8.05.0009, Relator: Emílio Salomão Pinto Resedá, Data de Julgamento: 17/07/2012, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 17/11/2012)" - grifou-se

> 'RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R.SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA IMPROCEDENTE AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - PROTESTO DE TÍTULO EM VALOR SUPERIOR AO DÉBITO EXISTENTE - PARCELAS PAGAS E NÃO DESCONTADAS -

> COBRANÇA INDEVIDA - INOCORRÊNCIA DO EVENTO DANOSO - **INADIMPLÊNCIA CONFESSADA PELA RECORRENTE - PROTESTO EFETUADO DENTRO DA REGULARIDADE - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL** - DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE - PREQUESTIONAMENTO - INOPORTUNO APRECIAÇÃO EM MOMENTO POSTERIOR, DESDE QUE ACIONADO EM ESTRITA OBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS - NECESSÁRIA APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 252, DO REGIMENTO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - REAPRECIAÇÃO MINUCIOSA SENTENÇA QUE IMPLICARÁ EM REPETIÇÃO DOS ADEQUADOS FUNDAMENTOS PENSAMENTO MONOCRÁTICO X SIMP0ES RATIFICAÇÃO DOS TERMOS DA R. DECISÃO DE 1º GRAU, QUE SE MOSTRA SUFICIENTEMENTE MOTIVADA - RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-SP - Apelação: 9141408112009826 SP 9141408-11.2009.8.26.0000, Relator: Simões de Vergueiro, Data de Julgamento: 13/11/2012, 16ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/11/2012)

Nessa esteira de raciocínio, não há, sob o fundamento recursal, como dar guarida ao requerimento das Agravantes para que a Agravada se abstenha de enviar novos títulos a protesto, muito menos que lhe impeça de adotar qualquer medida restritiva ou impeditiva quanto ao exercício do uso dos equipamentos cedidos por meio do Termo de Autorização de Uso.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento, mas NÃO PROVIMENTO do recurso de Agravo de Instrumento, devendo ser mantida inalterada a decisão recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 17 de abril de 2018.

PROCESSO: 0623026-43.2017.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: PEDRO ANTÔNIO DE MAGALHÃES JÚNIOR
AGRAVADO: INSTITUTO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DE RECURSOS HUMANOS – IMPARH
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ATRIBUIÇÃO DE PONTOS DE TÍTULOS EM PROVA DE CONCURSO PÚBLICO. AVALIAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO E DA EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL. REGRAS EDITALÍCIAS. DIVERSIFICAÇÃO DAS ATIVIDADES EXERCIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE AVERIGUAÇÃO. CARÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO SUBSTITUIR BANCA EXAMINADORA. PRECEDENTE JULGADO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. CONTROLE DOS CRITÉRIOS EXIGIDOS EM QUESTÕES DE CONCURSO PÚBLICO EXTRAPOLA EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Cogita-se de Agravo de Instrumento interposto por Pedro Antônio de Magalhães Júnior em contrariedade a decisão oriunda do Juízo da 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, que nos autos da ação ordinária de nº. 0109397-56.2017.8.06.0001, indeferiu o pleito liminar requestado pelo demandante, o qual pleiteia que

a entidade regulamentadora do certame – Instituto Municipal de Desenvolvimento de Recursos Humanos – IMPARH – efetive o cômputo da pontuação em relação ao tempo de serviço do candidato nas funções de gestão de pessoas e no cargo de administrador.

2. O argumento apresentado pelo recorrente trata da inadequação da atribuição da pontuação a ele atribuída. Observa-se pelo teor das regras editalícias que o certame efetivou-se em duas etapas. A segunda etapa constituiria-se da análise e avaliação dos títulos e da experiência profissional dos candidatos, cujas notas seriam distribuídas conforme Quadro II, do Edital supra mencionado e cuja área de conhecimento deveria inserir-se no rol listado no Quadro III.

3. Repara-se que quanto ao tempo de serviço/experiência profissional na área de atuação específica da vaga pela qual concorre o candidato, as pontuações a serem determinadas variavam de 02 a 10 pontos. O agravante obteve a pontuação máxima neste quesito ao atestar o tempo na atividade de gestão de pessoas por ele exercida e comprovada através de documentação.

4. Ocorre que o recorrente advoga a tese de que exercia atividades de naturezas distintas, conforme item 5.3.18 do edital, devendo ser lhe concedida pontuação referente a sua atuação profissional como administrador e como gestor de pessoas. Entretanto, em exame a matéria, não se consegue discernir a diversificação das atividades exercidas pelo recorrente, pois restam omissos documentos probatórios nos autos recursais para embasar a tese sustentada.

5. Com efeito, de uma leitura das razões recursais, nota-se que o agravante intenta obter pontuações acerca de uma única atividade profissional exercida, atribuindo-lhe funções diversas, o que ensejaria uma duplicidade de pontos a serem concedidos sobre o mesmo fato, representando violação as normas editalícias.

6. Pode-se constatar que não cabe ao Poder Judiciário substituir a Banca Examinadora para decidir critérios de admissão ou perfil de aprovação em prova de concurso público a serem exigidos de cada candidato, conforme julgamento do Recurso Extraordinário de nº. 632.853, oriundo do Estado do Ceará, e acolhido sob o regime de Repercussão Geral.

7. O controle sobre os critérios adotados pela banca extrapola o mero exame de legalidade e constitucionalidade, cabível na via jurisdicional, representando indevida ingerência no mérito do ato administrativo e, logo, violação ao princípio fundamental da Separação dos Poderes.

8. Recurso conhecido e improvido. Decisão mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 21 de fevereiro de 2018.

RELATÓRIO

Cogita-se de Agravo de Instrumento interposto por Pedro Antônio de Magalhães Júnior em contrariedade a decisão oriunda do Juízo da 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, que nos autos da ação ordinária de nº. 0109397-56.2017.8.06.0001, indeferiu o pleito liminar requestado pelo demandante, o qual pleiteia que a entidade regulamentadora do certame – Instituto Municipal de Desenvolvimento de Recursos Humanos – IMPARH – efetive o cômputo da pontuação em relação ao tempo de serviço do candidato nas funções de gestão de pessoas e no cargo de administrador.

Nas razões de fls. 01/17, o agravante afirma, em síntese, que ao se submeter ao certame visando a seleção de Analista de Planejamento de Gestão da Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão (SEPOG), regulado através do Edital de nº. 30/2016, por intermédio do Instituto Municipal de Desenvolvimento de Recursos Humanos – IMPARH.

Destaca que na oportunidade de entrega dos títulos na segunda etapa do certame, o candidato apresentou documentos comprobatórios, estimando a aferição de 22 (vinte dois) pontos, considerando-se a avaliação de títulos e da experiência profissional.

Disserta fazer jus aos pontos referentes a quatro categorias: (I) especialização em qualquer área de formação; (II) especialização nas áreas especificadas no quadro III do edital do certame; (III) experiência profissional na área específica de formação do candidato e (IV) experiência profissional na área de atuação específica da vaga concorrida. Alega que a primeira e segunda categoria aferiu 06 pontos, referentes a Pós-Graduação em Auditoria e Controladoria e Pós-Graduação em Administração Pública. Contudo, na terceira categoria, referente a tempo de serviço na experiência profissional na área específica de formação do candidato, o agravante deveria ter auferido a pontuação máxima de 06 pontos, em vista da experiência profissional na área específica de formação e atuação como administrador.

Assevera que na quarta categoria o agravante aferiu 10 pontos, recebendo pontuação máxima em vista do tempo de serviço na área de atuação específica da vaga pela qual concorre, de acordo com o quadro III pelo período de 07 (sete) anos.

Discorre que sem fundamento razoável a pontuação total do agravante foi de 16 (dezesseis) pontos, baixando consideravelmente a nota a ser obtida, privando o agravante das vagas ao cargo almejado. Aduz que tal nota foi consequência da desconsideração aos documentos probatórios sendo excluído do cômputo o tempo de serviço e experiência profissional da área específica de formação do candidato.

Defende a tese da possibilidade de acumulação de atividades conforme as normas editalícias, estando de acordo com todas as regras e exigências previstas na seleção, vez que a única ressalva para o aproveitamento da pontuação em relação as funções concomitantes é que as mesmas sejam de natureza distinta.

Sustenta ter apresentado recurso administrativo em face da pontuação que lhe fora definida, contudo, a Administração decidiu o recurso emitindo sucinto parecer citando que o "candidato não comprovou tempo de serviço/experiência profissional na área específica da vaga para a qual concorre, tendo em vista que de acordo com a documentação apresentada as atribuições exercidas pelo recorrente não podem ser consideradas como atividades de natureza distintas, configurando, portanto, tempo de serviço concomitante".

Ao término, roga pelo recebimento do instrumental para que lhe seja concedido o cômputo dos pontos aferidos em relação ao tempo de serviço no período de 01/03/2010 a 01/03/2017, nas funções de gestão de pessoas e na formação do cargo de Administrador, atribuindo ao agravante o total de 22 (vinte e dois) pontos, e procedendo a imediata reclassificação do candidato.

Acaso entenda pela impossibilidade de aproveitamento do tempo de serviço concomitante, requer que seja validada a melhor condição ao agravante, considerando-se o cômputo da titulação do período concomitante a atividade específica da vaga de gestão de pessoas, e não como atividade específica de formação do candidato.

Em decisão interlocutória de fls. 79/89 foi indeferida a súplica suspensiva, mantendo-se a decisão agravada.

Em contraminuta, o Instituto Municipal de Desenvolvimento de Recursos Humanos – IMPARH argui preliminarmente a falta de interesse processual em razão do concurso restar encerrado e homologado, restando prejudicada a presente demanda.

Adentrando ao mérito, ressalta inexistirem os requisitos necessários para concessão da tutela provisória, bem como o aduz o dever de obediência aos Princípios da Legalidade e da Vinculação ao Edital nº 30/2016.

Repele os termos do pedido referente as regras editalícias concernentes à segunda etapa do certame, pois cabe exclusivamente à Banca avaliar os títulos submetidos ao certame. Pugna, também, a estrita observância do mérito administrativo, e menciona o possível prejuízo ao Município e o perigo inverso à Administração Pública.

Ao cabo, roga pelo reconhecimento da falta de interesse de agir, e acaso ultrapassada tal postulação, requer a improcedência do pedido formulado e a condenação da parte autora em honorários.

É o relatório.

VOTO

De início, conheço do recurso, uma vez que presentes, na espécie, os pressupostos de admissibilidade recursal.

A controvérsia exposta à análise deste Órgão Jurisdicional versa sobre atribuição de pontos elaborada pelo Instituto Municipal de Desenvolvimento de Recursos Humanos – IMPARH na seleção regulada pelo Edital de nº. 30/2016 para o cargo de Analista de Planejamento e Gestão.

O argumento apresentado pelo recorrente trata da inadequação da atribuição da pontuação a ele atribuída. Observa-se pelo teor das regras editalícias que o certame efetivou-se em duas etapas. A segunda etapa constituiria-se da análise e avaliação dos títulos e da experiência profissional dos candidatos, cujas notas seriam distribuídas conforme Quadro II, do Edital supra mencionado e cuja área de conhecimento deveria inserir-se no rol listado no Quadro III.

Repara-se que quanto ao tempo de serviço/experiência profissional na área de atuação específica da vaga pela qual concorre o candidato, as pontuações a serem determinadas variavam de 02 a 10 pontos. O agravante obteve a pontuação máxima neste quesito ao atestar o tempo na atividade de gestão de pessoas por ele exercida e comprovada através de documentação.

Ocorre que o recorrente advoga a tese de que exercia atividades de naturezas distintas, conforme item 5.3.18 do edital, devendo ser lhe concedida pontuação referente a sua atuação profissional como administrador e como gestor de pessoas:

> 5.3.18: O tempo de serviço concomitante não será considerado, exceto quando se tratar de atividades de naturezas distintas.

Em exame a matéria, não se consegue discernir a diversificação das atividades exercidas pelo recorrente, pois restam omissos documentos probatórios nos autos recursais para embasar a tese sustentada.

Por outro lado, a atenta verificação da área de conhecimento a ser especificado nos itens expostos no Quadro III do edital demanda análise aprofundada, a ser definida em instrução probatória suficiente no primeiro grau, inoponível nesta sede recursal, em face do caráter preambular e superficial do exame em Agravo de Instrumento.

Com efeito, de uma leitura das razões recursais, nota-se que o agravante intenta obter pontuações acerca de uma única atividade profissional exercida, atribuindo-lhe funções diversas, o que ensejaria uma duplicidade de pontos a serem concedidos sobre o mesmo fato, representando violação as normas editalícias.

Neste passo, pode-se constatar que não cabe ao Poder Judiciário substituir a Banca Examinadora para decidir critérios de admissão ou perfil de aprovação em prova de concurso público a serem exigidos de cada candidato.

Eis o acórdão prolatado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário de nº. 632.853, oriundo do Estado do Ceará, e acolhido sob o regime de Repercussão Geral:

> Recurso extraordinário com repercussão geral.
> 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes.
> 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes.
> 4. Recurso extraordinário provido". (RE 632.853, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-125 DIVULG 26-06-2015 PUBLIC 29-06-2015).

Nesse particular, trago à baila, por oportuno, o voto exarado pela Ministra Carmem Lúcia no mesmo Recurso Extraordinário 632.853, dantes anunciado. Reproduzo, abaixo, as palavras da nobre julgadora:

> "No que se refere, no entanto, à possibilidade de se sindicar judicialmente, não tenho dúvida, tal como foi dito desde o voto do eminente Relator, que os concursos públicos contam com alguns elementos que são sindicáveis, sim, pelo Poder Judiciário. Não, porém, aqueles dois, basicamente, que são inerentes ao núcleo do ato administrativo - chama-se mérito, na verdade, é o merecimento, é o núcleo central do ato -, que dizem respeito apenas a que ou vale a decisão da banca, ou se substitui por uma decisão que seria, no caso, do Poder Judiciário. **Quer dizer, o que o Poder Judiciário não pode é substituir-se à banca; se disser que é essa a decisão correta e não outra, que aí foge à questão da legalidade formal, nós vamos ter, como bem apontou o Ministro Teori, um juiz que se vale de um perito que tem uma conclusão diferente daquela que foi tomada pelos especialistas que compõem a banca. Então, na verdade, isso não é controle, mas é substituição.**
> Por isso mesmo, neste caso, não caberia de jeito nenhum a sindicabilidade pelo Poder Judiciário, resguardando-se o que Hely Lopes Meirelles chegava a chamar de soberania da banca

> quanto a esses elementos; quer dizer, não é que a banca fique inexpugnável, absolutamente como foi várias vezes acentuado aqui. Lembrando ainda, e apenas para fazer um apontamento, que quando se fala - e o Ministro Gilmar lembrou bem -, em reserva de administração, não é do Poder Executivo, porque isso vale para a atividade administrativa de qualquer dos Poderes, incluído aí o Poder Judiciário, em cujos concursos, realmente não pode ter as suas bancas substituídas pelo Poder Judiciário. Ressalva feita ao controle de legalidade quanto aos aspectos que são objetivos, e, por isso, sindicáveis, o que não se dá neste caso, razão pela qual, Senhor Presidente, eu acompanho às inteiras o voto do Ministro-Relator, dando provimento ao Recurso Extraordinário" (sublinhados nossos).

Conforme ressaltou o ilustre Min. Gilmar Ferreira Mendes, Relator daquele Recurso Extraordinário, o Poder Judiciário não pode infirmar o entendimento da banca examinadora, sendo-lhe vedado realizar análise doutrinária das respostas, pois **o controle sobre os critérios adotados pela banca extrapola o mero exame de legalidade e constitucionalidade**, cabível na via jurisdicional, **representando indevida ingerência no mérito do ato administrativo e, logo, violação ao princípio fundamental da Separação dos Poderes** (art. 2º, do CF/1988).

A intervenção do Judiciário, portanto, deve ser pautada pela parcimônia, achando-se restrita aos aspectos de legalidade/constitucionalidade, bem como, excepcionalmente, ao Juízo de Compatibilidade entre o conteúdo das questões e aquilo que prevê o edital.

O Superior Tribunal de Justiça também possui diversos julgados acerca da excepcionalidade do controle jurisdicional de normas e atos referentes a realização de concurso público:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. PROMOTOR DE JUSTIÇA. PRELIMINARES DE NULIDADE. INCABÍVEIS. PROVA ORAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE DOCUMENTOS PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. NÃO VERIFICADA. VIOLAÇÃO DA ISONOMIA E DA TEORIA DOS MOTIVOS

DETERMINANTES. SUBJETIVIDADE. VIOLAÇÃO NÃO IDENTIFICADA. PRETENSÃO DE REVISÃO DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF.

1. Recurso ordinário interposto contra acórdão no qual foi denegada a segurança ao pleito mandamental de alteração do julgamento de banca examinadora de concurso público para o cargo de promotor de justiça; a impetrante insurgia-se contra a nota e o recurso administrativo da fase oral do certame.

2. Não há falar em nulidade do julgamento na Corte de origem em razão do indeferimento do pedido de juntada de um amplo acervo documental que alegava a parte impetrante ser necessário ao deslinde da controvérsia; dos documentos juntados para instruir a inicial, localizam-se os resultados provisórios e final do certame, após os recursos (fl. 276; fl. 285), bem como as questões da prova oral (fls. 352-354), o espelho da avaliação provisória da referida fase (fl. 300) e o recurso interposto contra a avaliação (fls. 301-302).

3. No caso concreto, não há violação do art. 236 do Código de Processo Civil em razão da intimação em Diário Oficial do advogado que subscreveu a peça de agravo interno, em invés daquele que assinou a petição inicial, uma vez que o mérito, na instância de origem, foi apreciado na mesma sessão na qual houve o julgamento de prejuízo do agravo (fl. 446).

4. Não qualquer violação em relação à regularidade dos procedimentos de recurso administrativo contra os resultados da banca examinadora, uma vez que se verifica o fornecimento prévio de elementos fáticos para subsidiar sua interposição; afinal, da leitura dos recursos interpostos se extrai menção expressa ao áudio do exame, bem como a outros elementos (fls. 301-302).

5. Do exame do material do certame, não se verifica a procedência da alegação de violação da isonomia e da teoria dos motivos determinantes; em não havendo violação de substância ou de forma, deve ser aplicado o entendimento firmado em sede de repercussão geral pelo Pretório Excelso no sentido de que o Poder Judiciário não pode se substituir às bancas de concurso público para rever os critérios substantivos da avaliação de conhecimentos (Tema 485 na RG no RE 632.853/CE, julgado em 23.4.2015).

6. "Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir a banca examinadora para avaliar as respostas dadas pelos candidatos e as notas a elas atribuídas." (AgR no MS 30.433/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13.9.2011, Processo Eletrônico publicado no DJe-187 em 29.9.2011.) Agravo regimental improvido. (AgRg no RMS 47.607/TO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 16/09/2015) (sublinhados nossos).

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. DEFESA DA FUNÇÃO PÚBLICA INDELEGÁVEL DE SELEÇÃO DOS RESPECTIVOS MEMBROS. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA E POTENCIAL EFEITO MULTIPLICADOR. PEDIDO DE SUSPENSÃO DEFERIDO.

I - A seleção promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil tem *status* de função essencial à justiça. Trata-se de um serviço com caráter público. Controvérsia com evidente interesse público que resulta da delegação da fiscalização pela Lei nº 8.906, de 1994.

II - A decisão que antecipou os efeitos da tutela invadiu o mérito administrativo ao avaliar não apenas o comando da questão, mas os critérios de correção adotados pela banca examinadora. Essa situação, por si só, é capaz de causar grave lesão à ordem administrativa, na medida em que a aferição da habilidade dos candidatos é atribuição exclusiva da Ordem dos Advogados do Brasil - o legislador infraconstitucional fez a opção de submeter o exercício da advocacia à avaliação daquela entidade.

III - *Decisum* que, a um só tempo, substituiu a Ordem dos Advogados do Brasil no exame da qualificação do autor para o exercício da advocacia, causando grave lesão à ordem administrativa protegida pela Lei nº 8.906, de 1994, e tem o potencial efeito multiplicador.

IV - Interesse público mais bem protegido pela suspensão dos efeitos da tutela antecipada, ao evitar a atividade de profissionais reprovados pela Ordem dos Advogados do Brasil, que poderiam ocasionar danos aos interesses dos clientes que viessem a representar.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no RCD na SLS 1.930/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/03/2015, DJe 20/03/2015).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. PRETENSÃO DE REEXAME DE QUESTÕES DE PROVA. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. TEMA PACIFICADO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança ao pleito de anulação de duas questões objetivas de concurso público, bem como ao pedido de ampliação do prazo para entrega dos títulos, em decorrência. A impetrante se insurge contra o teor das avaliações que foram objeto de recurso, devidamente motivado.

2. O acórdão da origem teceu exame acurado dos fatos em relação ao caso (fls. 189-196). A leitura elucida que não há abuso na correção, tampouco na revisão, assim como que a impetração visa rediscutir os critérios substantivos da avaliação feita pela banca examinadora.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é clara ao indicar a vedação ao refazimento da correção de provas por parte do Poder Judiciário. Precedentes: AgR no AI 805328/CE AgR, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Acórdão Eletrônico publicado no DJe-199 em 10.10.2012; MS 30.860/DF, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Processo Eletrônico publicado no DJe-217 6.11.2012; e AgR no RE 405.964/RS, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Acórdão Eletrônico publicado no DJe-095 em 16.5.2012.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também é pacífica no sentido de que não é possível ao Poder Judiciário imiscuir-se na revisão das provas de concurso público, somente atendo-se à juridicidade. Precedentes: RMS 41.785/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.12.2013; RMS 43.139/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24.9.2013; e AgRg no RMS 25.608/ES, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 23.9.2013.

Recurso ordinário improvido. (RMS 45.660/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 26/08/2014) (sublinhados nossos).

Diante de todo o exposto, CONHEÇO do recurso, para julgá-lo IMPROVIDO, mantendo-se os termos da decisão prolatada pelo Juízo *a quo*, de modo a indeferir o pedido de tutela de urgência, mantendo-se a classificação do certame e o cômputo da pontuação atribuída à titulação do Agravante.

É como voto.

Fortaleza, 21 de fevereiro de 2018.

PROCESSO: 0624905-85.2017.8.06.0000.
AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: ANTHONY VIKTOR MOURA DA SILVA.
AGRAVANTE: FILIPE DE MACEDO BARBOSA.
AGRAVANTE: HELDER PEREIRA FLORENCIO.
AGRAVANTE: JOSÉ NEURACI SOUSA DE MELO.
AGRAVANTE: MARCELO VIANA DA SILVA.
AGRAVANTE: RAFAEL SILVA JULIO.
AGRAVANTE: RICHARDSON VIEIRA DANTAS.
AGRAVADA: EMPRESA DE TRÂNSITO E TRANSPORTE URBANO DE FORTALEZA S/A – ETUFOR.
AGRAVADA: AUTARQUIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO SERVIÇOS PÚBLICOS E DE CIDADANIA DE FORTALEZA – AMC.
AGRAVADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 13.640/2018 QUE ALTEROU O INCISO X DO ART. 4º E INCLUIU OS ARTS. 11-A E 11-B NA REDAÇÃO ORIGINAL DA LEI Nº 12.587/2012 (POLÍTICA NACIONAL DE MOBILIDADE URBANA). TRANSPORTE PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. SERVIÇO REMUNERADO NÃO ABERTO AO PÚBLICO PARA VIAGENS INDIVIDUALIZADAS OU COMPARTILHADAS SOLICITADAS EXCLUSIVAMENTE POR USUÁRIOS PREVIAMENTE CADASTRADOS EM APLICATIVOS OU OUTRAS PLATAFORMAS DE COMUNICAÇÃO EM REDE. *FUMUS BONI JURIS* E *PERICULUM IN MORA*.

DEMONSTRAÇÃO. PROVIMENTO LIMINAR. DEFERIMENTO. INEXISTÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO LOCAL. LEI MUNICIPAL Nº 10.553/2016 INAPLICÁVEL AO CASO CONCRETO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1- O presente recurso objetiva a concessão de provimento liminar que assegure aos agravantes continuar a sua atividade de transporte particular de passageiros, em associação com a aplicativo para celular Uber e congêneres, sem que, em decorrência tão somente dessa atividade econômica, estejam sujeitos à apreensão de seus veículos e à imposição de penalidades pelos agentes públicos no exercício do poder de polícia.

2- Em 27.03.2018, foi publicada no *Diário Oficial da União* a Lei nº 13.640, de 26 de março de 2018, a qual alterou a Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012 (Política Nacional de Mobilidade Urbana), prevendo o transporte privado individual de passageiros, serviço remunerado não aberto ao público, para viagens individualizadas ou compartilhadas, solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede (inciso X do art. 4º da Lei nº 12.587/2012).

3- Enquanto os Municípios e o Distrito Federal não editarem a regulamentação, o citado serviço de transporte de passageiros mediante aplicativo está permitido, não dependendo de autorização prévia do poder público, e pode continuar sendo prestado normalmente ainda que na falta de regramento local.

4- A partir dos autos do processo principal (Mandado de Segurança nº 0146651-63.2017.8.06.0001), observa-se ter sido coligida a Lei Municipal nº 10.553/2016, a qual não incide no caso concreto, pois, nada obstante dispor em sua ementa "sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de Fortaleza", limita-se em seu art. 1º a estabelecer lacônica vedação ao "transporte público individual de passageiro sem a devida permissão legal", violando a Lei Complementar nº 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determinam o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e a Lei de Diretrizes de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012), notadamente após a promulgação da Lei nº 13.640/2018, que alterou o inciso X do art. 4º e incluiu os arts. 11-A e 11-B à sua redação original, restando superada a celeuma existente acerca da natureza jurídica do serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros.

5- Estando suficientemente demonstrados o *fumus boni juris* (autorização legal) e o *periculum in mora* (risco iminente de apreensão dos veículos e autuação dos agravantes), é de se deferir a medida liminar requestada, de modo a garantir aos recorrentes o direito de livremente trabalharem no transporte remunerado privado individual de passageiros, em viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede, devendo

absterem-se os agentes públicos de proceder, em decorrência do exclusivo exercício dessa atividade laboral, à aplicação de multas, apreensão dos veículos ou das carteiras de habilitação dos recorrentes, limitando-se à fiscalização e vigilância das condições de conservação e de segurança dos veículos, da regularidade documental do guiador e do automóvel, na estrita observação das leis de trânsito, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais) por descumprimento desta decisão judicial, litigância de má-fé e responsabilização por crime de desobediência, na forma da lei.
6- Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e decisão unânime, em conhecer do agravo de instrumento para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 23 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de tutela de urgência interposto por Anthony Viktor Moura da Silva e outros, contra a decisão interlocutória proferida pelo Juiz de Direito Joaquim Vieira Cavalcante Neto, da 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, na qual, em sede de mandado de segurança (Proc. nº 0146651-63.2017.8.06.0001) impetrado pelos recorrentes contra atos supostamente ilegais indigitados ao Prefeito do Município de Fortaleza e aos Presidentes da Empresa de

Transporte Urbano de Fortaleza S/A – ETUFOR e da Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Públicos e Cidadania – AMC, respectivamente, indeferiu o provimento antecipatório da tutela requestado no *writ* (p. 37-40).

Pugnam os recorrentes pela concessão da gratuidade processual, tendo em vista a omissão em primeiro grau, e referem, com esteio no art. 1.019, I, do CPC, que a concessão da medida liminar faz-se necessária em virtude de aqueles terem como única fonte de renda o transporte de passageiros intermediados pelo aplicativo Uber e por se acharem ameaçados de exercer seu trabalho em razão das frequentes apreensões de veículos e aplicação de multas pelos agentes públicos.

Invocam em seu prol o art. 4º, X, da Lei nº 12.587/2012 (Lei de Mobilidade Urbana) e os fundamentos assentes nas decisões da lavra do Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite, no Agravo de Instrumento nº 0626938-82.2016.8.06.0000, e do Juiz de Direito convocado Henrique Jorge Holanda Silveira, no Agravo de Instrumento nº 0626753-44.2016.8.06.0000, além de decisões de outros tribunais e do disposto nos arts. 730 do Código Civil e 22, XI, da Constituição Federal; explicitam que a Lei nº 10.553 do Município de Fortaleza proíbe o transporte público individual de passageiro sem a devida permissão legal e estabelece multa de R$ 1.400,00 (um mil e quatrocentos reais), até o limite de 4 (quatro) vezes esse valor, em caso de reincidência no período de 12 (doze) meses.

Por fim, diante do reconhecimento do direito líquido e certo em questão e do risco de dano grave, requerem seja-lhes deferida medida liminar assecuratória do livre exercício de sua atividade econômica em associação com o Uber ou outros aplicativos similares, determinando-se às autoridades coatoras que façam cessar a prática de quaisquer atos restritivos ao exercício da atividade em comento.

Juntam os documentos de p. 12 a 42 (procurações *ad juditia* e cópias da petição inicial e da decisão recorrida, além de autos de apreensão emitidos pela Empresa de Transporte Urbano de Fortaleza).

Em decisão interlocutória de p. 46-56, deferi a tutela de urgência, de modo a conferir aos recorrentes o direito de livremente trabalharem no transporte remunerado particular de passageiros mediante a utilização de

plataformas eletrônicas (Uber e similares), devendo absterem-se os agentes públicos de proceder, em decorrência do exclusivo exercício dessa atividade laboral, à aplicação de multas, apreensão dos veículos ou das carteiras de habilitação dos recorrentes, limitando-se à fiscalização e vigilância das condições de conservação e de segurança dos veículos, da regularidade documental do guiador e do automóvel, na estrita observação das leis de trânsito, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais) por descumprimento desta decisão judicial, litigância de má-fé e responsabilização por crime de desobediência, na forma da lei.

Em contrarrazões de p. 65-76, a Empresa de Transporte Urbano de Fortaleza (ETUFOR) assere que a categoria profissional à qual os agravantes dizem pertencer sequer existe legalmente, constituindo, na verdade, transporte público individual, uma vez que seu serviço é disponibilizado para toda a população fortalezense mediante remuneração, de forma que tal serviço deverá ser regulamentado, organizado, disciplinado e fiscalizado pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a ser cobradas (arts. 12 e 18, inc. I, da Lei nº 12.587/2012).

Defende inexistir na Lei Orgânica do Município de Fortaleza qualquer outra categoria para transporte público individual de passageiros que não a de táxi ou mototáxi, considerando-se irregular qualquer outra atividade similar e aponta consistir em infração capitulada nos arts. 28, alínea "d", e 41, inciso IV, da Lei Municipal nº 7.163/1992 a operação de veículo sem permissão ou autorização do poder público, sob pena de apreensão.

Refere ausentes, na espécie, os requisitos legais para a concessão do provimento liminar.

Por sua vez, a Autarquia Municipal de Trânsito e Cidadania (AMC), às p. 105-111, argumenta que tem agido em perfeita consonância com o disposto em lei, não havendo dispositivo legal ou precedente jurisprudencial que ampare a pretensão dos recorrentes, motivo pelo qual pugna pela extinção do *writ*, ante a falta de direito líquido e certo a assegurar pela via mandamental, devendo-se aplicar a Súmula 266 do STF, segundo a qual "não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

Aduz que o aplicativo UBER teria criado uma nova modalidade de intermediação de serviço de transporte público individual urbano (art. 4º, inciso VIII, da Lei nº 12.587/2012) semelhante à contratação de veículo de aluguel para a realização de viagens individuais, mediante o pagamento de um preço medido pela distância percorrida, atividade análoga à exercida pelos taxistas.

Afirma que a Lei da Política Nacional da Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012) não prevê o transporte privado individual de passageiros, mas o transporte privado coletivo, de maneira que vedada a atividade de transporte privado individual, não podendo os impetrantes, sem autorização municipal, exercerem a citada atividade econômica.

O Município de Fortaleza, às p. 120-127, além de repisar as teses antes já salientadas pelas litisconsortes, suscita a legalidade da conduta dos agentes públicos municipais na regulação da atividade de transporte remunerado de passageiros, público ou privado (arts. 107 e 135 do CTB), a qual depende de autorização, permissão ou concessão do Poder Público competente, a fim de coibir diversos riscos aos usuários e consumidores em geral, tais como: veículos sem as devidas condições de segurança; prestação do serviço por motorista incapacitado; além de os condutores de veículos destinados ao transporte de passageiros, consoante o art. 329 do CTB, deverem apresentar previamente, como condição para exercerem suas atividades, certidão negativa do registro de distribuição criminal relativamente aos crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores, renovável a cada cinco anos, junto ao órgão responsável pela respectiva concessão ou autorização.

A representante do Ministério Público Estadual, em parecer de p. 131-143, opinou pelo provimento do recurso, por entender presentes os requisitos do *fumus boni juris* (arts. 1º, IV, e 170, da CF e 730 e seguintes do CC) e do *periculum in mora* (possibilidade de lesão ao próprio sustento dos agravantes), necessários à concessão da medida (art. 7º, inc. III, da Lei nº 12.016/2009).

É o relatório.

Designo a primeira sessão desimpedida para julgamento.

Fortaleza, 03 de abril de 2018.

VOTO

Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Como visto, os agravantes interpuseram o presente recurso objetivando a concessão de provimento liminar que lhes assegurasse continuar a sua atividade de transporte particular de passageiros, em associação com a plataforma digital para celular Uber e congêneres, sem que, em decorrência tão somente dessa atividade econômica, estivessem sujeitos à apreensão de seus veículos e à imposição de penalidades pelos agentes públicos no exercício do poder de polícia.

Ora, em 27.03.2018 foi publicada no *Diário Oficial da União* a Lei nº 13.640, de 26 de março de 2018, a qual alterou a Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012 (Política Nacional de Mobilidade Urbana), para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros.

Portanto, a Lei nº 13.640/2018 conferiu aos Municípios e ao Distrito Federal competência exclusiva para regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte privado individual de passageiros (art. 11-A da Lei nº 12.587/2012), que, por definição legal, é serviço remunerado, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas, solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede (inciso X do art. 4º da Lei nº 12.587/2012).

Para tanto, conforme o parágrafo único do art. 11-A da citada norma legal, na regulamentação e fiscalização do serviço de transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal deverão observar as seguintes diretrizes, tendo em vista a eficiência, a eficácia, a segurança e a efetividade na prestação do serviço: (*a*) efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço; (*b*) exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT); e (*c*) exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos termos da alínea "h" do inc. V do art. 11 da Lei nº 8.213/1991.

Ademais, o art. 11-B do referido diploma legal estabelece, nos Municípios que optarem pela regulamentação do serviço em comento, que somente estará autorizado o motorista que cumprir as seguintes condições: (*a*) possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada; (*b*) conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal; (*c*) emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV); e (*d*) apresentar certidão negativa de antecedentes criminais; sob pena de, descumpridos os requisitos previstos na Lei e na eventual regulamentação do poder público municipal e do Distrito Federal, estar caracterizado transporte ilegal de passageiros (p. ún. do art. 11-B).

Observa-se, igualmente, que a matéria não está regulamentada no Município de Fortaleza. A Lei Municipal nº 10.553/2016, coligida aos autos do processo principal (Mandado de Segurança nº 0146651-63.2017.8.06.0001), à p. 47, a qual supostamente regularia a prestação do mencionado serviço de transporte, encontra-se assim redigida:

> LEI Nº 10.553, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2016
>
> **Dispõe sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de Fortaleza, e dá outras providências**.
>
> FAÇO SABER QUE A CÂMARA MUNICIPAL DE FORTALEZA APROVOU E EU SANCIONO A SEGUINTE LEI:
>
> Art. 1º É vedado no município de Fortaleza o **transporte público individual de passageiro sem a devida permissão legal**.
> Art. 2º A infração ao disposto nesta Lei acarretará ao condutor a multa de R$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais), aplicada até o limite de 4 (quatro) vezes o valor da multa, em caso de reincidência no período de 12 (doze) meses.

> Art. 3º As despesas com a execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.
> Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.
> PAÇO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA, em 23 de dezembro de 2016.
> Roberto Cláudio Rodrigues Bezerra
> PREFEITO MUNICIPAL DE FORTALEZA

Em pesquisa na rede mundial de computadores, há informação de que a citada norma foi publicada no *Diário Oficial do Município* em 30.12.2016, à pág. 2 (disponível em: <http://apps.fortaleza.ce.gov.br/diariooficial/download-diario.php?objectId=workspace://SpacesStore/7ad952c3-c3c4-4bc1-aa1a-79c9e1679069;1.3&numero=15925. Acesso em 05 jul. 2017>).

Porém, a referida Lei, nada obstante dispor em sua ementa "**sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de Fortaleza**", limita-se em seu art. 1º a estabelecer lacônica vedação ao "**transporte público individual de passageiro sem a devida permissão legal**".

A norma local, portanto, não tem incidência no caso concreto, não somente por violar a Lei Complementar nº 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, mas também a Lei de Diretrizes de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012), notadamente após a promulgação da Lei nº 13.640/2018, que alterou o inciso X do art. 4º e incluiu os arts. 11-A e 11-B à sua redação original.

Por conseguinte, restou superada a celeuma existente acerca da natureza jurídica do serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros, com a edição da Lei nº 13.640/2018, ao conferir nova redação ao inciso X do art. 4º da Lei nº 12.587/2012.

Ademais, enquanto os Municípios e o Distrito Federal não editarem a regulamentação, o citado serviço de transporte de passageiros

mediante aplicativo está permitido, não dependendo de autorização prévia do poder público, e pode continuar sendo prestado normalmente ainda que na falta de regramento local.

Inexistindo regulamentação no Município de Fortaleza sobre o transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º da Lei nº 12.587/2012, e estando suficientemente demonstrados nos fólios o *fumus boni juris* (autorização legal) e o *periculum in mora* (risco iminente de apreensão dos veículos e autuação dos agravantes), é de se deferir a medida de urgência requestada, ratificando-se o provimento liminar de p. 46-56, de modo a garantir aos recorrentes o direito de livremente trabalhar no transporte remunerado privado individual de passageiros, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede, devendo absterem-se os agentes públicos de proceder, em decorrência do exclusivo exercício dessa atividade laboral, à aplicação de multas, apreensão dos veículos ou das carteiras de habilitação dos recorrentes, limitando-se à fiscalização e vigilância das condições de conservação e de segurança dos veículos, da regularidade documental do guiador e do automóvel, na estrita observação das leis de trânsito, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais) por descumprimento desta decisão judicial, litigância de má-fé e responsabilização por crime de desobediência, na forma da lei.

Do exposto, conheço do agravo de instrumento para dar-lhe provimento.

É como voto.

PROCESSO: 0625534-59.2017.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: SYNARA DE FÁTIMA BEZERRA DE LIMA
AGRAVADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. VAGAS REMANESCENTES. ALEGATIVA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTE DO STF. RE 837.311/PI, SUBMETIDO AO REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. CARGO DE AUXILIAR EM SAÚDE BUCAL. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. REALIZAÇÃO POSTERIOR DE CONCURSO PÚBLICO PARA CARGOS TEMPORÁRIOS. SIMILITUDE DAS ATIVIDADES EMPREENDIDAS NOS CERTAMES NÃO DEMONSTRADA. CARÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS. NECESSIDADE DE EXAME PROBATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A controvérsia exposta à análise deste Órgão Jurisdicional versa sobre a regularidade do Concurso Público regulamentado pelo Edital nº 09/2015, publicado no Diário Oficial do Município em 30 de janeiro de 2015, visando o provimento de cargos efetivos de Técnico em Enfermagem, Técnico em Higiene Dental e Auxiliar em Saúde Bucal para atuarem na rede de atenção primária da Secretaria Municipal de Saúde de Fortaleza.

2. A Agravante sustenta em suas razões que subsistem vagas para o cargo almejado, surgindo

para si o direito subjetivo à nomeação em razão do cadastro de reserva, aplicando-se o teor do RE 837.311/PI.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311, da Relatoria do Exmo. Min. Luiz Fux, firmou a tese de que somente subsiste direito subjetivo do candidato à nomeação do cargo quando se fizerem presentes as seguintes condições: i) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

4. No caso em espécie, a tese quanto ao surgimento de novas vagas em razão da abertura de novo certame não se entremostra verossímil, em sede de exame preambular inerente ao recurso ajuizado, uma vez que o Edital nº 09/2015, publicado em 30 de janeiro de 2015 se prestou a selecionar profissionais Auxiliar de Saúde Bucal na atenção primária. Já o Edital de nº. 33/2016, visava o suprimento de cargo de Auxiliar de Saúde Bucal para a contratação por tempo determinado, contudo, o cargo a ser selecionado visava a atenção secundária, não se demonstrando, através do conjunto probatório apresentado nos autos, a similitude das atividades empreendidas nos cargos apontados.

5. Sob tal reflexão, não se demonstram, de forma clara e inequívoca, os elementos constantes do julgamento do RE 837.311/PI, pois, especificamente, não há distinção no conjunto probatório apresentado nos autos quanto a aludida preterição da candidata, ora Recorrente, em relação aos demais concorrentes ao cargo de Auxiliar de Saúde Bucal, pretendido pela Agravante.
6. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em em conhecer e negar provimento ao Agravo de Instrumento nº. 0625534-59.2017.8.06.0000, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 21 de março de 2018

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento ajuizado por Synara de Fátima Bezerra de Lima em contrariedade a sentença prolatada pelo Magistrado da 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, o qual indeferiu o pedido de tutela de urgência em que a parte Agravante pleiteia a convocação e posse no cargo de Auxiliar de Saúde bucal, considerando a existência de vagas temporárias existentes no Município de Fortaleza em face das sucessivas contratações temporárias realizadas por meio dos certames realizados pelas Seleções Públicas de nº 12/2014, 42/2014 e 33/2016.

Sustenta a recorrente que de acordo com o conteúdo trazido na inicial, há comprovação da existência de vagas para técnicos de enfermagem no Município agravado, ante a evidente contratação de uma série de profissionais de saúde como temporários e terceirizados ou ainda em regime de pagamento autônomo.

Assevera que o Município de Fortaleza procedeu 3 (três) seleções públicas para contratações temporárias de técnicos de enfermagem, restando plenamente comprovada a subsistência de vagas para os cargos almejados, surgindo o direito subjetivo à nomeação em razão do cadastro de reserva regido pelo Edital nº 09/2015. Alega incidir a espécie o precedente do julgamento do RE 837.311, da Relatoria do Min. Luiz Fux, sob o regime de repercussão geral.

Ao cabo, requer o provimento do recurso de modo a reformar a decisão interlocutória agravada, determinando que o Município agravado, no prazo de 30 (trinta) dias, convoque e dê posse a agravante, nos termos solicitados na inicial.

Despacho de fls. 102, apresentou-se reserva a apreciação da postulação de urgência após a formação do contraditório.

Em contrarrazões, o Município de Fortaleza narra que o Concurso Público o qual se submeteu a demandante, foi regido pelo Edital nº 09/2015, o qual decorreu da celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta nº 115/2014 firmado entre o Município de Fortaleza, Ministério Público do Trabalho e Ministério Público do Estado do Ceará, restando firmado o comprometimento do Município em realizar concurso público para cargos de técnico em enfermagem, técnico de higiene bucal e auxiliar em saúde bucal, num total de 622 (seiscentos e vinte e dois) cargos, criados pela Lei Complementar nº 173/2014.

Informa que o concurso público em questão efetivou 3 (três) convocações, suprindo a totalidade de vagas existentes para os aludidos cargos. Ressalta que se encontram preenchidos todos os 372 (trezentos e setenta e dois) cargos efetivos de técnicos em enfermagem, que foram criados pela Lei Complementar nº 173/2014, em número suficiente para abranger os candidatos remanescentes em cadastro de reserva para além daqueles que já foram seguindo a estrita ordem classificatória do certame.

Detalha que o Edital nº 09/2015 destinou-se a selecionar profissionais para o cargo de auxiliar em saúde bucal para atuarem na rede de atenção primária da Secretaria Municipal de Saúde Fortaleza, asseverando que os técnicos em enfermagem que laboram na rede de atenção secundária,

contratados em regime de RPA's, estão sujeitos a regime de trabalho diferenciado, cumprindo carga horária de 12 x 36 horas (regime de plantão) com direito a percepção de vantagens pecuniárias distintas, não havendo que se falar em preterição da autora/agravante derivada da existência de técnicos em enfermagem contratados como RPA's na atenção secundária.

Narra, também, que os candidatos aprovados nas seleções públicas foram convocados única e exclusivamente para assumir carências temporárias, tais como as derivadas da ausência transitória de servidores efetivos por motivo de licenças ou afastamentos legais.

Elenca que a hipótese de contratação temporária buscou suprir momentos transitórios de significativo desfalque nos quadros da área da saúde decorrentes do acúmulo de elevado número de servidores em concomitante gozo de afastamentos e licenciamentos legais. Salienta que a convocação dos aprovados nos concursos públicos para cargos efetivos somente pode ocorrer na hipótese de existência de vagas definitivas decorrentes de aposentadoria, morte ou exoneração do titular, ou por criação, por lei, de novos cargos efetivos.

Ao cabo, requer a denegação da antecipação de tutela recursal para, ao final, proferir julgamento no sentido de total improvimento do Agravo de Instrumento.

É o relatório.

VOTO

A controvérsia exposta à análise deste Órgão Jurisdicional versa sobre a regularidade do Concurso Público regulamentado pelo Edital nº 09/2015, publicado no Diário Oficial do Município em 30 de janeiro de 2015, visando o provimento de cargos efetivos de Técnico em Enfermagem, Técnico em Higiene Dental e Auxiliar em Saúde Bucal para atuarem na rede de atenção primária da Secretaria Municipal de Saúde de Fortaleza.

Antes de adentrar ao mérito da presente demanda, torna-se necessário efetivar breve narrativa acerca dos certames realizados pelo Município de Fortaleza visando o preenchimento de cargos da área de saúde, em especial, o cargo pretendido pela Agravante, Auxiliar de Saúde bucal.

Em fevereiro de 2014, o Município de Fortaleza instituiu através do Edital nº. 12/2014, seleção pública de provas e títulos destinada a escolher profissionais da área de saúde, para a contratação por tempo determinado. O aludido certame possuía 2 (duas) etapas – prova objetiva e prova de títulos – e destinava a selecionar diversas especialidades, dentre as quais, 255 vagas para Auxiliar de Saúde bucal, para laborar no regime de 40h, tendo como requisitos para concorrer ao citado cargo o certificado de conclusão do ensino fundamental e a inscrição no Conselho competente.

Em sequência, o Ente municipal formula em julho de 2014 através do Edital nº. 42/2014 mais uma seleção pública de provas e títulos destinada a escolher profissionais da área de saúde para a contratação por tempo determinado. O referido concurso, de modo semelhante ao previsto no Edital nº 12/2014, possuía 2 (duas) etapas, porém a seleção destinava-se a suprir demais cargos da área de saúde, e preencher vagas de cadastro de reserva para a especialidade de Auxiliar de Saúde bucal, exigindo-se os mesmos requisitos e carga horária.

Em razão dos certames acima elencados, a Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região firmou entre o Município de Fortaleza o Termo de Ajustamento de Conduta de nº 115/2014. O compromisso estabelecido obrigava o Ente municipal a realizar Concurso Público para provimento de cargos de Técnico de Enfermagem, Técnico em Higiene Bucal e Auxiliar de Saúde Bucal, visando a substituição dos servidores temporários, ligados a atividade fim da área de saúde do Município que prestavam serviços por meio de empresas terceirizadas ou na forma de RPA (recibo de pagamento autônomo).

Cumprindo a obrigatoriedade estabelecida entre o Ministério Público, o Município de Fortaleza em 30 de janeiro de 2015 publica o Edital nº 09/2015**,** com o escopo de suprir cargos efetivos de Técnico de Enfermagem, Técnico em Higiene Bucal e Auxiliar de Saúde Bucal para atuarem na Rede de atenção Primária da Secretaria Municipal de Saúde.

Em abril de 2016, o Município de Fortaleza apresenta, mais uma vez, novo certame regulamentado pelo Edital de nº. 33/2016, visando o suprimento de cargos da área de saúde, para a contratação por tempo determinado.

Realizada breve digressão, passo ao exame do mérito do presente recurso.

A Agravante sustenta em suas razões que subsistem vagas para o cargo almejado, surgindo para si o direito subjetivo à nomeação em razão do cadastro de reserva, aplicando-se o teor do RE 837.311.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311, da Relatoria do Exmo. Min. Luiz Fux, firmou a tese de que somente subsiste direito subjetivo do candidato à nomeação do cargo quando se fizerem presentes as seguintes condições: i) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. Colaciono abaixo inteiro teor da ementa do precedente:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. *IN CASU*, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO

DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, *caput*).

2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011.

3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

4. O Poder Judiciário não deve atuar como "Administrador Positivo", de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional.

5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.

6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.

7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. **Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.**

8. *In casu*, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no

> concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016) (grifos e sublinhados nossos).

Atente-se que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital.

No caso em espécie, a tese quanto ao surgimento de novas vagas em razão da abertura de novo certame não se entremostra verossímil, em sede de exame preambular inerente ao recurso ajuizado, uma vez que o Edital nº 09/2015, publicado em 30 de janeiro de 2015 se prestou a selecionar profissionais Auxiliar de Saúde Bucal na atenção primária. Já o Edital de nº. 33/2016, visava o suprimento de cargo de Auxiliar de Saúde Bucal para a contratação por tempo determinado, contudo, o cargo a ser selecionado visava a atenção secundária, não se demonstrando, através do conjunto probatório apresentado nos autos, a similitude das atividades empreendidas nos cargos selecionados.

Há de se esclarecer que de acordo com as diretrizes do Sistema Único de Saúde - SUS, existem 3 (três) níveis de organização dos serviços de saúde ofertados ao público, os quais se diferenciam e se distinguem em suas especificidades. A propósito, colaciono esclarecimento sobre o tema:

> A Atenção Primária se diferencia da secundária e da terciária por diversos aspectos, entre eles: dedica-se aos problemas mais freqüentes (simples ou complexos), que se apresentam, sobretudo em fases iniciais e que são, portanto, menos definidos. Nas unidades de saúde, consultórios comunitários, escolas ou asilos, nos espaços comunitários, observa-se grande

> variedade de necessidades em saúde, forte componente a ser dedicado à prevenção de doenças, alta proporção de pacientes já conhecidos pela equipe de saúde e maior familiaridade dos profissionais, tanto com as pessoas, quanto com seus problemas.
> A Atenção Primária tem, portanto, qualidades únicas, que a caracterizam e diferenciam dos demais níveis de atenção. […] (Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Atenção Primária e Promoção da Saúde – Brasília : CONASS, 2007, p. 38, retirado de http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colec_progestores_livro8.Pdf acesso em 01/03/2018).

Sob tal reflexão, não se demonstram, de forma clara e inequívoca, os elementos constantes do julgamento do RE 837.311, pois, especificamente, não há distinção no conjunto probatório apresentado nos autos quanto a aludida preterição da candidata, ora Recorrente, em relação aos demais concorrentes ao cargo de Auxiliar de Saúde Bucal, pretendido pela Agravante.

Sobre o tema, colaciono recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ALEGAÇÃO DE NOVAS VAGAS, SURGIDAS DURANTE A VALIDADE DO CONCURSO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> I. Agravo Regimental interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73, que, por sua vez, julgara Recurso Ordinário, interposto contra acórdão também publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado pela parte ora recorrente, ao fundamento de que fora aprovado em concurso público para o cargo de Oficial de Justiça, alcançando a 18ª posição (cadastro reserva) para a Comarca de Vilhena/RO, e que teria sido preterido em sua nomeação, pois houve a criação de cargos, durante o prazo de validade do concurso, omitindo-se a Administração em nomeá-lo.

III. **Na esteira do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, "o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 - Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima". Ou seja, "o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato"** (STF, RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 15/12/2015). No aludido julgado, em regime de repercussão geral, firmou o STF o entendimento de que "a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários".

IV. No caso, o impetrante foi classificado em 18º lugar, no concurso público para o cargo de Oficial de Justiça da Comarca de Vilhena/RO (cadastro reserva), cujo Edital previa três vagas, para a aludida Comarca, e as que viessem a surgir, no prazo de validade do certame, tendo sido providas, por concursados, as três vagas previstas no instrumento editalício. Na hipótese dos autos, tanto as informações, quanto a documentação colacionada pela Administração, são suficientes para demonstrar a ausência de dotação orçamentária para a realização de nomeações. Sendo assim, cumpria ao interessado demonstrar cabalmente, como indicado no RE 837.311/PI, que havia - além da previsão legal de novas vagas e do interesse da Administração em provê-las - dotação orçamentária para tanto, sob pena de denegação da ordem.

V. Ao contrário do que pretende fazer crer o ora recorrente, por qualquer ângulo que se observe a questão, falta-lhe, no caso, a imprescindível comprovação do direito líquido e certo. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte: RMS 50.909/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/09/2016; AgRg no RMS 41.955/TO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/10/2016; AgRg no RMS 39.435/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/11/2015; RMS 37.700/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/04/2013.

VI. Agravo Regimental improvido. (AgRg no RMS 37.695/RO, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 29/11/2016).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ACÓRDÃO ATACADO PELO RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM CONFORMIDADE COM A ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TEMA N.º 784, SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE n.º 837.311/PI, Rel. Min. LUIZ FUX, assentou a tese de que **o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital (Tema n.º 784, sistemática da repercussão geral). Incide, na espécie, o disposto no art. 1.030, inciso I, alínea a, segunda parte, do novo Código de Processo Civil .**
2. Agravo interno desprovido. (AgInt no RE no AgRg no RMS 48.862/AP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/11/2016, DJe 06/12/2016).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Aislan Pereira contra ato do Secretário de Administração do Estado da Bahia e do Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado da Bahia, pleiteando o direito de matricular-se no Curso de Formação para Soldado da Polícia Militar, SAEB/01/2008. Entende o impetrante fazer jus à nomeação, porquanto o chamamento e posterior exclusão de candidatos habilitados em cadastro de reserva vincula a Administração ao preenchimento obrigatório das vagas abertas dentro da validade do concurso.
2. O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia extinguiu o processo ante a ausência de direito líquido e certo do impetrante, sob os seguintes fundamentos: "o Impetrante não é possuidor do direito subjetivo apontado. Seja porque não houve preterição na ordem classificatória de convocação; seja porque o número de vagas oferecidas no Edital SAEB/01/2009 foi preenchido por candidatos que obtiveram notas melhores do que o Impetrante e, de igual forma, as vagas criadas (número 226) e de que tratam o Edital 002-CG/2011 atinentes à convocação dos candidatos do quadro de reserva; seja porque o resultado que eliminou os candidatos, declarando-os 'inaptos', tem caráter provisório; seja porque,

finalmente, a vigência do concurso SAEB/01/2008, com prazo de validade para 12 meses, cuja homologação deu-se em julho de 2009, doc. de fls. 59 e ss, e cuja prorrogação, por mais um ano, operada por meio da Portaria/PM 398 de 16.07.2010, teve o termo final em 23.07.2011, vê-se, portanto, que o pedido formulado pelo Impetrante de convocá-lo, datado de 16.11.2011, não tem guarida porque fora do prazo de vigência do concurso." 3. O prazo decadencial para se impetrar Mandado de Segurança contra ausência de nomeação de candidato aprovado em concurso público é a data de expiração da validade do certame. Precedentes: AgRg no REsp 1.414.110/DF, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 1º/9/2015; AgRg no REsp 1.357.029/BA, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/5/2014.

4. Na hipótese dos autos, o prazo de validade do certame encerrou-se em 23/7/2011, sendo o *writ* impetrado em 16/11/2011, não havendo, portanto, que se falar em decadência.

5. Extrai-se dos autos que o recorrente participou do Concurso Público para Seleção de Candidatos ao Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar do Estado da Bahia - Edital SAEB/01/2008, tendo sido classificado na 629ª colocação, posição muito além do número de vagas previstas no Edital SAEB/01/2008 para a Região 02 - Juazeiro (270 vagas, fl. 37, e-STJ) e das 226 novas vagas apontadas no Edital 002-CG/2011 (fl. 160, e-STJ).

6. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE n. 837.311/PI), firmou o entendimento de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. (RE 837311/PI, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, Repercussão Geral, DJe de 18.4.2016, grifei).

> 7. **O pleito do ora recorrente somente poderia ser acolhido se fossem demonstradas cumulativamente, durante a validade do concurso em que obteve aprovação (embora não classificado dentro do número de vagas), a existência de vaga a ser preenchida e a necessidade inequívoca da Administração Pública em preenchê-la, configurando preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração não proceder a nomeação do impetrante.**
> 8. *In casu*, não existe prova pré-constituída a indicar a existência de vaga dentro do prazo de validade do concurso e a preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração, razão pela qual ausente o direito líquido e certo à nomeação.
> 9. Agravo Regimental não provido. (AgRg no RMS 38.849/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 29/11/2016).

De mais a mais, caberá a Magistrada de plano aferir em instrução processual suficiente, e se possível, com o auxílio da Procuradoria Regional do Trabalho, se subsiste no caso em apreço a similitude das funções empreendidas em todos os cargos colocados à seleção no Edital nº 09/2015 e Edital de nº. 33/2016, para empós averiguar a plausibilidade da alegativa quanto a preterição, ou não, da candidata, sendo inoponível neste momento processual a pretendida convocação e posse da Recorrente ao cargo aludido.

Pelas razões acima expendidas, CONHEÇO do presente Agravo de Instrumento, mas NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo-se a decisão vergastada, de modo a denegar tutela de urgência perseguida.

É como voto.

Fortaleza, 21 de março de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0626109-04.2016.8.06.0000
AGRAVANTE: FCA – LOCAÇÃO DE VEÍCULOS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA ME
AGRAVADA: HUMBERTO DE OLIVEIRA PESSOA
ORIGEM: 5ª VARA DE CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATORA: DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO RECORRIDA PROFERIDA SOB A ÉGIDE DO CPC-15. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL. DECISÃO QUE CONCEDE TUTELA CAUTELAR E DETERMINA SUSTAÇÃO DE PAGAMENTOS, DEVOLUÇÃO DO BEM E BLOQUEIO DE PORCENTAGEM DO VALOR PAGO. EMPRESA QUE RECORRE CONTRA RESTRIÇÃO FINANCEIRA REALIZADA EM CONTA BANCÁRIA DE SÓCIO. ILEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA PARA INTERPOR RECURSO NO INTERESSE DO SÓCIO. PRECEDENTES STJ. NÃO CONHECIMENTO DESTA PARTE DA IRRESIGNAÇÃO RECURSAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA DEFERIMENTO DA TUTELA CAUTELAR. PROBABILIDADE DO DIREITO EVIDENCIADA NO CUMPRIMENTO DO CONTRATO E NA IMPOSSIBILIDADE DE USUFRUIR DO AUTOMÓVEL POR NEGATIVA DE ASSISTÊNCIA DA PARTE ADVERSA. RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO PRESENTE NA POSSIBILIDADE

DE VENDA EM DUPLICIDADE E PERDA DO BEM. PROVIMENTO NÃO SATISFATIVO E DOTADO DE REVERSIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO QUANTO AO CAPÍTULO DA DECISÃO DE BLOQUEIO DE VALORES EM CONTA BANCÁRIA POR CARECER DE LEGITIMIDADE E CONHECIDO NO REMANESCENTE PARA MANTER A DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUANTO À SUSTAÇÃO DO PAGAMENTO E À DEVOLUÇÃO DO AUTOMÓVEL.

1. O direito ao recurso nasce com a publicação em cartório, secretaria da vara ou inserção nos autos eletrônicos da decisão a ser impugnada, o que primeiro ocorrer.

2. Sendo assim, o cabimento e os pressupostos a serem adotados (prazos, efeitos, juízo de admissibilidade, dentre outros) são os da lei processual vigente à época em que a decisão se torna impugnável, qual seja, CPC-15.

3. A decisão interlocutória recorrida, ao conceder a tutela cautelar, determinou três providências, quais sejam: 1) sustar o pagamento das parcelas referentes ao restante do preço do veículo; 2) autorizar a devolução do automotor à empresa vendedora/requerida; e 3) determinar o bloqueamento de 85% (oitenta e cinco por cento) dos valores pagos, resultando na quantia de 29.748,72 (vinte e nove mil, setecentos e quarenta e oito reais e setenta e dois reais), cujo numerário ficará à disposição do juízo até posterior deliberação.

4. A determinação judicial adversada se volta em prejuízo do patrimônio dos sócios, e não

da empresa. Os efeitos da decisão de primeira instância se fazem sentir sobre os interesses dos sócios, e não sobre os da empresa. Desse modo, a legitimidade para se voltar contra a ordem judicial de bloqueio de valores não é da empresa, mas sim dos sócios. Isso porque a empresa apresenta personalidade jurídica autônoma, que não se confunde com a pessoa de seus sócios. Trata-se de corolário da norma prevista no Art. 18, CPC-15, segundo a qual "Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico". Precedentes do STJ.
5. Verifica-se da análise dos autos que a parte requerente, ora agravada, encontra-se impossibilitada de conduzir o veículo adquirido junto à empresa agravante, uma vez que esta se nega a entregar o documento do RENAVAM atualizado. Embora o trâmite processual ainda não tenha alcançado a fase probatória, e considerando que este juízo recursal examina os aspectos fáticos em juízo de cognição sumária, pode-se inferir que, diante da negativa da empresa em proceder à necessária renovação do documento, não restou ao agravado outra alternativa que não ingressar na via judicial e formular o pedido de rescisão contratual.
6. A probabilidade do direito do autor-agravado resta configurada, uma vez que, tendo cumprido com a parcela que lhe cabia no contrato de compra e venda por meio do pagamento dos boletos do financiamento, encontra-se impossibilitado de usufruir, por uma negativa de assistência da parte adversa, do bem adquirido.

7. O risco ao resultado útil do processo está caracterizado em face da possibilidade da empresa agravante ter realizado venda em duplicidade, uma vez que uma terceira pessoa, Sr. Davi Azim, reivindica como seu o bem vendido pela recorrente ao recorrido. Tendo em perspectiva que o exame jurisdicional vertido sobre os autos ainda não encontra a demanda amadurecida em seu acervo instrutório e que o juízo operado neste momento é de profundidade rasa, não se pode afirmar peremptoriamente que tenha ocorrido venda de um mesmo bem entre a empresa e dois consumidores distintos, porém os elementos constantes dos autos - como Boletim de Ocorrência - deixam transparecer a presença de tal risco.
8. Cumpre ainda firmar que, além de apresentarem o caráter de reversibilidade, uma vez que as cobranças podem ser retomadas e que o bem pode ser devolvido ao autor, as providências ordenadas pelo magistrado *a quo* não apresentam cunho satisfativo, mas, sim, visam a salvaguardar a aparência do direito da parte promovente da ameaça de frustração ao resultado útil da demanda.
9. Recurso não conhecido quanto à impugnação do capítulo da decisão referente ao bloqueio de valores em conta bancária por carecer o recorrente de legitimidade; sendo, no remanescente, conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos, em que são partes as pessoas acima indicadas, acorda a 3ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por

unanimidade, em conhecer parcialmente e, na parte conhecida, negar provimento ao recurso de agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por FCA – Locação de Veículos Comércio e Serviços Ltda ME em face de decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que, nos autos de Ação de Rescisão, Obrigação de Fazer e pedido de dano moral, ajuizada por Humberto de Oliveira Pessoa em desfavor do agravante, concedeu a tutela cautelar antecedente.

A decisão interlocutória recorrida (fls. 76/79) sustenta, em síntese, que: 1) a postura da requerida em não entregar o documento do RENAVAM atualizado agride o princípio da boa-fé, uma vez que o requerente fica impossibilitado de transitar com o veículo; 2) a probabilidade do direito se evidencia na comprovada materialização do negócio jurídico, porquanto tenha o autor trazido aos autos o contrato de compra e venda com troca e o registro de pagamentos realizados até então; 3) o fundado receio de dano está demonstrado no risco do autor deixar de receber os valores pagos pela aquisição do bem; 4) boletim de ocorrência trazido aos autos reforça a má-fé da empresa requerida, uma vez que esta teria vendido o mesmo veículo para outra pessoa, Sr. Davi Azim.

Ao conceder a tutela cautelar pretendida, o julgador de planície determinou a sustação do pagamento das parcelas referentes ao restante do preço do veículo e o bloqueio de 85% (oitenta e cinco por cento) dos valores pagos, o que representa R$ 29.748,72 (vinte e nove mil, setecentos e quarenta e oito reais e setenta e dois centavos). Além disso, autorizou a devolução do automóvel à empresa ré.

Nas razões recursais (fls. 01/20), o agravante, alega, em síntese, que: 1) embora o veículo tenha sido negociado anteriormente com o Sr. Davi Azim, o bem não chegou a ser transferido para este, uma vez que o contrato foi rescindido antes de alcançar a quitação; 2) o contato realizado

pelo Sr. Davi Azim se justifica ante as multas que o agravante ocasionou durante a posse do veículo, não podendo se considerar configurada venda em duplicidade; 3) era de ciência do agravado, porquanto expresso no contrato por ele assinado, que a transferência do veículo só ocorreria após a quitação integral; 4) é necessário realizar avaliação sobre o bem para averiguar seu valor real, não se podendo presumir que corresponde a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor pago até o momento; 5) a decisão originou bloqueios em conta bancária dos sócios da empresa agravante, sem que estes tenha sido integrados ao polo passivo da demanda e sem que estejam preenchidos os requisitos da desconsideração da pessoa jurídica.

Juntou os documentos de fls. 21/87.

Contrarrazões apresentadas pelo agravado às fls. 90/123.

É o relatório, no essencial. Decide-se.

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

Inicialmente, tendo em vista que este julgamento se realiza sob a égide do novo Código de Processo Civil, em vigência desde o dia 18 de março de 2016, forçoso tecer algumas considerações acerca da incidência de suas disposições ao recurso sob análise.

Com a entrada em vigor do novo CPC, 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. Sobre o tema, vale ressaltar o disposto no seu artigo 14, o qual veda aplicação retroativa da nova lei processual: "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".

A norma incorpora a teoria do isolamento dos atos processuais, cujo fundamento 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, portanto, o postulado

tempus regit actum. Nesse sentido, dispõe o artigo 1.046, do CPC: "Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973".

Em relação aos requisitos de admissibilidade e cabimento dos recursos, deve ser considerada a data em que foi dada publicidade à decisão a ser objeto de impugnação recursal. Assim, o recurso cabível e os pressupostos adotados (prazos, efeitos, juízo de admissibilidade, dentre outros) são os da lei processual vigente à época em que a decisão se torna impugnável. No caso dos autos, a decisão recorrida foi proferida sob a égide do CPC-15, sendo este o diploma normativo aplicável à admissibilidade deste recurso.

2. Da ilegitimidade da empresa ré

A decisão interlocutória recorrida, ao conceder a tutela cautelar, determinou três providências, quais sejam: 1) sustar o pagamento das parcelas referentes ao restante do preço do veículo; 2) autorizar a devolução do automotor à empresa vendedora/requerida; e 3) determinar o bloqueamento de 85% (oitenta e cinco por cento) dos valores pagos, resultando na quantia de 29.748,72 (vinte e nove mil, setecentos e quarenta e oito reais e setenta e dois reais), cujo numerário ficará à disposição do juízo até posterior deliberação.

De início, cumpre a este juízo recursal analisar a legitimidade da empresa recorrente em face da irresignação sobre o terceiro ponto decisório adversado, qual seja, a determinação de bloqueio de valores pagos pelo promovente em razão do contrato de compra e venda do veículo.

Verifica-se do cenário fático que o bloqueio financeiro se procedeu em conta bancária de titularidade dos sócios da empresa ré: Natália Sousa Alencar e Felipe Cyrino de Alencar. Não encontrando saldo positivo ou outras contas bancárias ativas do Sr. Felipe Cyrino, nenhum valor chegou a ser bloqueado. Todavia, foi bloqueado um total de R$ 406,47 (quatrocentos e seis reais e quarenta e sete centavos) de duas contas bancárias da Sra. Natália Sousa Alencar, alcançando-se somente o cumprimento parcial da ordem em razão da insuficiência de saldo. Tudo se verifica do "Detalhamento de Ordem Judicial de Bloqueio de Valores", constante às fls. 84/86.

Irresignada com a medida de bloqueio operada pelo sistema BacenJud, a empresa ré apresentou agravo de instrumento.

Ocorre que a determinação judicial adversada se volta em prejuízo do patrimônio dos sócios, e não da empresa. Os efeitos da decisão de primeira instância se fazem sentir sobre os interesses dos sócios, e não sobre os da empresa. Desse modo, a legitimidade para se voltar contra a ordem judicial de bloqueio de valores não é da empresa, mas sim dos sócios. Isso porque a empresa apresenta personalidade jurídica autônoma, que não se confunde com a pessoa de seus sócios. Trata-se de corolário da norma prevista no Art. 18, CPC-15, segundo a qual "Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico".

Fato é tanto que a agravante sustenta como tese recursal para reforma da decisão a ausência de requisitos autorizadores para a desconsideração da pessoa jurídica, a qual pressupõe que os direitos e deveres do sócio e da empresa não se confundem em virtude da individualidade da personalidade jurídica de cada um.

Nesse mesmo sentido, vem se manifestando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inclusive com entendimento firmado sob o rito dos recursos repetitivos, pela ilegitimidade da pessoa jurídica para apresentar irresignação recursal na promoção ou defesa dos interesses do sócio, como no caso em tela, senão vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA OS SÓCIOS GERENTES. ILEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. MATÉRIA JÁ APRECIADA, EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (RESP 1.347.627/SP). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> I. Na esteira do entendimento firmado nesta Corte, sob o rito do art. 543-C do CPC, "**a pessoa jurídica não tem legitimidade para interpor recurso no interesse do sócio**" (STJ, REsp 1.347.627/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 21/10/2013). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1.539.081/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/09/2015.
>
> (…) (AgRg no REsp 1289456/MG, Rel. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 02/12/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. ILEGITIMIDADE RECURSAL DA PESSOA JURÍDICA. MATÉRIA JÁ ANALISADA EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ALEGAÇÃO DE OFENSA À HONRA DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.
1. **A pessoa jurídica não tem legitimidade para interpor recurso no interesse do sócio**. Precedente sob o rito do art. 543-C do CPC: REsp 1.347.627/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, DJe 21/10/2013.
(...)
3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1539081/SP, Rel. Ministro **OG FERNANDES**, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 14/09/2015)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA. ARTIGO 6º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VEDAÇÃO LEGAL PARA POSTULAR EM NOME PRÓPRIO DIREITO ALHEIO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE.
1. **Demanda indenizatória proposta em nome próprio pelo sócio- gerente pleiteando a reparação dos danos sofridos por sociedade limitada decorrentes de ato ilícito imputada ao réu**.
2. Impugnação pelo réu, desde a contestação, da ilegitimidade ativa do sócio.
3. Inocorrência de violação ao princípio da unirrecorribilidade, pois para cada decisão houve a interposição de um único recurso.
4. **Ninguém pode pleitear em nome próprio a defesa de direito alheio, salvo quando autorizado por lei (art. 6º do CPC)**.
5. A Primeira Seção do STJ, em julgamento submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, firmou a tese de que **a pessoa jurídica não tem legitimidade para interpor recurso no interesse do sócio** (REsp 1347627/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/10/2013, DJe 21/10/2013).
6. "Contrario sensu", o sócio não tem legitimidade para propor ação, em nome próprio, em defesa de direito da sociedade.

> 7. Acolhida a pretensão recursal, fica afastada a multa fixada com base no artigo 538 do CPC.
> 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1317111/SC, Rel. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 17/12/2014)
>
> PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. **A pessoa jurídica não tem legitimidade para interpor recurso no interesse do sócio**. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/08. (REsp 1347627/SP, Rel. Ministro **ARI PARGENDLER**, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/10/2013, DJe 21/10/2013)

Portanto, forçoso reconhecer a ilegitimidade recursal da empresa FCA – Locação de Veículos Comércio e Serviços Ltda ME para interpor recurso no interesse dos sócios Natália Sousa Alencar e Felipe Cyrino de Alencar.

Cumpre esclarecer que o reconhecimento da ilegitimidade da parte recorrente se restringe à impugnação recursal da determinação de bloqueio de ativos bancários, não prejudicando a apreciação recursal sobre os demais pontos decididos em primeiro grau, quais sejam, a sustação do pagamento das parcelas de cobrança e a devolução do veículo à recorrente, as quais são analisadas a seguir.

3. Sobre a admissibilidade da parte remanescente do recurso

O recurso foi apresentado tempestivamente, pois a decisão recorrida foi publicada no dia 29/07/2016, conforme expediente às fls. 81, e o recurso foi protocolado no dia 22/08/2016, consoante informações do sistema e-SAJ Segundo Grau.

Preparo recolhido, conforme atesta o documento de fls. 87.

Há interesse recursal, visto que o presente recurso é meio útil e necessário para a obtenção de uma situação mais favorável que a resultante da decisão atacada.

Portanto, conheço parcialmente do recurso.

4. Sobre o mérito recursal

A decisão interlocutória recorrida, ao conceder a tutela cautelar, determinou três providências, quais sejam: 1) sustar o pagamento das parcelas referentes ao restante do preço do veículo; 2) autorizar a devolução do automotor à empresa vendedora/requerida; e 3) determinar o bloqueamento de 85% (oitenta e cinco por cento) dos valores pagos, resultando na quantia de 29.748,72 (vinte e nove mil, setecentos e quarenta e oito reais e setenta e dois reais), cujo numerário ficará à disposição do juízo até posterior deliberação.

Após se concluir pela ilegitimidade da empresa agravante para se insurgir contra o terceiro ponto da decisão, passa-se ao exame das duas primeiras determinações, que compreendem a sustação do pagamento das parcelas do financiamento do veículo e a devolução do bem.

Verifica-se da análise dos autos que a parte requerente, ora agravada, encontra-se impossibilitada de conduzir o veículo adquirido junto à empresa agravante, uma vez que esta se nega a entregar o documento do RENAVAM atualizado. Em suas razões recursais, a empresa recorrente alega que a transferência do bem automotor somente será efetivada quando da quitação do financiamento, conforme previsão contratual.

Aparenta, assim, ocorrer na lide uma confusão entre a pretensão autoral e a defesa formulada pela ré. De um lado, o autor requer a rescisão do contrato em razão da negativa de renovação de documento imprescindível à condução legal do veículo; de outro lado, a ré opõe a ausência de quitação à transferência do bem em nome do autor.

Ocorre que a pretensão autoral, segundo exame perfunctório dos autos, não correspondia à transferência do automotor para o seu nome, mas tão somente se limitava a procedimento de caráter administrativo de atualização de documento.

Embora o trâmite processual ainda não tenha alcançado a fase probatória, e considerando que este juízo recursal examina os aspectos fáticos em juízo de cognição sumária, pode-se inferir que, diante da negativa da empresa em proceder à necessária renovação do documento, não restou ao agravado outra alternativa que não ingressar na via judicial e formular o pedido de rescisão contratual.

A legislação processual estabelece como requisitos motivadores da concessão da tutela de urgência, nos termos do art. 300, CPC-15, (i) a probabilidade do direito e (ii) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, os quais se encontram presentes na hipótese dos autos, devendo ser mantida a decisão interlocutória recorrida.

A probabilidade do direito do autor-agravado resta configurada, uma vez que, tendo cumprido com a parcela que lhe cabia no contrato de compra e venda por meio do pagamento dos boletos do financiamento (fls. 33/44 dos autos originários; Proc. Nº 0148160-63.2016.8.06.0001), encontra-se impossibilitado de usufruir, por uma negativa de assistência da parte adversa, do bem adquirido.

O risco ao resultado útil do processo está caracterizado em face da possibilidade da empresa agravante ter realizado venda em duplicidade, uma vez que uma terceira pessoa, Sr. Davi Azim, reivindica como seu o bem vendido pela recorrente ao recorrido.

Tendo em perspectiva que o exame jurisdicional vertido sobre os autos ainda não encontra a demanda amadurecida em seu acervo instrutório e que o juízo operado neste momento é de profundidade rasa, não se pode afirmar peremptoriamente que tenha ocorrido venda de um mesmo bem entre a empresa e dois consumidores distintos, porém os elementos constantes dos autos - como Boletim de Ocorrência (fls. 58 dos autos originários) - deixam transparecer a presença de tal risco.

Nesse mesmo sentido, vem se manifestando a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais pelo deferimento de medida liminar em situação análoga, vejamos:

> **AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - DEVOLUÇÃO DE VEÍCULOS OBJETO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA - PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS - LIMINAR - REQUISITOS PRESENTES - BLOQUEIO DE VALORES - PODER GERAL DE CAUTELA**.
>
> A medida cautelar somente poderá ser deferida quando os requisitos do 'fumus boni iuris' e do 'periculum in mora'

> ficarem comprovados, de modo que o Juiz seja capaz de vislumbrá-los, com convicção, frente a um conhecimento sumário e superficial da matéria.
> Se os elementos nos autos se mostraram suficientemente hábeis à concessão da medida, segundo o caso em questão, deve ser mantida a decisão que deferiu a liminar pleiteada. Recurso não provido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.374871-5/001, Relator(a): Des.(a) Ângela de Lourdes Rodrigues , 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/10/2014, publicação da súmula em 30/10/2014)

Cumpre ainda firmar que, além de apresentarem o caráter de reversibilidade, uma vez que as cobranças podem ser retomadas e que o bem pode ser devolvido ao autor, as providências ordenadas pelo magistrado *a quo* não apresentam cunho satisfativo, mas, sim, visam a salvaguardar a aparência do direito da parte promovente da ameaça de frustração ao resultado útil da demanda.

5. Dispositivo

Diante do exposto, hei por bem não conhecer do recurso quanto à impugnação do capítulo da decisão referente ao bloqueio de valores em conta bancária por carecer o recorrente de legitimidade e, no remanescente, conhecer para negar provimento ao recurso de agravo de instrumento, mantendo em todos os termos a decisão interlocutória vergastada.

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.

Expedientes necessários.

Fortaleza, 26 de outubro de 2016.

PROCESSO: 0629397-23.2017.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: JOSÉ ILO ALVES DANTAS
AGRAVADO: DEOCLECIANO ROCHA BEZERRA
RELATOR: DES. FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PEDIDO DE NOVA AVALIAÇÃO DE BENS PENHORADOS. CABIMENTO EM APENAS UM DOS IMÓVEIS. OBSERVADA A REALIZAÇÃO DE UMA DAS HIPÓTESES DO ART. 873 DO NCPC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU REFORMADA EM PARTE.

O pedido de "nova avaliação" deve ser acompanhado de elementos concretos que possam desabonar o valor atribuído nas avaliações anteriores, à luz das disposições do art. 873 do NCPC, o qual detém rol taxativo. Na hipótese, observada está a comprovação dos preceitos legais a fim de demonstrar a necessidade de nova avaliação no bem denominado de "Sítio Varjota", haja vista o transcurso do tempo da última avaliação, em torno de quatro anos. Agravo de Instrumento conhecido e provido em parte. Decisão de primeiro grau reformada em parte. Decisão Interlocutória de fls. 2005/2008 com efeitos revogados também de modo parcial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará,

reunidos na 4ª Câmara de Direito Privado, à unanimidade, em CONHECER o presente recurso, para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, tudo nos termos do voto do Relator.

Fortaleza/CE, 17 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto por JOSÉ ILO ALVES DANTAS contra a r. decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Iguatu, nos autos da Ação de Execução de Nº 9454-08.2000.8.06.0091, intentada pelo agravado, DEOCLECIANO ROCHA BEZERRA em a qual determinou o referido julgador, o seguinte:

> "ISTO POSTO, defiro o requerimento para realização de novos cálculos, devendo os autos serem remetidos para Contadoria do Tribunal de Justiça do Ceará com tal finalidade, acrescentando que a atualização da dívida deverá ser feita a partir da dívida original até os dias atuais, desconsiderando homologações posteriores.
> Intimem-se as partes e decorrido o prazo sem qualquer recurso acerca desta decisão, encaminhem-se ao setor de cálculos, sem a necessidade de nova conclusão".

Sustenta o agravante, em síntese, que a) a primeira avaliação levada a efeito nos imóveis aludidos nos autos encontra-se defasada em relação ao verdadeiro valor venal deles; b) a fundamentação utilizada pelo Juízo *a quo* quanto à atual crise financeira que passa o país, não é justificativa plausível ao indeferimento do pleito; c) os imóveis referidos se encontram com avaliações manifestamente defasadas; d) para uma avaliação correta, tem-se que levar em consideração inúmeros requisitos, o que deve ser criteriosamente observado por quem efetivamente for proceder a perícia; e) o art. 873 do Código de Processo Civil autoriza nova avaliação quando verificar-se após avaliação realizada, majoração ou diminuição no valor do bem, sendo este o entendimento consagrado na jurisprudência pátria.

Desta maneira, arrimado no art. 1.019, I, do CPC, presentes na hipótese, o f*umus boni iuris* e o *periculum in mora*, pede o agravante, o efeito suspensivo da decisão impugnada, especialmente na parte que indeferiu pedido de nova avaliação nos imóveis mencionados nos autos, posteriormente, confirmação e reforma para, em consequência, outra avaliação seja determinada.

Em Decisão Interlocutória proferida por esta relatoria às fls. 2005/2008, fora concedida a tutela antecipada pugnada na inicial do presente Agravo de Instrumento.

Em Contrarrazões às fls. 2012/2017, aduz a parte Agravada que: a) o Agravante, há bastante tempo, vem ferindo as normas fundamentais do Processo Civil, contrariando frontalmente o princípio da boa-fé processual (art. 5o do NCPC), opondo resistência injustificada ao andamento da execução, deduzindo pretensão contra texto expresso de lei, interpondo recurso com intuito meramente protelatório, alterando a verdade dos fatos, enfim, litigando de má-fé; b) o prédio da Rua Floriano Peixoto, 385, em Iguatu(CE) não deve ser reavaliado porque há mais de dois anos, é de propriedade do Exequente. O ato de adjudicação que lhe conferiu a propriedade constitui-se ato jurídico perfeito; c) no que tange ao Sítio Varjota, cuja adjudicação já foi deferida ao Exequente, ora agravado, foi, antes de deferida a adjudicação, reavaliado a pedido do Exequente, em 02.12.2014, conforme laudo acostado aos autos, fato exaustivamente combatido pelo exequente, que, naquela oportunidade, argumentou que não se admitia reavaliação dos bens penhorados.

Diante do que fora exposto, requer que seja julgado totalmente improcedente o presente agravo.

É o lacônico relatório.

VOTO

Como é sabido, o procedimento recursal exige o preenchimento de pressupostos específicos, necessários para que se possa examinar o mérito do recurso interposto. Portanto, torna-se imperiosa, num primeiro momento, a análise dos pressupostos recursais, em razão de constituírem a

matéria preliminar do procedimento recursal, ficando vedado ao Tribunal o conhecimento do mérito no caso de não preenchimento de quaisquer destes pressupostos.

Tais pressupostos são classificados como intrínsecos (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer) e extrínsecos (regularidade formal, tempestividade e preparo). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito.

Na espécie, preenchidos estão todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal.

Trata-se os autos de recurso de Agravo de Instrumento interposto por JOSÉ ILO ALVES DANTAS contra a r. decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Iguatu, nos autos da Ação de Execução de Nº 9454-08.2000.8.06.0091, intentada pelo agravado, DEOCLECIANO ROCHA BEZERRA em a qual determinou o referido julgador, a realização de novos cálculos pela Contadoria do Tribunal de Justiça do Ceará, mas rejeitou o pleito daquele de nova avaliação dos imóveis penhorados na execução referida: à Rua Floriano Peixoto, 385 e o outro denominado de "Sítio Varjota".

Em apertada síntese, sustenta o agravante que a) a primeira avaliação levada a efeito nos imóveis aludidos nos autos encontra-se defasada em relação ao verdadeiro valor venal deles; b) a fundamentação utilizada pelo Juízo *a quo* quanto à atual crise financeira que passa o país, não é justificativa plausível ao indeferimento do pleito; c) os imóveis referidos se encontram com avaliações manifestamente defasadas; d) para uma avaliação correta, tem-se que levar em consideração inúmeros requisitos, o que deve ser criteriosamente observado por quem efetivamente for proceder a perícia; e) o art. 873 do Código de Processo Civil autoriza nova avaliação quando verificar-se após avaliação realizada, majoração ou diminuição no valor do bem, sendo este o entendimento consagrado na jurisprudência pátria.

Requerida a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o seu provimento para o fim de determinar a realização de nova avaliação dos imóveis indicados na ação executória.

Em decisão interlocutória, atendi o pleito liminar (fls. 2005/2008).

Por outro lado, em Contrarrazões de fls. 2012/2017, aduz a parte Agravada que: a) o Agravante, há bastante tempo, vem ferindo as normas fundamentais do Processo Civil, contrariando frontalmente o princípio da boa-fé processual (art. 5º do NCPC), opondo resistência injustificada ao andamento da execução, deduzindo pretensão contra texto expresso de lei, interpondo recurso com intuito meramente protelatório, alterando a verdade dos fatos, enfim, litigando de má-fé; b) o prédio da Rua Floriano Peixoto,385, em Iguatu(CE) não deve ser reavaliado porque há mais de dois anos, é de propriedade do Exequente. O ato de adjudicação que lhe conferiu a propriedade constitui-se ato jurídico perfeito; c) no que tange ao Sítio Varjota, cuja adjudicação já foi deferida ao Exequente, ora agravado, foi, antes de deferida a adjudicação, reavaliado a pedido do Exequente, em 02.12.2014, conforme laudo acostado aos autos, fato exaustivamente combatido pelo exequido, que, naquela oportunidade, argumentou que não se admitia reavaliação dos bens penhorados.

São estas as razões recursais.

Com efeito, a par dos argumentos trazidos por ambas as partes, penso, respeitado o entendimento diverso, que o Recorrente merece parcial provimento na sua irresignação.

Cuida-se, como se extrai dos autos, de dois bens penhorados no transcurso do processo de execução, cujas adjudicações busca o Agravante, a fim de quitação da dívida por ele exigida na origem: um localizado à Rua Floriano Peixoto, 385 e o outro denominado de "Sítio Varjota". Dessume-se do processado que o primeiro já fora adjudicado há mais de dois anos pelo Exequente (fl. 2018/2020) e o segundo está em vias de adjudicação.

Quanto ao bem localizado na Rua Floriano Peixoto, 385, penso, não há o que se reavaliar, isso porque, como bem posto pela parte Recorrida, já acima por mim destacado, tal imóvel se encontra adjudicado em nome do Exequente há mais dois anos. Logo, desnecessária tal reavaliação.

Entretanto, quanto ao imóvel denominado de "Sítio Varjota", a meu sentir, outra avaliação deve ser nele realizada, haja vista o tempo transcorrido da sua última avaliação.

Dos autos se extrai que o referido imóvel já sofreu duas outras avaliações: uma em 04/05/2011 e a outra em 02/12/2014.

Ocorre que, pelo transcurso do tempo, reitero, passados mais de quatro anos da última avaliação, a fim de que o direito de ambas as partes seja melhor atendido e de que se evite o enriquecimento ilícito de uma delas, uma nova avaliação é medida que se impõe.

Da leitura da norma de regência, observa-se que nova avaliação de bem penhorado é cabível apenas em determinadas situações, em rol taxativo, hoje encerradas no art. 873 do novel Código Processual Civil, *verbis:*

> "Art. 873. É admitida nova avaliação quando:
> I - qualquer das partes arguir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador;
> II - se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem;
> III - o juiz tiver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem na primeira avaliação.
> Parágrafo único. Aplica-se o art. 480 à nova avaliação prevista no inciso III do caput deste artigo."

A meu sentir, repito, o Agravante se desincumbiu de provar o atendimento, na espécie, de uma das disposições legais acima exigida capaz de justificar nova avaliação, qual seja, a disposição encartada no inciso II da norma transcrita. Como sabido, o mercado imobiliário é muito volátil e está, na contramão da crise que assola alguns setores econômicos do país, caminhando para uma retomada de crescimento, como facilmente se percebe em uma consulta rápida na rede mundial de computadores, a exemplo da matéria exposta na Revista Exame, veja: https://exame.abril.com.br/economia/mercado-imobiliario-brasileiro-pode-crescer-10-em-2018/.

Desta feita, havendo prova da necessidade de nova avaliação, à luz das disposições legais, outro resultado não se pode inferir à hipótese, senão o seu provimento de nova avaliação especificamente quanto ao imóvel chamado de "Sítio Varjota".

Cito, nessa linha de entendimento, entendimentos de outras Cortes de Justiça sobre o tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE DE NOVA AVALIAÇÃO DO IMÓVEL. ART. 873, DO NOVO CPC. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA.

O direito a uma nova avaliação está intimamente ligado ao justo processo executivo, visto que evita o enriquecimento sem causa do exequente ou adquirente do bem penhorado em desfavor do executado, de modo a impedir a expropriação por valor incompatível com aquele que o bem efetivamente merece. É caso de reforma da decisão agravada para determinar a realização de nova avaliação do imóvel penhorado, a fim de evitar possível erro na avaliação do imóvel. Incidência do disposto no artigo 873 do Novo Código de Processo Civil. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70072911365, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 18/05/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DÚVIDA FUNDADA ACERCA DO VALOR ATRIBUÍDO AO IMÓVEL PENHORADO. NOVA AVALIAÇÃO. POSSIBILIDADE.

À decisão publicada a partir do dia 18/03/2016, aplicam-se as normas do código de processo civil de 2015 (CPC/2015). **Nos termos do art. 873, I e III, do CPC/2015, admite-se nova avaliação quando (i.) qualquer das partes arguir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador ou (ii.) o juiz tiver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem na primeira avaliação.** Caso concreto em que se observa significativa discrepância entre as avaliações do imóvel penhorado. Logo, considerando-se a existência de dúvida fundamentada, deve ser oportunizada a reavaliação do imóvel, com a estrita finalidade de que se evitem futuros prejuízos à empresa ora agravante. Decisão interlocutória reformada para determinar nova avaliação do imóvel. Agravo de instrumento provido. Unânime. (Agravo

de Instrumento Nº 70071793251, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 12/04/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. PRELIMINAR. NULIDADE DA DECISÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REJEIÇÃO. IMÓVEL PENHORADO. AVALIAÇÃO FEITA POR OFICIAL DE JUSTIÇA. IMPUGNAÇÃO NÃO FUNDAMENTADA. NOVA AVALIAÇÃO. DESNECESSIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.
1. Decisão concisa não padece de nulidade, sendo, portanto, diferente daquela desprovida de fundamentação. 2. Nos termos do art. 870 do CPC/15, a avaliação será feita por oficial de justiça, admitindo-se a nomeação de perito caso sejam necessários conhecimentos especializados e o valor da execução o comportar. **3. Conforme dispõe o art. 873 do CPC, é admissível a produção de novo laudo de avaliação quando uma das partes, de maneira fundamentada, demonstrar a ocorrência de erro na avaliação realizada por Oficial de Justiça, capaz de provocar fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem na primeira avaliação**. 4. Recurso não provido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0696.03.001325-9/003, Relator(a): Des.(a) Marcos Lincoln , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/02/0018, publicação da súmula em 05/03/2018)

Agravo de instrumento – Execução de título extrajudicial – Insurgência em face de decisão que homologou a avaliação e sua complementação juntadas pelo perito judicial, desacolhendo a alegação de excesso de execução, sob o entendimento de preclusão – Cabimento parcial do inconformismo - Pretensão de nova avaliação ao argumento de que os bens imóveis rurais não foram avaliados de forma condizente com o preço correto do hectare de terras da região e, ainda, deixou de sugerir os possíveis desmembramentos e a cômoda divisão – Impossibilidade – **Uma nova avaliação só deve ser admitida quando presentes as hipóteses previstas nos incisos do art. 873, do CPC, o que não se verifica no caso em discussão** – Laudo elaborado por perito judicial, com parâmetros técnicos

> e paradigmas – Homologação que se mantém. Alegação de excesso de execução – Divergência de valores nos cálculos apresentados pelas partes – Necessidade de remessa dos autos à Contadoria Judicial para apuração do montante devido – Recurso parcialmente provido, com determinação. (TJSP; Agravo de Instrumento 2029470-18.2018.8.26.0000; Relator (a): Jacob Valente; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Fernandópolis - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/04/2018; Data de Registro: 12/04/2018)

Assim, bom repetir, atendidos estão os ditames do art. 873 do atual Código de Ritos.

Ante os argumentos supra, hei por conhecer do presente agravo de instrumento, para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, e determinar que apenas o bem denominado de "Sítio Varjota" sofra nova avaliação. Revogo, com isso, em parte, os efeitos da Decisão Interlocutória por mim prolatada, fls. 2005/2008, quanto ao imóvel localizado na Rua Floriano Peixoto, 385. Reformada em parte a decisão tomada pelo juízo monocrático, tudo nos termos do voto do relator, observadas as cautelas pertinentes e o que consta no art. 870 e ss do atual Código Processual Civil.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0630044-18.2017.8.06.0000
AGRAVANTE: CONSTRUTORA MONTENEGRO LTDA.
AGRAVADO: MUNICÍPIO DO ARACATI
RELATORA: TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES
ORIGEM: AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA - 3ª VARA DA COMARCA DO ARACATI

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. DEFERIDA A IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE PELO JUÍZO *A QUO*. EFEITO SUSPENSIVO CONCEDIDO. DEPÓSITO PRÉVIO REALIZADO PELO ENTE MUNICIPAL, COM BASE EM LAUDO DE AVALIAÇÃO APRESENTADO NO MOMENTO DA PROPOSITURA DA AÇÃO. DISCUSSÃO EM RELAÇÃO AO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. URGÊNCIA DO PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO PREVISTA NO ART. 3º DO DECRETO Nº 072/2017. SÚMULA Nº 652 DO STF. IMISSÃO PROVISÓRIA DO BEM MANTIDA EM FAVOR DO ENTE MUNICIPAL. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA PARA EVENTUAL COMPLEMENTAÇÃO DO DEPÓSITO INICIAL. QUESTÕES RELACIONADAS À UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL PELA RECORRENTE, AINDA NÃO EXAMINADAS PELO JUÍZO *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AFASTADAS AS ALEGAÇÕES REFERENTES AO DESVIO DE FINALIDADE DO DECRETO

EXPROPRIATÓRIO, A AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO PRÉVIA DE LICENÇAS E PROJETOS PELO PODER PÚBLICO, VÍCIO DO PROCESSO JUDICIAL E DO CONTROLE DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ESPECÍFICA DA DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA E A DÚVIDA SOBRE O OBJETO E A FINALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO. RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, SOMENTE NO TOCANTE À NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA PARA EVENTUAL COMPLEMENTAÇÃO DO DEPÓSITO INICIAL, REVOGANDO O EFEITO SUSPENSIVO ANTERIORMENTE DEFERIDO, MANTENDO A INTERLOCUTÓRIA ATACADA NO REFERENTE À IMISSÃO PROVISÓRIA DO BEM EM FAVOR DO AGRAVADO.

ACÓRDÃO

ACORDA a Turma Julgadora da Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso de Agravo de Instrumento, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Fortaleza, 04 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Construtora Montenegro Ltda., tendo como

agravado Município do Aracati, contra a decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca do Aracati que, nos autos da Ação de Desapropriação por Utilidade Pública n.º 15822-86.2017.8.06.0035/0, deferiu o pedido de imissão do agravado na posse do imóvel expropriando, condicionando-a, entretanto, ao prévio depósito do valor da avaliação acostada aos autos pelo Município (fls. 62-63).

A recorrente alega, em síntese, que o imóvel expropriando, localizado na Rua Dragão do Mar, sem número, Canoa Quebrada, Aracati, com área de 2.632,60m2, foi avaliado em montante irrisório e ínfimo de R$ 65.077,31 (sessenta e cinco mil, setenta e sete reais e trinta e um centavos).

Sustenta que, segundo laudo elaborado por *expert* contratado pela empresa, o valor de avaliação do imóvel é de R$ 4.350.000,00 (quatro milhões e trezentos e cinquenta mil reais), o que considera destoante da quantia fixada na avaliação acostada aos autos pelo agravado, arguindo a necessidade de perícia prévia para a correta avaliação do bem, visando a assegurar o pagamento de indenização justa e prévia em um montante mais aproximado do valor real do bem.

Assevera, ainda, que o procedimento expropriatório está eivado de nulidade, tal como, o desvio de finalidade do decreto da desapropriação, existindo, em favor da empresa recorrente, licenças ambientais expedidas pela SEMACE, alvará de construção, projetos e plantas aprovadas para a construção de vultuoso empreendimento no local.

Por fim, requer o conhecimento e o provimento do recurso, para reformar a decisão interlocutória de primeira instância.

Às fls. 197-198, foi deferido o efeito suspensivo, para suspender a imissão de posse do agravado no imóvel em discussão, até o julgamento de mérito do presente recurso.

Nas contrarrazões, o recorrido aduz, em síntese, que: (a) ao ser suspensa a imissão de posse teria prevalecido o interesse privado; (b) o Poder Público, em caso de urgência, tem direito à imediata imissão na posse do imóvel, desde que realize o depósito nos termos do art. 15, §1º, do Decreto Lei nº 3.365/1941, independentemente de avaliação prévia; (c) apresentou laudo de avaliação do imóvel realizado pela comissão de avaliação de imóveis do

Município de Aracati; (d) eventual diferença indenizatória poderá ser auferida no decorrer do processo; (e) o imóvel expropriando não estava atendendo a sua função social. Ao final, pleiteia a reforma do *decisum* (fls. 204-214).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e o provimento do recurso (fls. 239-247).

VOTO

Conheço do presente recurso, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade.

A recorrente se insurge contra o deferimento da imissão provisória na posse pelo Município de Aracati, pois defende ser irrisória a indenização depositada pelo Ente Municipal, no valor de R$ 65.077,31 (sessenta e cinco mil setenta e sete reais e trinta e um centavos).

Segundo a agravante, o imóvel, localizado na Rua Dragão do Mar, sem número, em Canoa Quebrada, Aracati, possui uma área de 2.632,60m² que, conforme laudo de avaliação elaborado pelo Engenheiro Civil, Dr. Luiz Lopes Silva Filho, CREA 10.083/D-CE, estaria avaliado em R$ 4.350.000,00 (quatro milhões e trezentos e cinquenta mil reais), fls. 110-115.

Verifica-se que, no âmbito deste recurso, discute-se o *quantum* indenizatório, portanto, deve-se observar se teria havido ou não o preenchimento dos requisitos previstos em lei, para o deferimento da imissão provisória na posse do bem pelo recorrido.

Observa-se que o art. 15 do Decreto-Lei 3.365/1941, que dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública, exige para o deferimento da imissão provisória na posse pelo Poder Público, a alegação de urgência, bem como a avaliação e o prévio depósito do valor do imóvel pelo expropriante.

Da análise do Decreto Expropriatório nº 072/2017, de 30/08/2017, que declara de utilidade pública para fins de desapropriação o imóvel em questão, consta expressamente, no art. 3º, o caráter de urgência no processo judicial de desapropriação para a "construção de equipamento de entretenimento, lazer e cultura que servirá como ícone, referência de Canoa Quebrada, em suas potencialidades naturais, humanas e culturais" (art. 2º), conforme fls. 64.

Destarte, considerando o dispositivo legal retromencionado e a finalidade do processo expropriatório, temos que o Poder Público demonstrou a urgência na imissão provisória da posse do bem, ao consigná-la expressamente no decreto expropriatório, conforme reconhecido pelo Juiz *a quo*.

Quanto ao valor da indenização, a recorrente alega que o Ente Municipal não cumpriu com a regra estabelecida na alínea "c" do art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365/41, que prevê a imissão na posse mediante o depósito do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior.

O recorrido, por sua vez, assevera que apresentou ao Juízo de primeira instância laudo de avaliação assinado pelo técnico em edificações, Dr. Walter Rebouças (CREA RNP061202808-9) e o agente de arrecadação, Dr. José César da Silva, que avaliaram o imóvel em R$ 65.077,31 (sessenta e cinco mil setenta e sete reais e trinta e um centavos), conforme fls. 157-163.

A recorrente aduz que esse *quantum* não está atualizado conforme previsão da mencionada alínea "c" do art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365/41, acostando, para tanto, às fls. 165, o Boletim do Cadastro Imobiliário, com o valor venal do imóvel de R$ 65.077,31 (sessenta e cinco mil setenta e sete reais e trinta e um centavos).

Não constando no citado Boletim informação sobre a data de avaliação na apuração do valor venal do bem, não pode, desta forma, ser afirmado que o valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, estaria ou não atualizado no ano fiscal imediatamente anterior.

O Órgão Ministerial levanta a dúvida quanto à atualização do valor cadastral do imóvel, à luz da alínea "c" do § 1º do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/41, ao mencionar, *in verbis*: "Por outro lado, quanto ao quesito relativo a quantia a ser depositada para que a imissão provisória fosse deferida sem a citação do réu, este parece não ter sido atendido." (grifei)

Ocorre que, ao ser apresentado pelo recorrido o laudo de avaliação no montante constante no mencionado Boletim do Cadastro

Imobiliário, o Juízo *a quo* acatou, provisoriamente, ressalte-se, o valor prévio da avaliação, apontado no laudo apresentado pelo Poder Público, tanto que consignou em sua decisão, *in verbis*: "por ora e para fins de imissão provisória na posse do imóvel expropriado, tendo em vista a necessidade, a utilidade e, sobretudo, a urgência do projeto, aceito o valor indicado pelo expropriante, dispensando a perícia prévia e provisória" (fls. 63).

Evidentemente, portanto, o depósito prévio foi aceito pelo Juízo *a quo*, de forma provisória, como o próprio Julgador fez questão de consignar em sua interlocutória, ao decidir às fls. 63, sob a responsabilidade de sua investidura de magistrado, diante da urgência do projeto, a qual, inclusive, foi reconhecida pela Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 239-246.

Não obstante a dúvida em relação ao valor inicial a ser depositado, cerne deste agravo, entendo que a imissão provisória na posse deferida em favor do Município deva ser mantida, por conta da urgência e da relevância do interesse coletivo, em respeito do princípio da razoabilidade.

Impende ressaltar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 652, que assim dispõe: "Não contraria a Constituição o art. 15, § 1º, do Dl. 3.365/41 (Lei da Desapropriação por utilidade pública)."

Entretanto, não se pode olvidar a importância do suporte técnico inerente à realização da avaliação judicial prévia para apuração de eventual complementação do depósito inicial, no sentido de melhor atender ao comando do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, que dispõe sobre a prévia e justa indenização.

Assim, no âmbito restrito do recurso de agravo de instrumento, analisada a medida liminar concedida, à luz das condições estabelecidas pela legislação pertinente, temos que esta não merece sua plena revogação/cassação, como pleiteia a recorrente.

No tocante à alegação da recorrente de que possuía licenças ambientais, anuências e alvará de construção junto ao Ente Municipal, bem como projetos e plantas referentes a empreendimento a ser construído no imóvel objeto da desapropriação, ressalto que tais documentos e informações

foram apresentados no momento da contestação, ou seja, posteriormente ao deferimento da imissão provisória na posse.

Destarte, considerando que essas questões ainda não foram analisadas pelo Juízo *a quo*, deixo de examiná-las, por ser vedado no nosso ordenamento jurídico a supressão de instância.

Em relação à alegação da "existência de vício no processo judicial e do controle de legalidade do ato administrativo emanado do decreto de desapropriação pelo Poder Judiciário", verifico que a agravante não aponta concretamente quais seriam esses vícios, apenas faz menção genérica e explicativa dos princípios basilares da administração pública.

Quanto à alegada "flagrante ilegalidade da administração pública municipal por completo desvio de finalidade do decreto de desapropriação", bem como a "Ausência de motivação específica da desapropriação por utilidade pública pelo Poder Público Municipal de Aracati em razão da retirada forçosa da propriedade do particular", observo, da leitura do Decreto Expropriatório que, ao contrário do que fora alegado pela recorrente, o art. 2º dispõe expressamente sobre a utilidade pública do bem, qual seja, a "construção de equipamento de entretenimento, lazer e cultura que servirá como ícone, referência de Canoa Quebrada, em suas potencialidades naturais, humanas e culturais".

Além disso, a alegação de que o recorrido teria afirmado na exordial que seria construído no local uma escola, por si só, não caracteriza o suscitado desvio de finalidade, pois não restou comprovado pela recorrente, nessa fase recursal, que a desapropriação do bem não atende à coletividade (interesse público).

No que concerne à alegada ausência de aprovação prévia do projeto de implantação e de estudo prévio de impacto ambiental e a necessidade de obtenção prévia de licenças ambientais pelo Poder Público, vislumbro que o Decreto Lei nº 3.365/1941 não exige a obtenção prévia dessas autorizações e licenças para a expedição do Decreto de Desapropriação por Utilidade Pública, com a exceção da desapropriação para fins de criação ou ampliação de distritos industriais, que depende de aprovação, prévia e expressa, do Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação (§ 2º do art. 5º).

Considerando, por fim, a relevância da Ação Desapropriatória por utilidade pública, com caráter de urgência, para os interesses coletivos, mas sem olvidar o equilíbrio entre o direito patrimonial e a salvaguarda da função social da propriedade, impõe-se a manutenção provisória na posse concedida ao ente municipal, resguardando-se a realização da avaliação judicial prévia.

Em caso análogo, já decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná que, *in verbis:* "... havendo urgência na instalação dos equipamentos de energia elétrica pelas agravadas, impõe-se a manutenção da decisão agravada no que tange à ordem liminar de imissão na posse do imóvel, com foco na razoabilidade, determinando-se, todavia, a imediata avaliação judicial "prévia", e a complementação do depósito inicial, em caso de discrepância com o valor unilateralmente aferido pela concessionária."[1]

Ante o exposto, conheço do recurso de Agravo de Instrumento, para dar-lhe parcial provimento, somente no tocante à necessidade de realização de avaliação judicial prévia para eventual complementação do depósito inicial, revogando o efeito suspensivo anteriormente deferido às fls. 197-198, mantendo a interlocutória atacada no referente à imissão provisória do bem em favor do agravado.

É como voto.

Fortaleza, 04 de abril de 2018.

1 TJ-PR - AI: 13164799 PR 1316479-9 (Acórdão), Relator: Rogério Ribas, Data de Julgamento: 15/09/2015, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1656 25/09/2015.

MANDADO DE SEGURANÇA

PROCESSO: 0625604-76.2017.8.06.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRANTE: LARA CAVALCANTE MENDES BEZERRA
IMPETRADO: SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PREVISTO NA PORTARIA GM/MS Nº 1554/2013 DO SUS, MAS NÃO AUTORIZADO PARA O CID DA IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO QUANTO A SUPERIORIDADE DO MEDICAMENTO PRESCRITO POR MÉDICO PARTICULAR DA AUTORA. INEXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. EXTINÇÃO QUE SE IMPÕE.

1. Cediço que o Mandado de Segurança possui rito célere, e em razão disso, não admite dilação probatória, competindo ao impetrante juntar aos autos, com a petição inicial, a prova pré-constituída que evidencie o direito líquido e certo lesado por ato coator de autoridade pública.

2. A impetrante não comprovou através dos documentos colacionados a superioridade do medicamento prescrito por sua médica particular e desse modo, resta claro que carece de prova pré-constituída a inicial mandamental.

Segurança denegada. Mandado de Segurança extinto sem resolução do mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em denegar a segurança pleiteada, e declarar extinto o *mandamus* sem resolução do mérito, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 22 de março de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de *Mandado de Segurança*, com pedido de liminar, impetrado por LARA CAVALCANTE MENDES BEZERRA, menor, neste ato representada por sua genitora RAFAELA ARRUDA CAVALCANTE MENDES BEZERRA, contra ato imputado ao Secretário de Saúde do Estado do Ceará, objetivando o fornecimento do medicamento MICOFENOLATO MOFETILA (Cell Cept) 500mg.

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que faz jus ao recebimento do medicamento supracitado, uma vez que é portadora de DERMATOMIOSITE JUVENIL (CID 10 M33.0).

Afirma, ainda, que apesar da urgência e necessidade do medicamento, o governo estadual não o forneceu (fls. 36/38), o que coloca em risco sua qualidade de vida, pois o custo da medicação é muito alto.

Requereu, além do deferimento da medida liminar, os benefícios da justiça gratuita, já deferidos.

Acompanham a inicial os documentos de fls. 23/38.

Regulamente notificada, decorreu o prazo de 10 (dez) dias sem que a parte Impetrada nada tenha apresentado ou requerido.

Manifestação do Estado do Ceará às fls. 46/57 onde sustenta que o medicamento pleiteado está contemplado no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, sendo sua dispensação regulada pela Portaria GM/MS nº 1554/2013, porém seu fornecimento não está autorizado para o CID 10 informado na prescrição da paciente e, portanto, não preenche os critérios definidos pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas/MS.

Liminar indeferida às fls. 62/66.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer às fls. 70/74, onde opina pela denegação da segurança.

É o relatório do essencial. Feito que independe de revisão.

Peço dia para julgamento.

VOTO

O presente *Writ* tem por objeto alegada lesão a direito líquido e certo do Impetrante, referente a fornecimento de medicamento previsto na Portaria GM/MS nº 1554/2013, porém não autorizado para o CID da impetrante.

De início, vislumbro a legitimidade passiva do Secretário de Saúde Estadual.

Isso porque, ao ter em mente a tese de que a autoridade coatora é aquela que pratica ou deixa de praticar o ato atacado como ilegal ou abusivo, poder-se-ia questionar a legitimidade do Secretário, porém, é cediço que, ao menos em teoria, a autoridade indicada na inicial detém competência funcional sobre a política de fornecimento de medicamentos, materiais farmacológicos, alimentos, e tratamentos médicos, e, assim, pode figurar no polo passivo do presente feito.

Nesse sentido, oportuno trazer à colação pacífica jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO, PELO ESTADO, À PESSOA HIPOSSUFICIENTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. OBRIGATORIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 515, § 3º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EFETIVIDADE. AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À

> SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. ARTS. 5º, *CAPUT*, 6º, 196 E 227 DA CF/1988. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF.
> 1. A proteção do bem jurídico tutelado (vida e saúde) não pode ser afastada por questões meramente formais, podendo o Secretário de Estado da Saúde figurar no pólo passivo de ação mandamental objetivando o fornecimento de medicamento à hipossuficiente, portadora de doença grave (hepatite B crônica). (*omissis*) (RMS 23.184/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 19/03/2007 p. 285) (g.n.)

Quanto ao mérito, em que pese os documentos acostados à inicial pela autora (fls. 26/38), percebe-se da análise dos autos que não foi demonstrada, de forma inequívoca, a ilegalidade do dito ato coator.

Isso porque a impetrante não juntou aos autos de plano prova inequívoca da necessidade da medicação específica.

O medicamento que se busca obter através do presente mandado de segurança, foi prescrito por médico particular da paciente (fl. 29), sem qualquer submissão à profissional vinculado ao Sistema Único de Saúde.

Não bastasse isso, na resposta dada pelo Estado às fls. 36/38, foi dito que o medicamento, o qual é regulado pela Portaria GM/MS nº 1554/2013, não está autorizado para o CID da impetrante.

Pois bem, cediço que o Mandado de Segurança possui rito célere, e, em razão disso, não admite dilação probatória, competindo ao impetrante juntar aos autos, com a petição inicial, a prova pré-constituída que evidencie o direito líquido e certo lesado por ato coator de autoridade pública.

Nesse contexto, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, "direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido nem certo, para fins de segurança. Por se exigirem situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança" (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e *Habeas Data*. 13 ed., Editora RT. 1989. p. 14).

Desse modo, o direito vindicado pela Impetrante não é líquido nem certo, haja vista que os fatos alegados são controversos e o conjunto

probatório trazido aos autos não é suficiente para dotar de certeza os fatos narrados na inicial.

Portanto, em que pese a afirmação da impetrante de que o medicamento é superior para seu tratamento, o certo é que não restou esclarecida a urgência de se ministrar referida medicação à impetrante.

Nessa esteira, o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não há direito líquido e certo a ser amparado pela via estreita do Mandado de Segurança diante da controvérsia da matéria fática. Confira-se, *in verbis*:

> "ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CONSIDERADO INAPTO PARA O CARGO DE OFICIAL SUPERIOR JUDICIÁRIO. ALEGAÇÃO DE APTIDÃO PARA O CARGO. PLEITO PELA REALIZAÇÃO DE UM NOVO EXAME MÉDICO. FATO CONTROVERSO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA INADEQUADA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
> 1. O Agravante não trouxe argumento capaz de infirmar as razões consideradas no julgado agravado, razão pela qual deve ser mantido por seus próprios fundamentos.
> 2. O mandado de segurança é uma ação de rito célere, que exige a comprovação, de plano, e de forma incontestável do direito vindicado, através de prova pré-constituída e incontroversa.
> 3. No presente caso, o pedido constante da inicial não é incontroverso, não há certeza quanto à alegada aptidão do Impetrante ao cargo pretendido. Para se perquirir eventual vício no exame médico que o considerou inapto, a fim de determinar a realização de um novo laudo, necessário seria a produção e cotejo de provas documentais, o que é inviável nesta via mandamental.
> 4. Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no RMS 18.436/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007 p. 273)

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará fixou entendimento de que a ausência de prova pré-constituída que evidencie, de plano, o alegado direito líquido e certo do impetrante, leva à extinção do *mandamus* sem resolução de mérito, *in verbis:*

> EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATUALIZAÇÃO NO CADASTRO GERAL DE CONTRIBUINTES DO ESTADO. NEGATIVA. EXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES FISCAIS QUANTO A UM DOS SÓCIOS DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. SEGURANÇA DENEGADA. 1 - A falta de prova pré-constituída impede o exame do *writ*. PRECEDENTES. 2 - Hipótese em que a prova apresentada pelo impetrante não demonstrou, de forma clara e absoluta, a liquidez e a certeza do direito tido por violado, tornando inviável a análise de sua pretensão, na sede mandamental, já que inviável a dilação probatória em mandado de segurança. 3 - Extinção do feito sem resolução de mérito. Segurança denegada. (TJCE, MS nº 15940-19.2007.8.06.0001/0, Relatora: Desa. Edite Bringel Olinda Alencar, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Data de Registro: 31/01/2001)

Por fim, o certo é que a impetrante não comprovou através dos documentos colacionados a superioridade do medicamento prescrito por sua médica particular e desse modo, resta claro que carece de prova pré-constituída a inicial mandamental.

Pelo exposto, denego a segurança pleiteada, nos moldes do § 5º do art. 6º da Lei 12.016/2009, eis que reconhecida hipótese de extinção do *mandamus* sem resolução do mérito (art. 485, inciso IV do CPC), em razão da ausência de prova pré-constituída do direito alegado.

É como voto.

Sem honorários (art. 25 da Lei 12.016/2009).

Fortaleza, 22 de março de 2018.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0627051-07.2014.8.06.0000
IMPETRANTE: GER BRASIL – GESTÃO EM ENERGIAS RENOVÁVEIS DO BRASIL E PARTICIPAÇÕES LTDA
IMPETRADO: SECRETÁRIO DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E EDUCAÇÃO SUPERIOR DO ESTADO DO CEARÁ E COORDENADOR DO PROGRAMA PARA APOIO À INOVAÇÃO TECNOLÓGICA ÀS MICROEMP. E EMP. DE PEQ. PORTE DO CE - PROGRAMA TECNOVA-CE
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. ENTREGA DOCUMENTOS. EXTEMPORANEIDADE. EDITAL. PRAZO AMBIGUO. ILEGALIDADE SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1 - A questão de mérito objeto da controvérsia consiste em analisar a legalidade do ato que desclassificou a impetrante do processo licitatório sob enfoque com fundamento na extemporaneidade da entrega de documentos para contratação.

2 - *Ab initio*, insta analisarmos a preliminar de ilegitimidade passiva alegada pelo ente estatal. Com efeito, argumenta o Estado do Ceará que o Secretário de Ciência e Tecnologia e Educação Superior do Estado do Ceará não lavrou nenhum ato concreto a violar o direito da autora.

3 - Todavia, constata-se com clareza meridiana que o edital da seleção pública fora assinado pelo Secretário de Ciência e Tecnologia, daí porque infere-se de forma inequívoca que a essa autoridade cabe sanar eventual irregularidade ocorrida no certame, vez que ele é o titular da secretaria que o promove. Noutro giro, mesmo que admitíssemos a

Ilegitimidade do Secretário de Ciência e Tecnologia para figurar no polo passivo do *writ,* o fato de ele ter defendido no bojo dos presentes autos o mérito do ato impugnado autoriza a aplicação da Teoria da Encampação. PRELIMINAR REJEITADA.
4 - No que tange ao mérito, os responsáveis pelo certame exigiram os documentos previstos no anexo 5 entre a aprovação da avaliação de mérito e a visita técnica, momento não previsto de forma clara no edital, daí porque a pretensão da impetrante merece acolhida, porquanto a sua desclassificação com base na extemporaneidade na entrega dos documentos carece de base legal, ante as inúmeras ambiguidades presentes nas normas que regeram a seleção em espeque.
5 - A concessão da segurança no feito em testilha deverá ser feita de forma parcial, porquanto o direito líquido e certo lustra-se tão somente quanto à nulidade do ato de desclassificação da impetrante. Caberá a Administração doravante analisar a documentação a ser apresentada pela parte autora e decidir se ela dispõe dos requisitos necessários autorizadores para sua contratação quanto ao objeto licitado no certame.
6 – Mandado de Segurança parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ em conceder parcialmente a segurança postulada nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 05 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Mandado de Segurança com pedido liminar impetrado por GER BRASIL – Gestão de Energias Renováveis do Brasil e Participações LTDA contra ato supostamente ilegal do Secretário de Ciência, Tecnologia e Educação do Ceará e do Coordenador do Projeto Tecnova – CE, os quais desclassificaram o impetrante da seleção pública normatizada pelo Edital SECITECE/FUNDASTEF/FINEP Nº 01/2013.

Na peça deambulatória, historiou a impetrante que as autoridades indigitadas coatoras não cumpriram os prazos chantados no édito do certame sob enfoque, porquanto não realizaram a visita técnica prevista como fase anterior à apresentação de documentos, os quais, diante de tal situação, não foram apresentados pela impetrante em tempo hábil, haja vista não ter havido divulgação das datas para entrega, resultando-lhe prejuízo.

Nessa senda, pontificou três motivos que acarretaram a sua desclassificação do certame: : i) vício quanto à não realização de visita técnica conforme previsão editalícia; ii) vício quanto à não indicação de data de divulgação ou início do prazo para apresentação da documentação necessária à comprovação e iii) vício quanto ao princípio da igualdade e isonomia a conceder prazo de mais 10 (dez) dias para as empresas reprovadas apresentarem seus documentos.

Em desfecho, requestou a impetrante a suspensão da homologação do certame e por conseguinte a adjudicação e contratação do objeto da licitação atinente ao grupo de energias renováveis e, ao final, a declaração de ilegalidade do ato que resultou na sua desclassificação.

Distribuídos os autos a esse Egrégio Sodalício, o então relator do feito, Desembargador Washington Luis Bezerra de Araújo, deferiu o pleito liminar em decisão que demora às fls. 152-155, determinando que os impetrados se abstivessem, até o julgamento final da ação, de homologar o resultado do concurso *sub judice* no ponto pertinente às energias renováveis, proibindo, desse modo, a adjudicação de seu objeto e a contratação das demais concorrentes.

Buscando a reforma do *decisum* liminar, o Estado do Ceará manejou agravo interno, forte na presunção de legalidade do ato que desclassificou a impetrante, o qual estaria em conformidade com as regras do edital que regera o certame.

Em sessão realizada no dia 18 de dezembro de 2014, o Órgão Especial deste Tribunal desproveu a sublevação interposta pelo ente estatal (fls. 66-71), decisão contra a qual interpôs recurso especial, não admitido pelo Vice–Presidente deste Sodalício (fls. 101-104). Inconformado, o recorrente manejou agravo junto ao Superior Tribunal de Justiça, porém aquela também negou provimento ao recurso (fls. 315-343).

Instadas a prestarem informações (fls. 173-186), as autoridades impetradas defenderam a legalidade do ato praticado, argumentando que a empresa concorrente não teria obedecido o prazo editalício para apresentação da documentação pertinente, razão pela qual fora desclassificada em atendimento ao princípio da legalidade.

Em petição atravessada às fls. 233-236, a parte autora informou o descumprimento da liminar deferida.

A ENGEMEP - Serviços de Manutenção e de Equipamentos de Extração de Petróleo LTDA, empresa participante do certame, peticionou às fls. 240/242, informando que a impetrante não atendeu aos requisitos do edital, não apresentando certidões de regularidade previdenciária, ambiental e FGTS.

A Fundação de Apoio a Serviços Técnicos, Ensino e Fomento a Pesquisas - FUNDAÇÃO ASTEF requereu o ingresso no feito como litisconsórcio passivo necessário, por ser a pessoa jurídica responsável pela realização da seleção das participantes e pela administração dos contratos decorrentes do procedimento (fls. 254/250).

O Estado do Ceará apresentou resposta às fls. 285-293, oportunidade em que argumentou preliminarmente a ilegitimidade passiva do Secretário da Ciência e Tecnologia do Estado do Ceará, requerendo, quanto ao mérito, a contratação das duas empresas vencedoras do certame e, ao final, a denegação do *mandamus*.

Em novo requesto apresentado às fls. 354-355, o ente estatal e a autoridade impetrada solicitaram que " fique resguardado apenas o valor que seria destinado ao Projeto da Impetrante deste *writ*, na quantia de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), o que por si só já é suficiente para garantir a eventual exequibilidade e eficácia da decisão de mérito, permitindo assim que os outros projetos sejam contemplados com o uso do recurso já destinado, atenuando o prejuízo do Estado do Ceará e trazendo como já asseverado grandes proveitos tecnológicos e econômicos ao Estado do Ceará e toda a sociedade cearense".

Instado a manifestar-se, o Ministério Público em parecer lançado às fls. 358-368, opinou pela concessão da segurança.

Empós, os autos foram a mim distribuídos diante do afastamento da então relatora, Sra. Desembargadora Maria Iracema Martins do Vale, para o exercício do cargo de conselheira do CNJ (fl. 375).

O Estado do Ceará apresentou novel manifestação nos autos (fls. 380-387), expondo a necessidade de revogação do provimento liminar, porquanto estar impossibilitado de dar cumprimento aos projetos de energia sustentável, resultando manifesto prejuízo ao erário. Na oportunidade, reiterou o pedido para que os efeitos da liminar se restrinjam unicamente ao projeto da impetrante.

É o relatório.

VOTO

O feito encontra-se em ordem, devidamente saneado, sem quaisquer máculas de nulidade ou vícios que impeçam o seu pronto julgamento.

A questão de mérito objeto da controvérsia consiste em analisar a legalidade do ato que desclassificou a impetrante do processo licitatório sob enfoque com fundamento na extemporaneidade da entrega de documentos para contratação.

Ab initio, insta analisarmos a preliminar de ilegitimidade passiva alegada pelo ente estatal. Com efeito, argumenta o Estado do Ceará que o Secretário de Ciência e Tecnologia e Educação Superior do Estado do Ceará não lavrou nenhum ato concreto a violar o direito da autora.

Nessa ordem de ideias, convém destacarmos que o edital do certame não discrimina a comissão responsável pela avaliação dos participantes, de modo a deixar claro qual a autoridade responsável pelos atos decisórios ali exarados.

Todavia, constata-se com clareza meridiana que o edital da seleção pública fora assinado pelo Secretário de Ciência e Tecnologia, daí porque infere-se de forma inequívoca que a essa autoridade cabe sanar eventual irregularidade ocorrida no certame, vez que ele é o titular da secretaria que o promove.

Noutro giro, mesmo que admitíssemos a Ilegitimidade do Secretário de Ciência e Tecnologia para figurar no polo passivo do *writ,* o fato de ele ter defendido no bojo dos presentes autos o mérito do ato impugnado (fls. 173-186) autoriza a aplicação da Teoria da Encampação.

A aplicação da teoria em destaque exige o preenchimento dos seguintes requisitos: (a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; (c) ausência de modificação de competência constitucionalmente estabelecida.

É essa a tônica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROGRESSÃO FUNCIONAL. GOVERNADOR DO ESTADO. SECRETÁRIO DE ESTADO. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Arion Cesar Foerster e outros, ora recorrentes, contra suposta omissão do Governador do Estado do Paraná, ora recorrido, consubstanciada na ausência de implantação da progressão funcional dos impetrantes. 2. O Tribunal *a quo* denegou a segurança e assim consignou na sua decisão: Percebe-se, pois, que a concessão da progressão funcional não é ato de responsabilidade do Governador do Estado do Paraná,

de sorte que o reconhecimento, de ofício, de sua ilegitimidade passiva é medida imperativa. Em vista do exposto, julgo extinto o feito, sem resolução do mérito, na forma do disposto no artigo 267, Vl, do Código de Processo Civil. Custas pelos impetrantes. Sem condenação em honorários advocatícios. É como voto. (fl. 742, grifo acrescentado). **3. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento segundo o qual, a aplicação da teoria da encampação, que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora em mandado de segurança, tem lugar quando presentes os seguintes requisitos: (i) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; (ii) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas, e; (iii) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida. (AgInt no RMS 39.158/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 11/5/2017) (grifo acrescentado).** 4. Verifica-se que é cabível, *in casu*, a aplicação da Teoria da Encampação, pois: a) existe vínculo hierárquico entre a autoridade apontada no Mandado de Segurança e aquela que seria legitimada a figurar no polo passivo, no caso, o Governador do Estado do Paraná e o Secretário Estadual da Administração e da Previdência, b) a autoridade impetrada, nas informações prestadas às fls. 246-252, se manifestou sobre o mérito do *mandamus*, e, c) conforme o artigo 101, inciso VII, alínea b , da Constituição do Estado do Paraná, não há modificação da competência do Tribunal de Justiça. 5. Recurso Ordinário parcialmente provido, para afastar a ilegitimidade passiva e determinar o retorno dos autos para o Tribunal de origem, a fim de prosseguir no julgamento. (STJ - RMS: 53537, Relator: HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 30/06/2017)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. APLICABILIDADE.

1. **A aplicação da teoria da encampação exige o preenchimento dos seguintes requisitos: (a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou**

> **informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; (c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal. Precedentes. 2. Na espécie, (a) existe o vínculo de hierarquia entre a autoridade indicada na ação mandamental (governador de estado), e uma outra que é a verdadeiramente competente para a prática e desfazimento do ato administrativo (secretaria de estado de planejamento e gestão. Seplag. Nos termos do Decreto estadual nº 44.817/2008); (b) houve a defesa do ato praticado pelo órgão administrativo subalterno; (c) não há modificação da competência atribuída pela Constituição do Estado ao tribunal de justiça (art. 106, c , da ce)**. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AGRG/ RMS: 43289, Relator: MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 18/12/2015)

Na espécie em testilha, constata-se de forma indene de dúvidas: (a) existe o vínculo de hierarquia entre a autoridade indicada na ação mandamental (Coordenador do Projeto Tecnova – CE), e uma outra que é a verdadeiramente competente para a prática e desfazimento do ato administrativo vergastado (Secretário Estadual de Ciência e Tecnologia), frisando-se que ambas foram indicadas na exordial; (b) houve a defesa do ato praticado pelo órgão administrativo subalterno; (c) não há modificação da competência atribuída pela Constituição do Estado ao Tribunal de Justiça.

Perfilhando o mesmo entendimento, escorreitas as lições do Órgão Especial do Sodalício Alencarino, *in verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL EM DECISÃO LIMINAR DE MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO E DO SECRETÁRIO DE SAÚDE. AFASTAMENTO. **APLICAÇÃO DIRETA DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. AUTORIDADE MAIOR QUE DEFENDE O ATO IMPUGNADO, ADENTRANDO NO MÉRITO, CONVALIDA-SE SUA LEGITIMIDADE.** LICITAÇÃO EM HOSPITAL ESTADUAL. LIMINAR DEFERIDA EM FACE DA IMPOSSIBILIDADE DE

FIXAÇÃO DE PREÇO MÍNIMO EM CONCORRÊNCIA PÚBLICA. VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 40, INCISO X DA LEI 8.666/93. AS EXIGÊNCIAS DO EDITAL NÃO PODEM OFENDER AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, ISONOMIA OU AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. AGRAVO CONHECIDO E IMPRÓVIDO DECISÃO MANTIDA.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em votação unânime, pelo conhecimento e improvimento do Agravo Regimental tudo em conformidade com os termos do voto do e. Desembargador Relator. Fortaleza, 5 de novembro de 2015 (0624694-54.2014.8.06.0000 Relator (a): DURVAL AIRES FILHO; Comarca: Foro Unificado; Órgão julgador: N/A; Data do julgamento: 05/11/2015; Data de registro: 05/11/2015)

Ad Argumentandum tantum, colocando um pá de cal sobre o assunto, à fl. 143 dos autos consta manifestação do Secretário de Ciência e Tecnologia em resposta a recurso administrativo manejado pelo impetrante, na qual manteve a decisão anteriormente tomada pelo Coordenador do Programa TECNOVA – CE, declarando a parte autora desclassificada no certame. Dessarte, REJEITO A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA.

Sindicando o mérito do feito, cumpre registrarmos que a questão controvertida circunscreve-se à analise quanto ao momento da exigência da documentação prevista no anexo 5 do Edital SETICE/FUNDASTEF/FINEP nº 01/2013.

Alega a impetrante três motivos que acarretaram a sua desclassificação do certame: : i) vício quanto à não realização de visita técnica conforme previsão editalícia; ii) vício quanto a não indicação de data de divulgação ou início do prazo para apresentação da documentação necessária a comprovação e iii) vício ao princípio da igualdade e isonomia ao se conceder prazo de mais 10 (dez) dias para as empresas reprovadas apresentarem seus documentos.

Pois bem, analisando atentamente o edital colacionado aos autos às fls. 23-54, percebe-se no item 9 o cronograma do certame (fl. 33), no qual

consta que a divulgação de dois resultados preliminares, um correspondente a etapa de avaliação de requisitos formais (31.01.2014), e outro correspondente a etapa de avaliação de mérito (21.03.2014). Examinando o item 11 (fl. 34), vê-se que, para agilizar uma possível contratação, após o RESULTADO PRELIMINAR as empresas deverão encaminhar a documentação solicitada no anexo 5 do edital (fl. 42).

A avaliação de mérito, por sua vez, corresponde à análise das propostas por um comitê de especialistas, de modo que as participantes deveriam atender a determinadas condições, do contrário serão eliminados. O item 6 do edital (fl. 30) determina o envio dos documentos tratados no item 1 do anexo 4, no prazo de 10 (dez) dias corridos a partir da publicação da relação de empresas classificadas na análise de mérito. O anexo 4, surpreendentemente, trata apenas de um modelo de declaração sobre o contencioso, não apontando quaisquer tipos de documentos.

Para melhor esclarecer as etapas do concurso, conforme bem esclarecido no parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça "é possível concluir que edital exigia que as empresas participantes observassem o seguinte trâmite: Apresentação da proposta (acompanhada da documentação do Anexo 3); Seleção das propostas - Etapa 1 (preenchimento dos requisitos formais) + Etapa 2 (análise de mérito); Divulgação do resultado preliminar da Etapa de Avaliação de Requisitos Formais; Recursos; Divulgação do resultado definitivo da Etapa de Avaliação de Requisitos Formais; Divulgação do resultado preliminar da Etapa de Avaliação de Mérito; Recursos; Divulgação da lista final de aprovados; Entrega documentos jurídicos (Anexo 4)." (fl. 365).

Obviamente a dúvida quanto ao termo *a quo* para a entrega da documentação do certame remanesce diante das ambiguidades presentes no edital. Em suma, não é possível discernir quais dos resultados preliminares (análise dos requisitos formais ou avaliação de mérito) marca o início do prazo para a entrega da documentação do anexo 5, o que abre margem para mais de uma interpretação.

Por outro lado, é óbvio que a lógica do processo licitatório aponta para que a entrega da documentação seja feita após o resultado preliminar da avaliação de mérito. Com base nessa premissa o então relator do feito deferiu

a medida liminar, apontando julgamento proferido pelo Órgão Especial desta Corte em feito cuja causa de pedir é idêntica à descortinada nos vertentes fólios. Na ocasião foi exarado o acórdão a seguir ementado:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SELEÇÃO PÚBLICA. SUBVENÇÃO ECONÔMICA. DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPETRANTE. ILEGALIDADE. PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
> 1 - Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Estado do Ceará contra a decisão que, em sede de mandado de segurança, concedeu a liminar, determinando que as autoridades coatoras se abstenham de homologar o resultado do concurso *sub judice*, de adjudicar seu objeto em favor de qualquer das demais licitantes e, por conseguinte, de contratar qualquer das outras concorrentes.
> 2 - O Estado do Ceará não conseguiu demonstrar o equívoco da decisão agravada.
> 3 **- Permanece verossímil a tese da impetrante de que sua desclassificação do certame foi ilegal, porque fundada na ausência de documento exigível somente em momento superveniente (Certidão Negativa de Débitos Previdenciários). Consigne-se, de todo modo, que a impetrante encontra-se regular com a Receita Federal.**
> 4 - O *periculum in mora* encontra-se presente, uma vez que há risco de a subvenção econômica ser percebida e consequentemente gasta por licitante que a ela não faça jus.
> 5 - Agravo regimental conhecido e desprovido.
> (Processo: 0626184-14.2014.8.06.0000/50000 - Agravo Regimental – Relator: Desembargador Washington Luis Bezerra de Araújo. DJE: 20/11/2014)

Todavia, o edital do certame não deixa claro em qual momento ocorrerá a fase de entrega de documentos, até mesmo a topografia das etapas delineadas no edital não parece seguir uma sequência lógica, a guiza de exemplo, o item 6 (envio de documentos) surge antes mesmo da parte textual que cuida da seleção das propostas.

Quanto a visita técnica, o edital apenas dispõe que as empresas cujas propostas forem aprovadas é que serão submetidas a essa etapa do certame, não esclarecendo se a documentação dos anexos 4 e 5 deverão ser entregues antes ou depois da aludida visita.

Analisando a documentação ajoujada às fls. 68-77, percebe-se que após a divulgação do resultado final da etapa de avaliação de mérito, às empresas selecionadas foi pedida a documentação necessária para a contratação, bem como avisadas de que passariam por uma visita técnica.

Resumindo, os responsáveis pelo certame exigiram os documentos previstos no anexo 5 entre a aprovação da avaliação de mérito e a visita técnica, momento não previsto de forma clara no edital, daí porque a pretensão da impetrante merece acolhida, porquanto a sua desclassificação com base na extemporaneidade da entrega dos documentos carece de base legal, ante as inúmeras ambiguidades presentes nas normas que regeram a seleção em espeque.

Nessa senda, é de suma pertinência ressaltar que o mandado de segurança é ação constitucional que visa proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Seu objeto é um ato omissivo ou comissivo praticado com ilegalidade ou abuso de poder por uma autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de suas atribuições.

Dispõe a Constituição no art. 5º, LXIX, *in verbis*:

> **"Concede-se-á a mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas corpus" ou "habeas data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".** (grifamos).

Diz-se, portanto, que direito líquido e certo é aquele demonstrado de plano e de modo incontestável, que não depende de provas. Os fatos e as situações que fundamentam o exercício do direito invocado devem estar comprovados com a inicial, por meio de provas pré-constituídas e incontroversas.

Nesta seara, é válido frisar que o mandado de segurança é um procedimento que não comporta análise fático-probatória aprofundada, sendo a prova pré-constituída.

Abonando tal entendimento, escorreitas as lições do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.
> 1. **O Mandado de Segurança detém entre seus requisitos a demonstração inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para a dilação probatória na célere via do *mandamus*.** 2. **Para a comprovação do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que este possa ser prontamente exercido, o que não ocorreu na espécie.** 3. Deve ser mantido o acórdão recorrido, uma vez que o Mandado de Segurança está instruído deficientemente, pois questiona o indeferimento de impugnação administrativa a edital de concurso público, sem juntar à petição inicial o próprio edital do certame, as razões da impugnação feita e o inteiro teor da decisão da Comissão do concurso, somente tendo trazido a ementa da decisão publicada no Diário Oficial. 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no RMS 46.575/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 02/02/2015)

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. "ABATE-TETO" INSTITUÍDO PELA EC N. 41/2003. VANTAGENS PESSOAIS. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INIDONEIDADE DA VIA MANDAMENTAL.
> 1. Caso em que o Tribunal local, ao denegar a ordem em que se objetiva o afastamento do "abate-teto", bem consignou que "os documentos juntados aos autos não mostram, com certeza exigida, a situação financeira do impetrante." 2. **A concessão**

> **do mandado de segurança exige prova pré-constituída do direito líquido e certo que se quer ver declarado, não se admitindo dilação probatória.** 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 44.841/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 12/09/2014)

Feitas tais considerações, a concessão da segurança no feito em testilha deverá ser feita de forma parcial, porquanto o direito líquido e certo lustra-se, tão somente, quanto à nulidade do ato de desclassificação da impetrante, cabendo à Administração doravante analisar a documentação a ser apresentada pela parte autora e decidir se ela dispõe dos requisitos necessários autorizadores para sua contratação quanto ao objeto licitado no certame.

ISSO POSTO, julgo parcialmente procedente o feito, concedendo a segurança postulada apenas para determinar a nulidade do ato de desclassificação da impetrante. Ato contínuo, determino o prosseguimento do concurso *sub judice*, a partir da fase de apresentação de documentos, ocasião em que deverá ser facultada à empresa impetrante a entrega destes no prazo de dez dias a partir da convocação feita pela autoridade competente.

É como voto.

Fortaleza, 05 de abril de 2018.

PROCESSO: 0630394-74.2015.8.06.0000 – MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRANTE: CONSTRUTORA BORGES CARNEIRO LTDA
IMPETRADOS: PROCURADOR GERAL DO ESTADO E SECRETÁRIO DE INFRAESTRUTURA DO ESTADO DO CEARÁ
LITISCONSÓRCIO PASSIVO: RESUMO CONSTRUÇÕES LTDA
RELATOR: DES. MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO

EMENTA. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EMPRESA QUE, APÓS A FASE DE HABILITAÇÃO, TEM DEFERIDO PEDIDO DE PROCESSAMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXCLUSÃO DO CERTAME LICITATÓRIO. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 31, II, DA LEI N.º 8.666/93 E ART. 52, INC. II, DA LEI N.º 11.101/2005. ENTENDIMENTO DO TCU. VIOLAÇÃO A ATO JURÍDICO PERFEITO. INOCORRÊNCIA. EXEGESE DO ART. 43, § 5º, DA LEI N.º 8.666/93. PRECEDENTES STJ. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE SUA RECEITA DECORRE EXCLUSIVAMENTE DE CONTRATOS PÚBLICOS, BEM COMO DA VIABILIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Construtora Borges Carneiro LTDA, contra ato imputado ao Procurador-Geral do Estado do Ceará e Secretário de Infraestrutura do Estado do Ceará consistente em sua exclusão da Concorrência Pública nº 20140006/SEINFRA/CC.

2. Em suma, aduz a impetrante que o ato exclusivo violou a legislação de regência, pois esta não determina a necessidade de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial; que a fase de habilitação já tinha sido encerrada, oportunidade em que a mesma não poderia mais ser desclassificada haja vista a ofensa a ato jurídico perfeito; que o STJ e Tribunais Estaduais possuem entendimento atual de que a recuperação judicial não pode servir por si só para exclusão de empresas de certame licitatório, mormente nos casos como o da impetrante em que sua receita é decorrente de verba 100% (cem por cento) pública.

3. Sobre a ofensa ao princípio da legalidade da cláusula editalícia que determina, para fins de habilitação, a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, tem-se que esta não merece prosperar, pois o simples fato de não constar expressamente na Lei n.º 8.666/1993 dentre os requisitos para a qualificação econômico-financeira a apresentação da mencionada certidão, tal não enseja a conclusão de que é ilegal sua exigência, pois o instituto da recuperação judicial é fruto de inovação legislativa posterior à edição da Lei Geral de Licitação.

4. É dizer, quando da edição da Lei Geral de Licitações, não havia o instituto da recuperação judicial, a qual somente adentrou ao ordenamento jurídico com a edição da Lei n.º 11.101/2005, contudo, tal instituto teve por escopo substituir a concordata, a qual não possui mais substrato normativo a sustentá-la. Ora, tendo a recuperação judicial substituído a concordata, de rigor se faz

a releitura do art. 31, inc. II, para que, onde se lê "concordata" leia-se "recuperação judicial", afinal o ordenamento jurídico demanda que se faça sempre uma interpretação teleológica e sistemática de suas disposições normativas com a finalidade de que estas permaneçam harmônicas entre si. Assim, tendo o instituto da concordata sido substituído pelo da recuperação judicial, nada mais salutar entender que o mencionado dispositivo da Lei de Licitações que exigia certidão negativa de concordata deve ser relacionado a necessidade de exigência de certidão negativa de recuperação judicial. Ademais, a exigibilidade de certidão negativa de recuperação judicial pode ser extraída da própria Lei de Recuperações e Falências, pois esta, em seu art. 52, inc. II, é expressa em ressalvar as contratações com o poder público da desnecessidade de apresentação de certidões negativas, conclusões estas que encontram respaldo em entendimento doutrinário e do Tribunal de Contas da União.

5. Acerca da alegada impossibilidade de se modificar o ato que declarou a habilitação da impetrante nos autos do certame licitatório, tem-se que tal argumentação não encontra respaldo na legislação de regência do procedimento licitatório e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Em relação à legislação aplicável, o art. 43, § 5º, da Lei n.º 8.666/93, traz as circunstâncias em que poderá ocorrer a desclassificação do concorrente por motivo relacionado com a habilitação mesmo após o encerramento desta fase, sendo que a situação fática sob análise se amolda especificamente ao

retrotranscrito comando normativo, afinal o fato que deu ensejo a exclusão da ora impetrante – pedido de recuperação judicial – somente se tornou conhecido após a finalização da fase de habilitação, através de recursos interpostos por outras participantes do certame em face da prolação do resultado decorrente da abertura dos envelopes das propostas, fase posterior à habilitação. Além disso, em relação à possibilidade de se rever a decisão de habilitação em sede de licitação, esta, conforme precedentes do STJ, submete-se ao prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no art. 54 da Lei n.º 9.784/99, o qual também não transcorreu na espécie.

6. Em relação à alegação de que a receita da impetrante é decorrente exclusivamente de contratos licitatórios, tem-se que tal circunstância não se encontra demonstrada nos autos, afinal, o objeto social da impetrante não engloba somente a realização de obras públicas, ao contrário, engloba toda e qualquer obra de construção civil.

7. Ressalte-se que a ausência de exclusividade também é reiterada tanto na exordial deste *mandamus* (vide fl. 3) quanto na do pedido de recuperação judicial (fl. 192) quando a impetrante afirma que "*já finalizou inúmeras obras, tanto para a iniciativa privada quanto para a pública*". Deste modo, não havendo comprovação nos autos deste mandado de segurança de que a renda obtida pela impetrante é decorrente exclusivamente de contratos com a Administração Pública, não há de se aplicar a *ratio decidendi* do precedente indicado pela mesma - AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº

23.499/RS, STJ – pois, neste processo analisado pela Corte Superior, a situação fática envolvia empresa que havia "*focado sua atividade empresarial em contratos com os entes públicos, constituindo-se em 100% de sua fonte de receitas*", o que não cuidou de demonstrar a impetrante nestes autos. O mesmo há que se falar do julgado da Corte Superior transcrito sem a indicação do número correspondente ao processo pela impetrante às fls. 10/11, pois a temática lá tratada – recebimento pelos serviços prestados ainda que em situação de irregularidade fiscal – em muito diverge da destes autos (exclusão de participação em certame licitatório em razão da impetrante estar em recuperação judicial).

8. Ademais, há outro óbice a que se vislumbre a violação a direito líquido e certo da impetrante no caso dos autos, qual seja, a circunstância de inexistir decisão concessiva da recuperação judicial no caso, eis que, pela documentação anexada e pelas razões expostas na exordial, à impetrante teve deferida tão somente o processamento da recuperação judicial, estando ainda pendente a análise do plano de recuperação pela assembleia de credores e, consequentemente da viabilidade da superação da crise vivida pela mesma.

9. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de mandado de segurança, ACORDAM os desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em denegar a segurança, nos termos do voto do Relator, parte integrante do julgado.

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Construtora Borges Carneiro LTDA, contra ato imputado ao Procurador-Geral do Estado do Ceará e ao Secretário de Infraestrutura do Estado do Ceará.

Sobre a situação fática, aponta a impetrante que atua no ramo de construção civil no Estado do Ceará há quase 19 (dezenove) anos, já tendo finalizado inúmeras obras tanto para a iniciativa privada quanto para a pública. Ressalta que a Construtora é voltada, inteiramente, ao setor público, com participação em diversos procedimentos licitatórios.

Aduz que, no dia 31/10/2014, foi lançado edital para Concorrência Pública Nacional nº 20140006/SEINFRA/CC para obras de infraestrutura do polo industrial e tecnológica de saúde – PITS, no Eusébio, Estado do Ceará.

Ressalta que restou habilitada no referido certame e, na fase de abertura de envelopes com propostas de preço, a impetrante apresentou a menor proposta, oportunidade em que sagrou-se vencedora no dia 24/08/2015.

Contudo, as empresas que ficaram em 2º e 3º lugar interpuseram recurso administrativo requerendo a exclusão da impetrante do certame por estar em recuperação judicial, o que seria vedado pelo edital, aos quais foi dado provimento em 03/11/2015 para determinar a exclusão da impetrante do certame, tendo a empresa Resumo Construções LTDA sagrado-se vencedora.

Insurge-se contra o ato de exclusão afirmando que o mero fato da empresa estar em procedimento de recuperação não pode ser obstáculo para participação em certames públicos, em especial quando o edital e a própria habilitação da empresa ocorreram em momento anterior ao próprio ajuizamento do pedido de recuperação judicial, ressaltando que a empresa continua a cumprir rigorosamente os contratos já firmados com os entes públicos.

Pontua que a recuperação judicial vista permitir o soerguimento de empresa em momentânea crise financeira, provendo-lhe meios de superar suas dificuldades e que já apresentou o Plano de Recuperação Judicial, aguardando-se a fase de objeção dos credores.

Além disso, tece comentários sobre entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Estaduais de que a certidão negativa de falência e recuperação judicial não pode ser exigida de empresas recuperandas cuja fonte de receita total, ou em sua maioria, advém de contratações com o Poder Público, já que se estaria inviabilizando a própria recuperação judicial da empresa, aduzindo que se enquadra nesta hipótese já que sua receita é de verba 100% (cem por cento) pública.

Alega que o edital violou o princípio da legalidade ao exigir certidão negativa de recuperação judicial, pois tal não está previsto na Lei n.º 8.666/93.

Reitera a impossibilidade de ser invalidada sua habilitação no certame, por se consubstanciar tal como ato jurídico perfeito que não pode ser invalidado em momento posterior.

Aponta a presença dos requisitos para a concessão da medida liminar.

Diante do exposto, requereu a concessão da medida liminar para que fosse anulado o ato de exclusão da impetrante da Concorrência Pública 20140006/SEINFRA/CCC. No mérito, pediu a reiteração da liminar concedida para anular o ato de exclusão da impetrante na mencionada Concorrência Pública.

Com a inicial veio a documentação de fls. 17/287.

Processo distribuído ao Órgão Especial sob a relatoria da Desembargadora Maria Iraneide Moura Silva (fl. 289).

Pedido de redistribuição do feito formulado pela impetrante em razão do gozo de férias da Relatora primeva (fls. 290/294), o que foi deferido pela Vice-Presidência deste Sodalício através da decisão de fls. 297/298, ocasião em que os autos foram redistribuídos para a relatoria da Desembargadora Lisete de Sousa Gadelha (fl. 300).

Novo pedido de redistribuição do feito formulado pelo impetrante em razão do gozo de férias da nova Relatora (fls. 301/305), o qual também foi deferido pela Vice-Presidência deste Tribunal em decisão de fls. 308/309, oportunidade em que o mandado de segurança foi redistribuído sob a minha relatoria.

Despacho exarado às fls. 313/315 determinando a intimação da impetrante para que promovesse a citação da vencedora da aludida licitação da qual a impetrante busca anular a decisão, o que foi cumprido pela impetrante através da petição de fl. 317.

Decisão interlocutória na qual se indeferiu o pedido liminar (fls. 319/326).

Informações do Estado do Ceará às fls. 337/346, oportunidade em que requereu a denegação da segurança requestada, com a manutenção do indeferimento da medida liminar, acompanhadas da documentação de fls. 347/404.

Contestação de Resumo Construções LTDA às fls. 405/412, na qual pugna pelo julgamento improcedente do pedido deste mandado de segurança, acompanhada da documentação de fls. 413/476.

Parecer ministerial opinando pela denegação da segurança (fls. 482/487).

É o relatório.

Peço pauta para julgamento.

VOTO

Como se extrai do relatório, cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Construtora Borges Carneiro LTDA, contra ato imputado ao Procurador-Geral do Estado do Ceará e ao Secretário de Infraestrutura do Estado do Ceará consistente em sua exclusão da Concorrência Pública nº 20140006/SEINFRA/CC.

Em suma, aduz a impetrante que o ato exclusivo violou a legislação de regência, pois esta não determina a necessidade de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial; que a fase de habilitação já tinha sido encerrada, oportunidade em que a mesma não poderia mais ser desclassificada haja vista a ofensa a ato jurídico perfeito; que o STJ e os Tribunais Estaduais possuem entendimento atual de que a recuperação judicial não pode servir, por si só, para exclusão de empresas de certame licitatório, mormente nos casos como o da impetrante em que sua receita é decorrente de verba 100% (cem por cento) pública.

Em que pese a argumentação da impetrante, outro caminho não há senão a denegação da segurança, conforme passo a fundamentar:

As decisões acerca dos recursos administrativos que culminaram na decisão que excluiu a impetrante do certame licitatório assim dispõem (fl. 172/188):

> […]
> Para uma melhor análise dos fatos questionados, cumpre observar que o subitem 3.3 do Edital veda expressamente a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, *in verbis:*
> 3.3 Não poderão participar da presente licitação, empresas que:
> 3.3.1 Sejam consideradas inidôneas ou suspensas para participar de licitação em qualquer órgão/entidade governamental, que estejam em recuperação judicial ou em processo de falência, sob o concurso de credores, em dissolução ou em liquidação. (g.n)
> Destarte, nada obstante as alegações da licitante recorrida, destaque-se que a mesma não contestou, no momento oportuno, qualquer cláusula do instrumento convocatório, tendo, dessa forma, decaído seu direito.
> Nesse sentir, observe-se o que prescreve o §1º do art. 41 da Lei Nº 8.666/93, *ipsis litteris*:
> […]
> Caberá, portanto, aos próprios interessados questionar, em momento hábil, os preceitos e demais exigências expendidas no corpo do Edital, decaindo de tal direito após perpassado o prazo legalmente instituído, fazendo nascer para a Administração, como consequência, a obrigatoriedade de aplicação do Instrumento Convocatório nos moldes em que foi elaborado.
> Com efeito, decorrida a fase de impugnação do Edital sem qualquer irresignação, entende-se que as empresas participantes do processo licitatório aceitaram as regras do certame.
> Neste azo, pontue-se, ainda, que, no momento em que a licitação se encontra, não é permitido ao licitante questionar as cláusulas do certame em seu exclusivo proveito. Neste

sentido, cumpre observar o que já decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

[…]

Destarte, por não haver tomado nenhuma atitude no prazo legal, a licitante incorreu, consequentemente, na decadência do seu direito de questionar as cláusulas editalícias.

Neste sentido, ainda que a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tenha decidido em determinado caso pela possibilidade de uma empresa em recuperação judicial continuar participando de licitações, sob o argumento de ausência de vedação legal expressa, temos que o Edital da Concorrência Pública nº 20140006 – SEINFRA é claro ao prescrever que é vedada a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, assim, é certo que uma vez estabelecidas as regras do certame elas devem ser cumpridas em seus exatos termos, tornando-se a lei interna da licitação.

Analisando os fatos trazidos à lume, verifica-se que, de fato, a empresa CONSTRUTORA BORGES CARNEIRO LTDA, ora recorrida, está em processo de recuperação judicial deflagrado a pedido da própria empresa, situação que veda a sua participação na presente Concorrência Pública, conforme disposto no subitem 3.3.1.

Assim, a Administração terá que aplicar o Edital, sob pena de flagrante ilegalidade. É a regra da vinculação que não pode ser alijada, pois se fundamenta no próprio Estado Democrático de Direito, onde o Poder Público deve obrigatoriamente cumprir as normas por ele produzidas, devendo, consequentemente, excluir do certame a licitante recorrida, posto que esta encontra-se em processo de recuperação judicial, situação incompatível com as disposto no Edital.

Diante do exposto, baseando-se nos fundamentos fáticos e jurídicos acima discorridos, a Comissão Central de Concorrências decide CONHECER o recurso interposto pela empresa RESUMO CONSTRUÇÕES LTDA, eis que tempestivo, para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO, para excluir do certame a CONSTRUTORA BORGES CARNEIRO LTDA visto que esta encontra-se em recuperação judicial, sendo vedada a participação de empresas nesta situação na presente concorrência, conforme dispõe o subitem 3.3.1.

Ab initio, sobre a ofensa ao princípio da legalidade da cláusula editalícia que determina, para fins de habilitação, a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, tem-se que esta não merece prosperar, pois o simples fato de não constar expressamente na Lei n.º 8.666/1993 dentre os requisitos para a qualificação econômico-financeira a apresentação da mencionada certidão, tal não enseja a conclusão de que é ilegal sua exigência, pois o instituto da recuperação judicial é fruto de inovação legislativa posterior à edição da Lei Geral de Licitação.

Explico:

A Lei n.º 8.666/1993, em seu art. 31, dispõe sobre os documentos relativos à qualificação econômico-financeira a ser exigida, dentre os quais se destaca o constante do inciso II:

> Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
> II - **certidão negativa** de falência ou **concordata** expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

Como dito, quando da edição da Lei Geral de Licitações, não havia o instituto da recuperação judicial, a qual somente adentrou ao ordenamento jurídico com a edição da Lei n.º 11.101/2005, contudo, tal instituto teve por escopo substituir a concordata, a qual não possui mais substrato normativo a sustentá-la.

Ora, tendo a recuperação judicial substituído a concordata, de rigor se faz uma releitura do mencionado art. 31, inc. II, para que, onde se lê "concordata" leia-se "recuperação judicial", afinal o ordenamento jurídico demanda que se faça sempre uma interpretação teleológica e sistemática de suas disposições normativas com a finalidade de que estas permaneçam harmônicas entre si.

Assim, tendo o instituto da concordata sido substituído pelo da recuperação judicial, nada mais salutar entender que o mencionado dispositivo da Lei de Licitações que exigia certidão negativa de concordata deve ser relacionado a necessidade de exigência de certidão negativa de recuperação judicial.

Neste sentido é a lição de Marçal Justen Filho, a qual foi transcrita no parecer ministerial e peço vênia para aqui reproduzi-la:

> "A Lei erigiu alguns fatos externos como indícios de ausência de qualificação econômico-financeira. Envolvem a existência de processos judiciais versando sobre exigência de dívidas não satisfeitas. Anote-se que a normatização da insolvência das pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividade empresarial passou a ser disciplinada pela Lei n° 11.101/2005, que revogou o antigo Dec-lei n° 7.661. **Portanto, as disposições da Lei no 8.666 devem ser adaptadas ao regime da atual Lei de Falências. Assim, por exemplo, as referências a "concordata" devem ser interpretadas como referidas à recuperação judicial.**" (Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativo. Dialética. São Paulo: 2012, pp. 544, 545 e 546)

O referido entendimento doutrinário encontra respaldo no âmbito do Tribunal de Contas da União, ou seja, para a Corte de Contas é plenamente exigível a certidão negativa de recuperação judicial, senão observe-se:

> **ACÓRDÃO 1.214/2013, Rel. Aroldo Cedraz, Data da Sessão: 22/05/2013:**
> VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan, com o objetivo de apresentar propostas de melhorias nos procedimentos de contratação e execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal.
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:
> […]
> 9.1.10 **sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados:**
> [...]

> 9.1.10.4 **apresentação de certidão negativa de feitos sobre** falência, **recuperação judicial** ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante.
> […]
>
> **VOTO**
>
> 55. **A esse respeito, o Tribunal já analisou situação semelhante no âmbito do TC 025.770/2009-7. Naquela oportunidade questionou-se exigência de certidão negativa de recuperação judicial e de recuperação extrajudicial. O Tribunal entendeu legítima essa exigência, pois conforme apontado pelo Ministro André Luis de Carvalho, relator daquele processo, tal certidão "substitui a certidão negativa da antiga concordata em situações surgidas após a edição da lei"** (item 24 do voto). Ressalte-se, ainda, que em outras situações o Tribunal se deparou com requisito semelhante e não fez qualquer restrição a respeito (Acórdãos 1.979/2006, 601/2011, 2.247/2011, 2.956/2011, todos do Plenário). Portanto, não vejo óbices para que tal exigência seja feita.

No mesmo sentido, cite-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

> TJ-DF - 07034270220178070000 DF 0703427-02.2017.8.07.0000 (TJ-DF)
> **Órgão Julgador: 6ª Câmara Cível**
> **Data de publicação: 13/07/2017**
> Relator: Des. Esdras Neves
> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. **RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LICITAÇÃO.** PODER PÚBLICO. **DISPENSA DA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS. IMPOSSIBILIDADE**. **Incabível a dispensa da apresentação de certidões negativas de débitos, para a habilitação em pregão eletrônico com autarquia federal, em razão do disposto no artigo 52 , inciso II, da Lei nº 11.101 /2005, segundo o qual a dispensa da apresentação de certidões negativas das empresas em recuperação judicial não alcança a contratação com o Poder Público.**

Ademais, a exigibilidade de certidão negativa de recuperação judicial pode ser extraída da própria Lei de Recuperações e Falências, pois esta, em seu art. 52, inc. II, é expressa em ressalvar as contratações com o poder público da desnecessidade de apresentação de certidões negativas, *verbis:*

> Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:
> II – **determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios**, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

Portanto, mostra-se incabível a alegada ofensa ao princípio da legalidade ao se exigir a certidão negativa de recuperação judicial como requisito econômico-financeiro para fins de habilitação em procedimento licitatório.

Acerca da alegada impossibilidade de se modificar o ato que declarou a habilitação da impetrante nos autos do certame licitatório supramencionado, tem-se que tal argumentação não encontra respaldo na legislação de regência do procedimento licitatório e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Em relação à legislação aplicável, o art. 43, § 5º, da Lei n.º 8.666/93, traz as circunstâncias em que poderá ocorrer desclassificação do concorrente por motivo relacionado com a habilitação mesmo após o encerramento desta fase, *verbis:*

> **LEI N.º 8.666/93, DE 21 DE JUNHO DE 1993**
> **Art. 43.** [...]
> **§ 5º Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.** [GRIFAMOS]

Ora, a situação fática sob análise se amolda especificamente ao retrotranscrito comando normativo, afinal o fato que deu ensejo a exclusão da ora impetrante – pedido de recuperação judicial – somente se tornou conhecido após a finalização da fase de habilitação, através de recursos interpostos por outras participantes do certame em face da prolação do resultado decorrente da abertura dos envelopes das propostas, fase posterior à habilitação.

Além disso, em relação à possibilidade de se rever a decisão de habilitação em sede de licitação, esta submete-se ao prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no art. 54 da Lei n.º 9.784/99, o qual também não transcorreu na espécie.

Sobre a higidez da decisão que excluiu a impetrante, tem-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. **LICITAÇÃO.** CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO. **ANULAÇÃO DO ATO DE HOMOLOGAÇÃO DA CONCORRÊNCIA E ADJUDICAÇÃO DE SEU OBJETO.** DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA CONFIGURADA. PRECEDENTES. LIMINAR CONFIRMADA. PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL.
>
> 1. Mandado de segurança contra ato do Ministro das Comunicações, consubstanciado na anulação do ato de homologação da Concorrência 139/2001-SSR/MC e adjudicação de seu objeto em relação à impetrante.
>
> 2. **Esta Corte Superior já se manifestou no sentido de que a Administração Pública não pode rever a decisão que habilitou licitante em processo licitatório após o prazo decadencial de 05 (cinco) anos, inteligência dos arts. 43, § 5º, da Lei 8.666/93 e 54, *caput*, da Lei 9.784/99, assim, a Administração encontra-se autorizada a rever conclusão tomada na fase de habilitação de processo licitatório, desde que o faça dentro do prazo decadencial de 05 (cinco) anos. Precedentes.**
>
> 3. Segurança concedida.

(MS 18.745/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/02/2015, DJe 05/03/2015)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTRO DE ESTADO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO SONORA. **ANULAÇÃO DO ATO QUE DECLAROU A HABILITAÇÃO DO LICITANTE. FASE POSTERIOR AO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL.** EXIGÊNCIA LEGÍTIMA. VINCULAÇÃO AO EDITAL. NÃO SUJEIÇÃO AO FISCO ESTADUAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO NO MOMENTO ADEQUADO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Discute-se no *mandamus* a legalidade do ato do Ministro de Estado das Comunicações que, após o julgamento das propostas, reconheceu a irregularidade fiscal da licitante vencedora, anulando o ato da Comissão de Licitação que a declarou habilitada para o certame, determinando a adjudicação do objeto licitado à concorrente seguinte na ordem de classificação.

2. O prazo para a revisão dos atos praticados pela Comissão Licitante inicia-se após o encerramento dos trabalhos por ela conduzidos, não se computando o período de tramitação dos recursos administrativos eventualmente interpostos. Precedente: MS 18.615/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 19.10.12.

3. Na espécie, o julgamento das propostas foi publicado no Diário Oficial da União em 27.5.05, tendo o ato que anulou a habilitação da impetrante sido divulgado em 22.12.08, isto é, dentro do prazo de cinco anos a que alude o art. 54 da Lei 9.784/99.

4. É legítima a exigência administrativa de que seja apresentada a comprovação de regularidade fiscal por meio de certidões emitidas pelos órgãos competentes e dentro do prazo de validade.

5. A simples referência à imunidade das sociedades prestadoras do serviço de radiodifusão sonora de recepção livre e gratuita ao ICMS, por si só, não altera a obrigatoriedade

> de apresentação da CND estadual, quando não é comprovado, na fase de habilitação, que o licitante não se sujeita a qualquer tributação realizada pelo Estado.
> 6. **A norma contida no art. 43, § 5º, da Lei 8.666/93 - que impede a desclassificação do licitante após a fase de habilitação - deve ser interpretada em consonância com o disposto no art. 49 do mesmo normativo, cedendo ao princípio da autotutela da administração pública. É dever da autoridade administrativa zelar pela lisura da licitação, anulando os atos que estiverem em desacordo com a lei.**
> 7. Segurança denegada.
> (MS 14.899/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 01/02/2013)

Portanto, não há que se falar em violação ao ato jurídico perfeito no ato de exclusão da impetrante do certame licitatório ora em análise.

Por fim, há de se analisar a alegação de que o STJ e Tribunais Estaduais possuem entendimento atual de que a recuperação judicial não pode servir por si só para exclusão de empresas de certame licitatório, mormente nos casos como o da impetrante em que sua receita é de verba 100% (cem por cento) pública.

Sobre a alegação de que a receita da impetrante é decorrente exclusivamente de contratos licitatórios, tem-se que tal circunstância não se encontra demonstrada nos autos, afinal, o objeto social da impetrante não engloba somente a realização de obras públicas, ao contrário, engloba toda e qualquer obra de construção civil, senão observe-se (fl. 22):

> "- Do objeto social:
> Os objetivos desta sociedade são **toda e qualquer obra de construção civil**; construções viárias; **construção de açudes e barragens**; construção de estruturas e obras de arte; urbanização; saneamento básico; concretagem de estruturas, armações de ferro, formas para concreto e escoramento; terraplanagem pavimentação de estradas e vias urbanas; drenagem e aterro hidráulico; coleta de lixo e limpeza pública; **locação de máquinas, equipamentos e veículos, serviços de instalações elétricas, hidráulicas e hidro-sanitárias**, gerenciamento e execução de aterro sanitário, dragagem em leito de rio e paisagismo."

Ressalte-se que a ausência de exclusividade também é reiterada tanto na exordial deste *mandamus* (vide fl. 3) quanto na do pedido de recuperação judicial (fl. 192) quando a impetrante afirma que "*já finalizou inúmeras obras, tanto para a iniciativa privada quanto para a pública*".

Deste modo, não havendo comprovação nos autos deste mandado de segurança de que a renda obtida pela impetrante é decorrente exclusivamente de contratos com a Administração Pública, não há de se aplicar a *ratio decidendi* do precedente indicado pela mesma - AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 23.499/RS, STJ – pois, neste processo analisado pela Corte Superior, a situação fática analisada envolvia empresa que havia "*focado sua atividade empresarial em contratos com os entes públicos, constituindo-se em 100% de sua fonte de receitas*", o que não cuidou de demonstrar a impetrante nestes autos.

O mesmo há que se falar do julgado da Corte Superior transcrito sem a indicação do número correspondente ao processo pela impetrante às fls. 10/11, pois a temática lá tratada – recebimento pelos serviços prestados ainda que em situação de irregularidade fiscal – em muito diverge da destes autos (exclusão de participação em certame licitatório em razão da impetrante estar em recuperação judicial), senão observe-se com a transcrição da ementa colacionada pela impetrante:

> "4. **Na hipótese, é de se ressaltar que os serviços contratados já foram efetivamente prestados pela ora recorrida e, portanto, a hipótese não trata de dispensa de licitação para contratar com o Poder Público ou para dar continuidade ao contrato existente, mas sim de pedido de recebimento dos valores pelos serviços efetiva e reconhecidamente prestados**, não havendo falar em negativa de vigência aos artigos 52 e 57 da Lei n. 11.101/2005. 5. Malgrado o descumprimento da cláusula de regularidade fiscal possa até ensejar, eventualmente e se for o caso, a rescisão do contrato, não poderá haver a retenção de pagamento dos valores devidos em razão de serviços já prestados. Isso porque nem o art. 87 da Lei n. 8.666/1993 nem o item 7.3. do Decreto n. 2.745/1998, preveem a retenção do pagamento pelo serviços prestados como sanção pelo alegado defeito comportamental."

Ademais, há outro óbice a que se vislumbre a violação a direito líquido e certo da impetrante no caso dos autos, qual seja, a circunstância de inexistir decisão concessiva da recuperação judicial no caso, eis que, pela documentação anexada e pelas razões expostas na exordial, à impetrante teve deferida tão somente o processamento da recuperação judicial, estando ainda pendente a análise do plano de recuperação pela assembleia de credores e, consequentemente da viabilidade da superação da crise vivida pela mesma.

Em relação às fases da recuperação judicial, tem-se as lições de Fabio Ulhôa Coelho:

> i. Na primeira, que se pode chamar de fase postulatória, o empresário individual ou a sociedade empresária em crise apresenta seu requerimento de benefício. Ela se inicia com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido. (art. 52, NLRF).
> ii. Na segunda fase, a que se pode referir como deliberativa, após a verificação do crédito (arts. 7º a 20, NLRF). Discute-se e aprova-se um plano de reorganização (art. 53, NLRF). Tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e conclui com a decisão concessiva do benefício (art. 58, NLRF).
> iii. A derradeira etapa do processo, chamada fase de execução. Compreende a fiscalização do plano aprovado. Começa com a decisão concessiva da recuperação judicial e termina com a sentença de encerramento do processo (art. 63, NLRF).

Ora, quando do deferimento do processamento da recuperação judicial, autoriza-se somente a tramitação do processo, não se avaliando neste momento se a crise enfrentada pela requerente é de superação viável, o que ocorrerá somente na fase deliberativa, após a aprovação do plano e quando serão efetivados os atos tendentes a superar a situação de crise.

Ressalte-se que não se desconhece o grande estímulo à economia decorrente de contratações públicas, contudo, há de se rememorar também que um dos objetivos principais do procedimento licitatório é manter a

continuidade da atividade administrativa, o que por certo restaria abalada se se permitisse que empresa que, não obstante lhe tenha sido deferido pedido de processamento de recuperação judicial, ainda tem pendente a fase deliberativa de sua recuperação judicial e a consequente análise da viabilidade da superação da crise, haja vista a ausência de aprovação do plano de recuperação até a impetração da ordem e, por conseguinte, até o momento em que excluída do certame licitatório objeto de análise nestes autos.

Saliente-se, ademais, que escol da doutrina aponta para a presunção de insolvência da pessoa que requer a recuperação judicial, senão veja-se:

> A recuperação judicial (e extrajudicial), mecanismo introduzido em substituição à antiga concordata, desperta a atenção. Deve-se ter em vista que a recuperação judicial não é um novo nome para o mesmo instituto. Suas finalidades e seu regime jurídico são distintos dos da antiga concordata. No entanto, afigura-se que o entendimento dos efeitos da concordata sobre a contratação administrativa deverá ser aplicado à recuperação judicial.
> **Em primeiro lugar, mantém-se a presunção de insolvência relativa ao sujeito que pleiteia a recuperação judicial. Esse é o aspecto fundamental, que conduz à inviabilização da contratação administrativa. Esse é o fundamento pelo qual se reputa que também a recuperação extrajudicial se traduz em impedimento à habilitação para participar em licitação."** (JUSTEN FILHO, MARÇAL. Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativo. Dialética. São Paulo: 2012, pp. 544, 545 e 546)

Por conseguinte, não tendo havido sequer o acolhimento judicial do plano de recuperação apresentado pela empresa em sede de recuperação judicial, não restou demonstrado a viabilidade econômica de sua reedificação, oportunidade não se vislumbra violação a direito líquido e certo da impetrante em decorrência do ato que a excluiu da Concorrência Pública nº 20140006/SEINFRA/CC.

Diante do exposto, voto pela denegação da segurança.
É como voto.

Fortaleza, 07 de dezembro de 2017.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

PROCESSO Nº 0000297-19.2004.8.06.0165
APELAÇÃO CRIMINAL
APELANTE: JOSE EDMAR DE CASTRO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. CORRUPÇÃO DE MENORES. *ABOLITIO CRIMINIS*. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA A SER RECONHECIDA DE OFÍCIO.

1. Apelante José Edmar de Castro condenado à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, pelo cometimento do crime de corrupção de menores.

2. De início, destaco a existência de questão prejudicial a ser reconhecida de ofício, pois, em 2009, com o advento da Lei 12.015/2009, que alterou o Título VI da Parte Especial, do Código Penal, a redação do art. 218 foi modificada, passando a punir aquele que induz menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem.

3. Percebe-se, desta forma, que a corrupção sexual de menores com idade entre 14 (catorze) e 18 (dezoito) anos, nos moldes da antiga redação do art. 218, deixou de ser protegida pelo Direito Penal, vez que não mais existe no estatuto repressor.

4. Importa ressaltar que o tipo contido no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, também denominado "corrupção de menores", traz em seu teor a vontade do legislador de proteger o menor da iniciação na "vida criminosa", já que pune aquele que comete infração na companhia de adolescente ou o induz a cometê-la, não tendo, pois, qualquer conotação sexual.

5. Assim, tendo em vista que a lei penal, quando mais benéfica ao réu, deve retroagir, não resta outra alternativa senão concluir pela *abolitio criminis* no caso em comento.

RECURSO PREJUDICADO, COM A DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DE JOSÉ EDMAR DE CASTRO, EM VIRTUDE DE *ABOLITIO CRIMINIS*.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 0000297-19.2004.8.06.0165, 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 julgar prejudicado o recurso e, de ofício, extinguir a punibilidade do réu José Edmar de Castro, em razão de *abolitio criminis*, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2015.

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra JOSE EDMAR DE CASTRO, devidamente qualificado na delatória, pela prática dos crimes previstos no art. 218 e 220 c/c 222 e 226, III do Código Penal.

Em aditamento, foi incluída a capitulação do art. 243 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Narra a acusação, em síntese, que no dia 21 de março de 2004, por volta das 21:00h, o réu, com o consentimento da adolescente Jocasta Araújo Duarte, retirou-a indevidamente da esfera de proteção jurídica de seus pais.

Em 07/04/2004, o acusado repetiu o procedimento, contra a vontade dos pais da garota, vindo inclusive a coabitar com a mesma por longo período na cidade de Fortaleza.

Diz a delatória, que o acusado aproveitava para praticar atos libidinosos com a adolescente, prometendo trocar a esposa por ela.

Na peça que aditou a denúncia, o *Parquet* afirma que ficou constatado, ainda, que o réu, durante seus encontros com a jovem, tinha o costume de oferecê-la bebidas alcoólicas.

Denúncia e aditamento recebidos em 13 de junho de 2005, como bem se observa à fl. 51 dos autos.

Finda a instrução do feito, sobreveio sentença de fls. 183/189, datada de 22/04/2007, por meio da qual foi julgado parcialmente procedente o pedido constante na denúncia, para condenar o réu José Edmar de Castro, nas sanções do art. 218 c/c art. 71, do Código Penal.

O magistrado de primeiro grau fixou a pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão para o crime de corrupção de menores, a serem cumpridos em regime inicialmente aberto.

Posteriormente, a reprimenda foi convertida em duas penas restritivas de direitos (prestação pecuniária de 10 salários-mínimos e prestação de serviços à comunidade).

Razões recursais apresentadas pelo apelante (fls. 226/231), requerendo a diminuição do valor pecuniário imposto em sede de sentença, ante a sua incapacidade financeira.

Contrarrazões às fls. 232/233.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 249/252, datado de 03 de maio de 2011, opinando pelo conhecimento do recurso, para dar-lhe improvimento.

Os autos vieram-me conclusos em 12/12/2013 (fl. 260).

É o relatório.

À Douta Revisão.

Fortaleza, 14 de outubro de 2014.

VOTO

DO RECONHECIMENTO DE QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA

De início, destaco a existência de questão prejudicial a ser reconhecida de ofício:

Compulsando os autos, vê-se que o recorrente foi condenado, em 1ª instância, pela prática do delito de corrupção de menores, disposto no art. 218, Código Penal, tendo a vítima, quando do cometimento do crime, 16 (dezesseis) anos de idade.

Importa ressaltar que, à época do fato e da condenação, estava vigente a seguinte redação do artigo 218, Código Penal:

> Art. 218 - **Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:**
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Percebe-se, pela leitura do dispositivo, que o legislador, quando da elaboração da norma, buscou punir aquele que corrompesse pessoa com idade entre 14 (catorze) e 18 (dezoito) anos, praticando ato de libidinagem ou induzindo o menor a praticar ou presenciar tais atos.

Em 2009, com o advento da Lei 12.015/2009, que alterou o Título VI da Parte Especial, do Código Penal, a redação do art. 218 foi modificada, passando a conter o seguinte teor:

> Corrupção de Menores
>
> Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos

Vê-se, pois, que o sujeito passivo do delito passou a ser o menor de 14 (catorze) anos, quando induzido a satisfazer a lascívia de outrem.

Neste sentido, ressalta Rogério Greco[1]:

> A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, dando nova redação ao art. 218 do Código Penal, passou a entender como corrupção

1 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Vol. 2, 10ª edição, 2013, Impetus, p. 547/548

> de menores o fato de induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem.
> (...)
> **Inicialmente, vale ressaltar que, em sua redação original, o art. 218 do Código Penal entendia como delito de corrupção de menores a conduta de corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) anos e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou a presenciá-lo. A nova redação constante do art. 218 do Código Penal mudou significativamente seus elementos, uma vez que o tipo penal prevê o delito de corrupção de menores quando o agente induz alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem.**
> De acordo com a redação legal, podemos apontar os seguintes elementos que integram a mencionada figura típica: a) a conduta de induzir alguém; b) com a finalidade de satisfazer lascívia de outrem.

Pois bem, percebe-se, desta forma, que a corrupção sexual de menores de 18 (dezoito) anos e maiores de 14 (catorze) anos, nos moldes da antiga redação do art. 218, deixou de ser protegida pelo Direito Penal, vez que não mais existe no estatuto repressor.

Assim, operou-se verdadeira *abolitio criminis*, já que inexiste crime que contemple a conduta de praticar ato de libidinagem com pessoa entre 14 (catorze) e 18 (dezoito) anos, com seu consentimento, sem existir intenção de favorecimento à prostituição.

Importa ressaltar que o tipo contido no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, também denominado de "corrupção de menores", traz em seu teor a vontade do legislador de proteger o menor da iniciação na "vida criminosa", já que pune aquele que comete infração na companhia de adolescente ou o induz a cometê-la, não tendo, pois, qualquer conotação sexual.

Corroborando com este entendimento, veja-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE CORRUPÇAO DE MENORES. ART. 218 DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PRATICADA ANTERIORMENTE À ALTERAÇAO PROMOVIDA PELA LEI N.º 12.015/09. VÍTIMA MAIOR DE 14 (QUATORZE) E MENOR DE 18 (DEZOITO) ANOS. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. ARTS. 2.º E 107, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇAO DA PUNIBILIDADE PELA RETROATIVIDADE DE LEI QUE NAO MAIS CONSIDERA O FATO COMO CRIMINOSO. RECURSO PROVIDO.

1. A Lei n.º 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou, em profundidade, os crimes de corrupção de menores, previstos no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ela ainda revogou, expressamente, a Lei n.º 2.252/1954, que também tratava desse instituto.

2. O art. 218 do Código Penal visa evitar a mácula sexual daqueles em processo de desenvolvimento, definindo corrupção de menores como a conduta de "induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem".

3. O art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, tem o escopo de proteger a formação moral, punindo quem "corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la", para evitar sua incursão no mundo da criminalidade.

4. Nesse contexto, verifica-se uma lacuna legislativa, em consonância com a nova sistemática para a delicada questão da tutela da dignidade sexual dos menores, no caso da prática consentida de conjunção carnal ou ato de libidinagem com adolescente maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos, que não esteja inserido em um contexto de favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual, como é o caso dos autos.

5. Recurso provido para absolver o Réu, com fundamento nos arts. 2.º e 107, inciso III, do Código Penal.

(REsp 1218392/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012)

> **EMENTA: *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. CORRUPÇÃO DE MENORES. ART. 218, DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PRATICADA ANTERIORMENTE À ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N.º 12.015/09. VÍTIMA MAIOR DE 14 (QUATORZE) E MENOR DE 18 (DEZOITO) ANOS. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. ARTS. 2.º E 107, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA RETROATIVIDADE DE LEI QUE NÃO MAIS CONSIDERA O FATO COMO CRIMINOSO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**
>
> 1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do *habeas corpus* e não mais o admitem como substitutivo de outros recursos e nem sequer para as revisões criminais. **2. Com a publicação da Lei nº 12.015/09, esta Corte Superior de Justiça firmou orientação no sentido de que a corrupção sexual de maiores de 14 (quatorze) anos e menores de 18 (dezoito) anos deixou de ser tipificada no Estatuto Repressivo, operando-se em relação à conduta verdadeira *abolitio criminis*, como é o caso dos autos.** 3. *Habeas corpus* não conhecido por ser substitutivo do recurso cabível. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta e trancar a Ação Penal nº 35627-87.2010.809.0099 (201000356277).
>
> (STJ - HC: 273582 GO 2013/0222402-0, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 17/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2013)

Assim, tendo em vista que a lei penal, quando mais benéfica ao réu, deve retroagir, não resta outra alternativa senão concluir pela *abolitio criminis* no caso em comento.

Em consonância com este entendimento, veja-se:

> **EMENTA: (...) CORRUPÇÃO SEXUAL DE MENOR (ARTIGO 218 NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009). ALEGADA *ABOLITIO CRIMINIS*. CRIME QUE DEIXOU DE SER TIPIFICADO NA LEGISLAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO NO ARTIGO 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO**

ADOLESCENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO PACIENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. O artigo 218 do Código Penal, com a redação anterior à Lei 12.015/2009, punia a conduta daquele que corrompe ou facilita a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou a presenciá-lo. 2. Com o advento da Lei 12.015/2009, referido dispositivo legal passou a incriminar a conduta de quem induz menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem, sendo que no artigo 218-A passou-se a punir quem pratica, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou o induz a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer a lascívia de outrem. 3. Como se pode ver, com a reforma empreendida pela Lei 12.015/2009, a corrupção sexual de maiores de 14 (catorze) anos e menores de 18 (dezoito) deixou de ser tipificada no Código Penal, operando-se verdadeira *abolitio criminis*. 4. Não se pode afirmar que a conduta incriminada no antigo artigo 218 do Código Penal continuou sendo tipificada na legislação penal, agora no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois o ilícito previsto na Lei 8.069/1990 corresponde ao que estava disposto na Lei 2.252/1954, agora revogada, não trazendo em seu conteúdo qualquer conotação sexual. Precedentes. 5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para extinguir a punibilidade do paciente quanto ao delito de corrupção sexual de menor, mantendo-se, no mais, as conclusões do aresto objurgado.**

(STJ , Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 02/05/2013, T5 - QUINTA TURMA)

Isto posto, com fundamento no art. 107, inciso III, do Código Penal, torno extinta a punibilidade do réu JOSÉ EDMAR DE CASTRO, pela aplicação retroativa da Lei n.º 12.015/2009.

É como voto.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2015.

PROCESSO: 0001096-46.2000.8.06.0054 - APELAÇÃO
APTE/APDO: ANTÔNIO CEZAR DA SILVA E POSCINA BEZERRA LEITE
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 121, § 2º, II E IV, C/C § 1º, DO CPB. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL E APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA PELA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. APELO DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO NÃO PROVIDO. RECURSO DA DEFESA PROVIDO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA RECONHECIDA DE OFÍCIO.
1. A ausência de fundamentação na análise das circunstâncias judiciais impõe a fixação da pena-base no mínimo legal e, consequentemente, a aplicação da fração máxima de redução da pena pelo reconhecimento do homicídio privilegiado.
2. Recurso da assistente de acusação improvido.
3. Apelo da defesa provido, reconhecida de ofício a prescrição retroativa para declarar extinta a punibilidade do acusado.

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 dos recursos, para negar provimento ao apelo da assistente de acusação e dar provimento à

apelação da defesa, reduzindo a pena aplicada ao acusado de 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão para 8 (oito) anos de reclusão, reconhecendo, de ofício, a prescrição retroativa para declarar extinta a punibilidade do acusado, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações Criminais interpostas por POSCINA BEZERRA LEITE, na qualidade de assistente de Acusação, e por ANTÔNIO CEZAR DA SILVA contra a sentença de fls. 547/549.

Insurge-se o ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO contra a ausência da análise das circunstâncias judicias que levaram à aplicação da pena-base no patamar adotado, assim como da fração de redução da pena. Alega que a ausência de motivação torna nula a sentença.

Requereu o provimento do apelo objetivando a anulação da sentença atacada para que outra seja prolatada com a devida fundamentação e o consequente aumento da pena do recorrido.

Nas razões recursais de fls. 584/595 o apelante ANTÔNIO CEZAR DA SILVA aduz que a condenação foi injusta, pois contrariou as provas produzidas durante a instrução. Alega que as penas impostas foram desproporcionais à análise das circunstâncias judicias.

Requereu o acolhimento do apelo para fixar a pena-base no mínimo legal e aplicar a fração máxima prevista para a causa de diminuição da pena.

Contrarrazões às fls. 600/604 e 607.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 624/630 pelo conhecimento e não provimento dos recursos.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

A materialidade e a autoria do crime são incontroversas, cingindo-se o mérito dos apelos à análise da dosimetria da pena.

Relativamente ao *quantum* da pena aplicada, cumpre pontuar que a dosimetria da pena não obedece a uma regra matemática rígida, mas se trata de uma operação realizada com base em elementos concretos dos autos, levada a efeito com certa discricionariedade, ainda que vinculada ao princípio do livre convencimento motivado do julgador, de forma que cada uma das circunstâncias individualmente valoradas pode ter maior ou menor influência no cômputo da pena.

Contudo, constata-se que a dosimetria levada a efeito na sentença guerreada não possui fundamentação suficiente para a fixação da pena-base acima do mínimo legal cominado para o delito. Na primeira fase dosimétrica o juiz singular limitou-se a indicar de forma genérica as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, sem analisá-las adequadamente, com base em elementos concretos dos autos.

Porém, apesar de concluir que as circunstâncias judiciais examinadas em sua maioria favorecem ao acusado, o magistrado de piso fixou a pena-base em 18 (dezoito) anos de reclusão.

Assim, não havendo nenhuma circunstância judicial adequadamente fundamentada, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal, conforme ilustram os arestos abaixo colacionados:

> "2. A dosimetria envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-la em sede de *habeas corpus*. **Na espécie, o magistrado não arrolou elementos concretos no tocante às circunstâncias judiciais que considerou negativas, sendo, de rigor, a redução da pena-base.**
> *(Omissis)*
> 5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal, tornando a reprimenda definitiva em 10 (dez) meses de reclusão, mais 8 (oito) dias-multa, e estabelecer o regime inicial semiaberto." (HC 311877/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 02/03/2015) *(negritei)*

> "Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas,

> desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, com relação às circunstâncias do delito. Precedentes." (HC 229260/GO, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/08/2013)
>
> "A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal exige fundamentação baseada em elementos concretos dos autos, sendo indevida a utilização de argumentos vagos ou genéricos, sem relação direta com a hipótese em apreço." (AgRg no HC 212174/PE, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 22/08/2013)

In casu, a ausência de fundamentação idônea a ensejar a fixação da pena-base do recorrente em 18 (dezoito) anos de reclusão impõe sua redução para o mínimo legal de 12 (doze) anos de reclusão cominado para o crime de homicídio qualificado.

Na segunda fase da dosimetria, dada a ausência de atenuantes ou agravantes, deve ser mantida a pena acima redimensionada de 12 (doze) anos de reclusão.

Na terceira fase, ante a causa de diminuição da pena pelo reconhecimento do homicídio privilegiado, verifico que a adoção da fração de 1/4 (um quarto) encontra-se igualmente desprovida de qualquer fundamentação.

Por conseguinte, inexistindo fundamentação para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, como acima visto, e ante a ausência de outras agravantes ou causas de aumento da pena, deve ser observada a fração máxima de 1/3 (um terço) prevista no § 1º do art. 121 do Código Penal.

Tanto em relação à pena-base quanto à diminuição da pena pelo homicídio privilegiado, oportuno colacionar o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso Especial. Direito Penal. Homicídio privilegiado. Fixação da pena. Conjunto das circunstâncias judiciais favoráveis ao réu. Pena-base. Mínimo. Causa de diminuição. Fração. Máxima.

> É imperiosa a fixação da pena-base no mínimo legal na hipótese de o conjunto das circunstâncias judiciais ser considerado integralmente favorável ao réu. Precedentes.
> A fração da causa de diminuição da pena decorrente do reconhecimento pelo Júri do homicídio privilegiado deve seguir a proporcionalidade da pena-base, fixando-a no máximo: 1/3 (um terço), em consideração ao reconhecimento favorável das circunstâncias judiciais.
> Recurso provido.
> (REsp 418472/MA, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJe 29/09/2008)

Assim, sobre a pena intermediária redimensionada de 12 (doze) anos de reclusão incide a fração redutora de 1/3 (um terço), resultando a pena definitiva redimensionada do apelante no total de 8 (oito) anos de reclusão.

Consequentemente, considerando o *quantum* da pena privativa de liberdade acima redimensionada, verifico que entre a data do recebimento de denúncia (11/10/1995 – fls. 54) até a data de publicação da sentença vergastada, ocorrida em plenário (20/11/2013 – fls. 551/553), transcorreu interregno superior ao prazo prescricional de 12 (doze) anos determinado no art. 109, III do CPB, ensejando a prescrição, nos moldes do art. 107, IV, do Código Penal Brasileiro, na modalidade retroativa.

Esvaiu-se, portanto, pelo decurso do tempo, a pretensão punitiva estatal em face da prescrição, a qual deve ser tão somente declarada, de vez que qualquer outra solução, a não ser unicamente esta, seria totalmente ineficaz no plano jurídico processual, além do que subverteria a ordem jurídica posta.

Isso posto, conheço dos recursos para negar provimento ao apelo da assistente de acusação e dar provimento à apelação da defesa, reduzindo a pena do acusado de 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão para 8 (oito) anos de reclusão, reconhecendo, de ofício, a prescrição retroativa para declarar extinta a punibilidade do acusado.

É como voto.

Fortaleza, 20 de junho de 2017.

PROCESSO: 0010194-12.2014.8.06.0136 - APELAÇÃO
APELANTE: ILITON DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 231 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1 – A atenuante da confissão espontânea do agente, não obstante ter sido reconhecida pelo Juízo monocrático, não foi aplicada na segunda fase da dosimetria da pena, em respeito à vedação contida na Súmula n. 231 do STJ, que reza: "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

2 - Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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, conhecer do apelo, para lhe negar provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 21 de março de 2018.

RELATÓRIO

Apelação interposta por Iliton da Silva, contra sentença da lavra do Juízo da 2ª Vara da Comarca de Pacajus (fls. 175-178), que o condenou à pena de 1 ano de detenção, em regime inicial aberto, pela prática do crime previsto no art. 12, da Lei nº 10.826/03, substituída a pena corporal por restritivas de direitos.

Neste recurso, a Defesa afirma (fls. 300-305) que o recorrente, por ter confessado a prática delituosa, faz jus à atenuante prevista no art. 65, alínea "d", III do Código Penal, aduzindo que inexiste "qualquer determinação que excepcione a sua aplicação aos casos em que a pena base tenha sido fixada acima do mínimo legal".

O Ministério Público ofertou contrarrazões às fls. 313-320, onde se impugnam as alegações do apelante e pede-se para que seja mantida a sentença recorrida.

Em parecer de fls. 322-325, a douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso.

Fortaleza, CE, 21 de março de 2018.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, há de se dizer, de logo, que o recurso foi interposto tempestivamente, sendo cabível na espécie, daí merecer o pretendido conhecimento.

O apelante pretende, em essência, a redução de sua pena-base aquém do mínimo legal, pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP).

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 1 ano de detenção, como incurso no art. 12, da Lei nº 10.826/03.

É assente no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte de Justiça que a fixação da pena privativa de liberdade no seu mínimo legal, impede seja

considerado qualquer efeito jurídico resultante da incidência de atenuante para autorizar sua diminuição aquém daquele patamar.

No caso dos autos, por ocasião da segunda da fase da operação dosimétrica, a confissão do réu não foi desprezada pelo magistrado sentenciante, entretanto, não tem ela o condão de reduzir a pena base aquém do mínimo legal.

Neste sentido é o Enunciado Sumular nº. 231 do Superior Tribunal de Justiça, que reza: "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Sobre o tema colhem-se inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. DOSIMETRIA. CONCURSO ENTRE ATENUANTE E AGRAVANTE DE PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE A PATAMAR AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 231/STJ. PRESCRIÇÃO PENAL. DECURSO DO LAPSO DE TEMPO ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS. NÃO OCORRÊNCIA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.
>
> 1. O Tribunal estadual alinhou-se à jurisprudência pacífica deste Sodalício ao refutar a pretensão de redução da pena-base a patamar aquém do mínimo abstratamente previsto para o delito de estelionato, em obediência ao disposto no enunciado da Súmula n. 231 deste Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".
>
> 2. Não há que se falar em ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal se não decorreu o lapso prescricional, consoante o disposto no art. 109, inciso V, c/c art. 110, § 1º, do Código Penal, seja entre o recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença condenatória, seja entre este último marco interruptivo da prescrição e a presente data.
>
> 3. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no REsp 1663854/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017)

> PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2°, I E II, (POR DUAS VEZES), NA FORMA DO ART. 70, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. SÚMULA N. 231 DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. ELEMENTO CONCRETO. ADEQUAÇÃO. *WRIT* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DENEGADA.
>
> 1. A presente ação constitucional não se reveste do indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir, no tocante ao pleito de reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, tendo em vista a ausência de reflexo na dosimetria, eis que a pena-base, já fixada no mínimo legal, não pode ser reduzida aquém do referido patamar, diante da Súmula n. 231 desta Corte.
>
> 2. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elemento concreto (a empreitada criminosa envolveu quatro agentes, portando uma arma de fogo, sendo o roubo praticado contra duas vítimas), a despeito desse não ter sido empregado na fixação da pena-base.
>
> 3. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, ordem denegada.
>
> (HC 388.357/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 30/05/2017)

Dessa forma, impossível a incidência da atenuante da confissão espontânea na hipótese em que a pena-base foi aplicada no patamar mínimo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Fortaleza, 21 de março de 2018.

PROCESSO: 0019463-68.2009.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
APELADO: CARLOS HENRIQUE DA SILVA BRITO
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 157, § 2º, II, DO CPB. ROUBO MAJORADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVA JUDICIALIZADA. DEPOIMENTO EXTRAJUDICIAL DA VÍTIMA CORROBORADO PELA PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA EM JUÍZO. PRECEDENTES. APELO PROVIDO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO PARA CUMPRIMENTO IMEDIATO DA PENA CONFORME ENTENDIMENTO DO STF.

1. A materialidade e a autoria do crime restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. As declarações da vítima na fase inquisitorial foram corroboradas pela prova testemunhal produzida em Juízo.

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a existência de provas colhidas em juízo, sob o crivo do contraditório, que corroborem a veracidade dos elementos produzidos extrajudicialmente, sustentando a versão apresentada pela acusação, é suficiente para autorizar a manutenção da integridade do édito condenatório. (AgRg no HC 118761/MS).

3. Recurso a que se dá provimento.

4. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda

que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. (STF, HC 126292/SP).
5. Expedição de mandado de prisão para cumprimento imediato da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para lhe dar provimento, reformando a sentença objurgada para condenar o apelado pelo crime de roubo majorado e aplicar a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, determinando a e**xpedição de mandado de prisão para cumprimento imediato da pena**, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra a sentença de fls. 106/111, que o absolveu o recorrido da acusação pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Aduz o ente ministerial que as declarações prestadas pela vítima na fase inquisitorial foram corroboradas em Juízo pelos depoimentos das testemunhas oitivadas na instrução processual, que jurisdicionalizaram o teor daquelas declarações, que assim foram submetidas ao contraditório, restando observado o art. 155 do CPP.

Requereu a reforma da sentença atacada para condenar o acusado como incurso nas penas do art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

Contrarrazões às fls. 128/130.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 145/154 pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.
À douta revisão.

VOTO

A materialidade e a autoria do crime restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. A prova documental existente nos autos e as declarações da vítima prestadas em sede inquisitorial, corroboradas pela prova testemunhal produzida em Juízo, mostram-se hábeis para atestar a tese da acusação.

A materialidade do delito encontra-se comprovada através do Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 12, no qual consta discriminado a quantia de R$ 20,00 (vinte reais), apreendida por se achar vinculado ao fato delituoso, assim como no Termo de Restituição de fls. 19, através do qual foi restituído à vítima o numerário subtraído.

Relativamente à autoria, ao ser ouvida perante a autoridade policial a vítima Francisco Sarlon Rodrigues da Silva relatou às fls. 17/18:

> "(...) que hoje, por volta das 12h30min, ia passando pela Av. Borges de Melo – Fátima, nas proximidades da Rodoviária Engenheiro João Tomé; QUE estava usando um crachá da empresa São Benedito, onde está trabalhando como cobrador (…); QUE dois homens vinham em sentido contrário e um deles, no caso, CARLOS HENRIQUE DA SILVA BRITO, ao chegar próximo ao declarante, anunciou o assalto, ordenando que o declarante passasse o celular; QUE o declarante afirma que reagiu e entrou em luta corporal contra os homens, que rasgaram sua blusa e sua calça e conseguiram dominá-lo, roubando seus pertences (um IPhone de marca AIWA e a importância de R$ 420,00 – quatrocentos e vinte reais) e, ato contínuo, saíram correndo, entrando no Beco do Guga, onde o declarante reside; QUE ressalta que a importância em dinheiro que lhe foi subtraída é de propriedade da empresa São Benedito e estava indo fazer prestação de contas da viagem da qual chegou hoje às 06:00h; QUE, continuando, informa que após sofrer o roubo saiu correndo em perseguição aos

> assaltantes, enquanto repetia, gritando: 'pega ladrão!'; QUE informa o declarante que é conhecido naquele beco, já que mora ali e, em virtude disso, populares que ali estavam, ao ouvir seu pedido, saíram em perseguição àqueles homens; QUE um dos homens, no caso CARLOS HENRIQUE DA SILVA BRITO, foi capturado logo após pular o muro do quartel do Comando Geral da Polícia Militar, tendo sido capturado por um policial que estava de guarda; (…) QUE afirma o declarante que não tem qualquer dúvida em RECONHECER Carlos Henrique como realmente sendo um dos homens que o roubaram; QUE, não obstante, em poder de Carlos Henrique foi encontrada apenas a importância de R$ 20,00 (vinte reais) – que usaria para o troco – e estava separada num dos bolsos; QUE os demais R$ 400,00 (quatrocentos reais) e o aparelho celular foram levados pelo Lourinho do Ajax, o qual conseguiu se evadir; QUE ressalta ainda que restou bastante lesionado, muito machucado, em virtude de ter reagido ao assalto e entrado em luta corporal contra os dois homens."

Na fase inquisitorial foi tomado o depoimento do policial Carlos Henrique Ferreira Medina (fls. 09/10) que afirmou, em síntese, que no dia do fato se encontrava de serviço na guarda do Quartel do Comando Geral da Polícia Militar, ocasião em que viu populares perseguindo um homem, o qual, na tentativa de fugir, pulou o alambrado do quartel, sendo capturado pelo depoente. Relatou que a vítima, que estava sem camisa e com a calça comprida toda rasgada, declarou que aquele homem detido acabara de roubar seus pertences na companhia de um comparsa que conseguiu se evadir. Disse que diante dos fatos deu voz de prisão ao acusado e que após busca pessoal foi encontrada em seu poder a importância de R$ 20,00 (vinte reais) em notas miúdas, bem assim que a vítima afirmou que tal quantia era de sua propriedade, pois separara aquele valor para dar de troco. Afirmou ainda que a vítima não teve qualquer dúvida em reconhecer o acusado como sendo um dos homens que lhe roubaram.

Também foram ouvidos em sede inquisitorial as testemunhas Ricardo Chaves da Silva (fls. 13/14) e José Aurélio Alves Junior (fls. 15/16)

que, em síntese, relataram que no dia do fato se encontrava no Beco do Guga, onde residem, ocasião em que viram um indivíduo que conhecem pelo nome de Carlinhos passando correndo, na companhia de outro homem e, ato contínuo, viu quando a vítima, seu vizinho, todo lesionado e com as roupas rasgadas, corria atrás daqueles homens gritando "pega ladrão!". Afirmaram que diante da situação partiram em perseguição ao acusado e seu comparsa, assim como outros populares. Disseram que o acusado foi capturado ao pular o alambrado do Quartel do Comando Geral da Polícia Militar. Afirmaram que a vítima reconheceu, sem qualquer dúvida, o acusado como sendo um dos que o assaltaram.

Ao ser interrogado na Delegacia (fls. 20/21) e em Juízo (DVD) o acusado negou o cometimento do crime, afirmando que foi confundido pela vítima.

A vítima não compareceu perante o Juízo, tendo o representante do Ministério Público requerido a desistência de sua oitiva, o que foi deferido pelo juiz singular (fls. 91). Porém, durante a instrução processual foram novamente tomados os depoimentos do policial militar que efetuou a prisão em flagrante do acusado e as testemunhas civis supra aludidas, os quais corroboraram as declarações prestadas pela vítima na fase inquisitorial, judicializando a prova. Ratificaram ainda seus depoimentos, com riqueza de detalhes, de forma uníssona, firme e convergente (DVD).

Acerca da judicialização da prova oral consistente do depoimento da vítima colhido no inquérito policial, oportuno conferir a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme ilustram os arestos abaixo colacionados:

> "1. Nos termos do art. 155 do CPP, é vedada a condenação fundada exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial, não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa.
> 2. A existência de prova judicializada a amparar a condenação afasta a violação do art. 155 do Código de Processo Penal." (AgRg no REsp 1538557/RN, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 24/11/2016)

"1. O Superior Tribunal de Justiça, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, firmou entendimento no sentido de não admitir condenação criminal fundada tão somente em prova colhida na fase inquisitorial/policial.
2. No caso, entretanto, o decreto condenatório não se sustenta apenas em elementos colhidos na fase inquisitorial, como afirmou a defesa, mas também em depoimentos prestados em juízo, o que afasta a apontada nulidade.
3. A alegação de que os depoimentos policiais colhidos na fase judicial não seriam suficientes para comprovar a autoria delitiva, demandaria o cotejo do material fático/probatório dos autos, o que não é possível em sede de *habeas corpus*." (AgRg no HC 300212/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 04/11/2015)

"A existência de provas colhidas em juízo, sob o crivo do contraditório, que corroborem a veracidade dos elementos produzidos extrajudicialmente, sustentando a versão apresentada pela acusação, é suficiente para autorizar a manutenção da integridade do édito condenatório. (AgRg no HC 118.761/MS, Rel. Min. CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 16/03/2009)" (AgRg no AREsp 763235/PR, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 23/10/2015)

"Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento no sentido de que tendo a condenação se amparado em provas outras, além das colhidas na fase inquisitorial, não há falar em violação do artigo 155 do Código de Processo Penal. Precedentes. Súmula 83/STJ." (AgRg no AREsp 679993/SC, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 29/05/2015)

"1. O art. 155 do Código de Processo Penal dispõe que o magistrado não pode 'fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação'. Contudo, as provas produzidas no inquérito policial podem ser valoradas, desde que em harmonia com a prova colhida na fase judicial.

> 2. No caso, da leitura do acórdão hostilizado, extrai-se que a sentença condenatória encontra-se fundamentada nas provas pericial (laudo papiloscópico) e testemunhal produzidas durante a instrução criminal. O depoimento que não pôde ser repetido em juízo foi corroborado por outras provas apresentadas no curso da ação penal; não se tratando, portanto, de prova exclusiva, não há óbice à sua utilização." (AgRg no AREsp 377671/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 28/08/2014)

Da mesma forma, acerca da validade jurídica dos depoimentos de policiais, de bom alvitre conferir a jurisprudência daquele Pretório:

> "O Tribunal *a quo* formou juízo de condenação a partir das provas testemunhais colhidas durante a instrução criminal. Levou em consideração os depoimentos prestados em juízo pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do recorrente e apreensão da droga encontrada no veículo ocupado por ele e o corréu. Observou que os testemunhos, além de coerentes com aquilo que havia sido colhido na fase extrajudicial, são contundentes em demonstrar a dinâmica do fato delitivo e confirmar o quadro circunstancial refletido pela denúncia." (EDcl no AgRg no AREsp 595427/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 01/06/2016)

> "Não há como afastar a credibilidade dos depoimentos de policiais prestados em juízo, que, juntamente com outras provas submetidas ao contraditório e à ampla defesa, foram utilizados para corroborar o acervo fático-probatório e fundamentar a condenação. Precedentes." (REsp 1302515/RS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 17/05/2016)

> "O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso" (HC 165561/AM, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 15/02/2016)

> "Esta Corte de Justiça firmou a compreensão de que o depoimento dos agentes policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado é meio idôneo a amparar sua condenação, mormente quando corroborado em juízo por outros elementos de prova. Precedentes". (AgRg no REsp 1476566/ES, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 20/08/2015)

Como se vê, razão assiste ao ente ministerial quanto à possibilidade da prova coletada na fase inquisitorial autorizar o decreto condenatório, desde que corroborada em Juízo por outros meios de prova, como se verifica no caso concreto, com suporte em prova judicializada, produzida sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, conforme acima expendido, restando comprovada *quantum satis* a materialidade do crime e a autoria delitiva imputada ao recorrido.

Assim, restando devidamente comprovada a prática do crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas, hei por bem reformar a sentença recorrida para condenar o apelado como incurso nas penas do art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Passando à dosimetria e não vislumbrando nos autos elementos concretos bastantes para agravar a pena inicial do acusado com base na culpabilidade, nos antecedentes, na conduta social, na personalidade do agente, nos motivos, nas circunstâncias, nas consequências do crime e no comportamento da vítima, fixo a pena-base no mínimo legal 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa cominado para o delito.

Inexistindo circunstâncias atenuantes e agravantes, permanece a pena intermediária no mesmo patamar inicial.

Não havendo causas de diminuição da pena, mas presente a majorante do concurso de pessoas prevista no § 2º, inciso II, do art. 157 do Código Penal, elevo a pena intermediária na fração mínima de 1/3 (um terço) determinada no aludido dispositivo legal, restando a pena definitiva de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, na forma do art. 33, § 2º, "b", do mesmo *Códex*, não podendo ser substituída por penas restritivas de direito por óbice do art. 44, I, do CPB.

Por fim, acerca do efetivo cumprimento da pena, cumpre observar que o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (HC 126292/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe-100, 17/05/2016).

Isso posto, conheço do recurso para lhe dar provimento, reformando a sentença objurgada para condenar o apelado pela prática do crime de roubo majorado previsto no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal e aplicar a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Expeça-se **mandado de prisão para cumprimento imediato da pena**.

É como voto.

Fortaleza, 08 de agosto de 2017.

PROCESSO: 0101751-29.2016.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: FRANCISCO LUCAS ARRUDA DE SOUZA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. *BIS IN IDEM*. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BASE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1 – Cediço, que as considerações tecidas acerca das circunstâncias judiciais apenas se justificam para fins de exasperação da reprimenda se adequadamente motivadas e devidamente atreladas à concretude dos fatos.

2 – In casu, a instância de origem arrolou elementos concretos, no tocante aos motivos do crime, porquanto teria o apelante afirmado "que praticou o delito pelo simples fato de ser viciado em cometer crime". Não se ignora que tal fonte propulsora, motivadora da prática delituosa, poderá ser considerada mais reprovável, contudo, tal circunstância já foi utilizada para valorar negativa a personalidade do acusado, sendo necessário o decote da citada vetorial e, via de consequência, a redução da pena-base.

3 - Recurso conhecido e parcialmente provido para redimensionar a pena do Recorrente para 4 anos de reclusão, e 10 dias multa, a ser cumprida em regime inicial aberto.

ACÓRDÃO

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, conhecer do apelo, para lhe dar parcial provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 21 de março de 2018.

RELATÓRIO

Apelação interposta por Francisco Lucas Arruda de Souza, contra sentença da lavra do Juízo da 13ª Vara Criminal de Fortaleza (fls. 175-193), que o condenou à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão e 12 dias-multa, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime descrito no art. 157, caput, do Código Penal Brasileiro.

Alega-se no recurso de apelação (fls. 207-219), em síntese, ilegalidade na operação dosimétrica. Pugna-se, em síntese, pela redução da pena para o mínimo legal previsto para o tipo, observadas as atenuantes da confissão e da menoridade.

O Ministério Público ofertou contrarrazões às fls. 227-235, onde se impugnam as alegações do apelante e pede-se para que seja mantida a sentença recorrida.

Em parecer de fls. 246-255, a douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso.

É o breve relato.

Fortaleza, CE, 21 de março de 2018.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, há de se dizer, de logo, que o recurso foi interposto tempestivamente, sendo cabível na espécie, daí merecer o pretendido conhecimento.

Passo à análise da insurgência.

Colhe-se dos autos que o recorrente foi condenado, por sentença da lavra do Juízo da 13ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza (fls. 207-209), à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão e 12 dias-multa, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime descrito no art. 157, caput, do Código Penal Brasileiro.

O recurso cinge-se à alegação de ilegalidade na dosimetria da pena.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na operação, faz-se necessário a transcrição de excertos da sentença condenatória:

> "[...].
> Passa-se a fixar a pena, atenta ao contido no artigo 59 do CPB.
>
> **Culpabilidade**: neutra, pois o réu possuía ao tempo dos fatos, a potencial consciência da ilicitude, sendo-lhe exigida conduta diversa da que teve.
> **Antecedentes**: portador de antecedentes, no entanto, deixa-se de considerar em obediência à Súmula 444 do STJ (vide certidões de fls. 174).
> **Conduta social**: abonada pelo depoimento das testemunhas arroladas pela defesa.
> **Personalidade**: o réu, em seu interrogatório judicial afirmou ser viciado em praticar roubos e disse, inclusive, ser membro de uma facção criminosa, o que deve ser valorado negativamente.
> **Motivos**: o réu, ao ser interrogado, disse que praticou o delito pelo simples fato de ser viciado em cometer crime, o que deve ser valorado negativamente.
> **Circunstâncias**: sem circunstâncias que devam ser valoradas de forma negativa.
> **Consequências**: os fatos apurados não revelam consequências de maior grau, em relação ao que ocorre em delitos de igual natureza.
> **Comportamento das vítimas**: em nada contribuíram para a prática delitiva.
> […].

> Ponderadas as circunstâncias judiciais, verifica-se que pesa negativamente em desfavor do réu a sua personalidade e os motivos do crime, motivo pelo qual fixa-se a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais 12 (doze) dias-multa..
> […].
>
> Incidem, no caso, as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, previstas no art. 65, I e III, "d", do CP, assim, atenua-se a pena em 01 (um) ano, deixando-a em 04 (quatro) anos e 06 (seis) de reclusão, mais 12 (doze) dias-multa.
> […]".

Da transcrição percebe-se que a pena-base do réu foi fixada 1 ano e 6 meses acima do mínimo legal, em razão do reconhecimento de duas circunstâncias judiciais negativas – "personalidade" e "motivos" do crime.

Em relação à personalidade, a avaliação negativa de tal circunstância mostra-se correta, vez que baseada em traços pessoais, declinados pelo próprio recorrente, por ocasião de seu interrogatório, ao afirmar "ser viciado em praticar roubos" e "ser membro de uma facção criminosa".

O sentenciante também considerou desfavoráveis os motivos do crime, porquanto teria o apelante afirmado "que praticou o delito pelo simples fato de ser viciado em cometer crime". Não se ignora que tal fonte propulsora, motivadora da prática delituosa, poderá ser considerada mais reprovável, contudo, tal circunstância já foi utilizada para valorar negativa a personalidade do acusado, não se prestando para ser utilizada novamente na consideração dos motivos do crime, sob pena de incorrer em bis in idem.

Assim, afastada a circunstância judicial dos motivos do crime, fixo a pena-base em 4 anos e 9 meses de reclusão e 12 dias-multa.

Na segunda etapa da dosimetria, reconhecidas as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea – art. 65, incisos I e III, alínea "d", do Código Penal –, reduz-se a pena-base no mesmo patamar utilizado pelo magistrado de primeiro grau, ou seja, em 1 ano, estabelecendo-a em 4 anos

de reclusão e 10 dias-multa, deixando de reduzir a pena aquém do mínimo tendo em vista o disposto no enunciado n. 231 do Súmula do Superior Tribunal de Justiça

Fica mantido o regime aberto para o início do desconto da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do CP.

Ante todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena do recorrente para 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, a ser cumprida em regime inicial aberto, nos termos acima referidos.

É como voto.

Fortaleza, CE, 21 de março de 2018.

PROCESSO Nº 0103630-18.2009.8.06.0001
APELAÇÃO CRIMINAL
APELANTES: CARLOS LUIS DE SOUSA FREIRE
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ROUBO MAJORADO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DE CRIME CONSUMADO PARA TENTADO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DA *AMOTIO*.

1. Apelante condenado pela prática de delito previsto no artigo 157, §2º, inciso ICódigo Penal, àpena definitiva de () anos08 (oito) meses reclusão,em regime inicialmente , e pagamento de montante correspondente a () dias-multa, um no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato.

2. O tipo contido no artigo 157, do Código Penal, exige, para sua configuração, apenas a subtração (mediante violência ou grave ameaça), para si ou para outrem, de coisa alheia móvel. Desta forma, descabe a alegação de que o caso narrado não saiu da esfera da tentativa, pois a consumação do delito ocorre com a inversão da posse da *res*furtiva, o que se deu no presente caso, pois o apelante subtraiu a bolsa da vítima e foi capturado com tal objeto em seu poder, ainda que a prisão tenha ocorrido pouco tempo depois do fato. Súm 11 – TJCE. Aplicação da da *Amotio.*

EXCLUSÃO DA MAJORANTE DE EMPREGO DE ARMA. REVÓLVER DESMUNICIADO. NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO.

3. Em que pese entendimento doutrinário defendendo o fato de a arma desmuniciada ser meio relativamente ineficaz, já que o agente pode nela inserir projéteis a qualquer tempo e efetuar disparos, sendo por isso cabível o aumento da pena, acosto-me à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e defendo o posicionamento de que a arma desmuniciada tem o condão de caracterizar a grave ameaça necessária para a configuração do delito de roubo, porém, uma vez que ela não poderia desferir disparos, já que sem munição, não seria apta a fazer incidir a majorante prevista no art. 157, § 2º, I.

DOSIMETRIA. MAIOR ATENUAÇÃO EM RAZÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DA MENORIDADE RELATIVA. PENA-BASE APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE RETIRAR DO CÔMPUTO DA PENA A MAJORANTE DE EMPREGO DE ARMA.

4. Pena-base fixada no patamar de 4 (quatro) anos, sendo ainda aplicadas, pelo juízo *a quo*, atenuantes de confissão espontânea e menoridade relativa, reduzindo a pena aquém do mínimo legal, o que mantenho em razão da proibição da *reformatio in pejus*.

5. discutido e acostando-me ao entendimento do SJT, retiro do cômputo da pena definitiva a fração referente ao emprego de arma, já que o ólver encontrava-se desmuniciado, passando a ser imputado ao apelante o delito de roubo em sua modalidade simples, com reprimenda fixada em 3 (três) aos e 6 (seis) meses.

REFORMA NO *QUANTUM* DA SANÇÃO. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. NECESSIDADE.

6. Após as reformas anteriormente determinadas, tendo a reprimenda sido fixada em montante inferior a 4 (quatro) anos, medida que se impõe é a alteração do regime inicial para o aberto, em obediência ao art. 33, §2º, "c", Código Penal.

QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

7. Considerando o redimensionamento da pena restritiva de liberdade aplicada ao apelante, de 04 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão por este Tribunal de Justiça, deve-se, de ofício, declarar extinta a punibilidade do recorrente, em consonância com o art. 61 do CPP.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, REDUZINDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA AO APELANTE E ALTERANDO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DE OFÍCIO, DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RECORRENTE, PELA PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 0103630-18.2009.8.06.0001, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade e

em ânciacom o parecer ministerial, em conhecer do recurso de apelação parcialprovimento, o reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade do recorrente,nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 07 de outubro de 2014.

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra CARLOS LUIS DE SOUSA FREIRE**,** devidamente qualificado na delatória**,** pela prática do crime previsto no artigo 157, §2º, inciso I do Código Penal.

Narrou a acusação, em síntese, que no dia 09/09/2009, por volta das 11:30 horas, o apelante abordou a vítima Sarah Lais Lacerda Barbosa, 13 anos, que voltava do seu curso na companhia de uma colega e, mediante grave ameaça exercida por arma de fogo, exigiu que a adolescente entregasse os pertences, evadindo-se em seguida.

Diz ainda a delatória que, minutos depois, os policiais localizaram e detiveram o infrator, tendo o mesmo sido reconhecido pela vítima como sendo o autor do delito.

Denúncia recebida em 28 de setembro de 2009, como bem se observa à fl. 36 dos autos.

Finda a instrução do feito, sobreveio sentença de fls. 63/67, datada de 11/02/2010, por meio da qual foi julgado procedente o pedido constante na denúncia, para condenar o réu nas sanções do art. 157, §2º, inciso I do Código Penal.

O magistrado de primeiro grau fixou a pena do apelante em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão pelo crime de roubo majorado, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, bem como o condenou ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, à fração de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato.

Razões recursais apresentadas pelo apelante (fls. 97/101), pugnando pela desclassificação do roubo consumado para tentado, vez que o réu não obteve a posse da *res* subtraída, já que foi preso logo em seguida.

Sustenta, ainda, que a arma utilizada estava sem balas e, por isso, não deveria ter sido computada a fração de aumento prevista no § 2º, inciso I, CP.

Diz, por fim, que a diminuição da pena em 6 (seis) meses foi aquém do esperado, já que existiam duas atenuantes e, por isso, pleiteia o aumento do *quantum* da atenuante para 1 (um) ano.

Contrarrazões às fls. 102/104.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 111/115, datado de 12 de novembro de 2010, opinando pelo conhecimento do recurso, porém para dar-lhe improvimento.

Os autos vieram-me conclusos em 27/01/2014 (fl. 137).

É o relatório.

À Douta Revisão.

Fortaleza, 07 de agosto de 2014.

VOTO

O recurso merece ser conhecido por preenchimento dos seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos, sendo tempestivo e adequado à espécie.

Condenado à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, por infração ao art. 157, § 2º, I do Código Penal, o réu interpôs o presente apelo sustentando, em síntese, a necessidade de reforma da decisão, desclassificando o delito de consumado para tentado.

Sustenta, ainda, que a arma utilizada estava sem balas e, por isso, não deveria ter sido computada a fração de aumento prevista no § 2º, inciso I, CP.

Diz, por fim, que a diminuição da pena em 6 (seis) meses foi aquém do esperado, já que existiam duas atenuantes e, por isso, pleiteia o aumento do *quantum* da atenuante para 1 (um) ano.

A materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante de fls. 0, termo de Apresentação e Apreensão,

fls. 23 pelo depoimentos prestados tanto em sede de inquérito policial, quanto judicialmente.

A autoria também é inconteste, pois, as provas carreadas nos autos foram corroboradas pela ão do apelant, tanto judicialmente, quanto no inquérito policial, senão veja-se:

> DECLARAÇÕES QUE PRESTA O INDICIADO, fls. 19.
>
> Que confessa a autoria do delito; que praticou o assalto por "doidice", não sabendo dizer por qual motivo roubou a vítima, pois nada falta para o autuado em sua casa; que estava sozinho quando abordou a vítima, a qual se fazia acompanhar de uma amiga, então pediu para ela o celular e a bolsa, mas a vítima entregou somente a bolsa, pois alegou que não tinha celular; que afirma que na ocasião da prática do roubo utilizou a arma apreendida para intimidar a ítima; que adquiriu o revólver apreendido a cerca de uma semana, tendo comprado o mesmo pelo valor de R$ 180,00 (cento e oitenta) reais a um rapaz desconhecido na "Feira da Parangaba"
>
> **INTERROGATÓRIO DO RÉU EM JUÍZO, fls. 53**
>
> Que está arrependido; que tem dezoito anos; que na época dos fatos, o interrogando estudava; que a arma pertencia ao interrogando; que a arma era de verdade, mas não tinha bala.

Adentrando ao mérito recursal, analisando detidamente o caso, entende-se que, na espécie, o apelo apresentado não há de prosperar. Justifica-se:

DA IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME TENTADO:

Nas declarações prestadas em sede de inquérito, a vítima Sarah Lais Lacerda Barbosa, fls. 17, salienta:

> Retornava do seu curso na companhia de uma colega, quando nas proximidades da pracinha do Monteiro, bairro Carlito

> Pamplona, foi abordada por um indivíduo baixo, moreno, com vestes pretas, **o qual armado de revólver, anunciou o assalto mandando a declarante entregar a bolsa; que a declarante entregou a bolsa contendo livros e um estojo de lápis, tendo o assaltante saído do local em uma bicicleta.**

Em juízo, a testemunha de acusação Ejonidélia Gois Lacerda Barbosa, fls. 49, aduziu:

> Que a depoente é mãe da vítima e sempre vai esperar a vítima do curso diariamente, pois o trecho é perigoso; que foi esperar sua filha com a sua irmã, e presenciou o acusado abordando sua filha; que no momento, a depoente não interferiu com medo do acusado atirar em sua filha e voltou para casa para acionar a polícia; que logo em seguida, sua filha chegou chorando e dizendo que tinha sido assaltada, **que o acusado queria um celular e como ela não tinha, ele pegou sua bolsa com dois livros da biblioteca da escola.**

Viu-se, ainda, que o acusado foi preso em flagrante, de posse da bolsa roubada e com um revólver na cintura, conforme depoimento de policial que conduziu o recorrente à delegacia, fls. 10.

Dito isto, salienta-se que o contidono artigo 157, do Código Penal, exige, configuração, a subtração (mediante violência ou grave ameaça), para si ou para outrem, de coisa alheia móvel, senão veja-se:

> Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

Desta forma, descabe a alegação de que o caso narrado não saiu da esfera da tentativa, pois a consumação do delito ocorre com a inversão da posse da *res furtiva*, o que se deu no presente caso, vez que o apelante subtraiu a bolsa da vítima (de apenas 13 anos), tendo o objeto sido com ele posteriormente encontrado, ainda que a prisão tenha ocorrido pouco tempo depois do fato.

É isso que dispõe a teoria da *apprehensio*, também conhecida como *amotio*, aplicada nos julgados proferidos pelos Tribunais Superiores, conforme entendimento do STJ colacionado a seguir:

> **PENAL - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - ROUBO - MOMENTO CONSUMATIVO - APREENSÃO E CONSEQÜENTE PERÍCIA DA ARMA (FACA) - DESNECESSIDADE - COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA - AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**
> **1 - Considera-se consumado o crime de roubo no momento em que o agente obtém a posse da *res furtiva*, ainda que não seja mansa e pacífica, ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.** 2 - É desnecessária, para a configuração da causa de aumento de pena no roubo, a apreensão e perícia de arma (faca) quando a sua utilização puder ser demonstrada por outros meios de prova. 3 - Agravo regimental a que se nega provimento.
> (STJ , Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 08/10/2013, T6 - SEXTA TURMA)

> EMENTA: *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. USO DE ARMA, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. INVERSÃO DA POSSE CARACTERIZADA. MODIFICAÇÃO DO QUE FICOU ESTABELECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
> - Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, 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. **- O Superior Tribunal de Justiça adotou à teoria da *amotio*, considerando como consumado o delito de roubo no momento em que o agente se torna possuidor da *res*, ainda que não tenha tido posse tranquila, sendo desnecessário que o bem saia da esfera da vigilância da vítima, ou mesmo que o bem seja posteriormente recuperado**. - Depreende-se do acórdão guerreado que os objetos roubados saíram da esfera de vigilância das vítimas, ainda que brevemente, pois o paciente somente foi preso pela polícia após a cessação da grave ameaça e já na posse pacífica dos bens subtraídos, saindo do prédio com a *res* furtiva. - Havendo a inversão da posse dos objetos roubados, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado, sendo certo que a desconstituição do que ficou estabelecido no acórdão atacado implicaria no reexame aprofundado dos fatos e provas juntados aos autos da ação penal, providência incompatível com os estreitos limites da via eleita, que não admite dilação probatória. *Habeas Corpus* não conhecido.
> (STJ , Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 11/06/2013, T5 - QUINTA TURMA)

No mesmo sentido, segue trecho da abalizada doutrina de Rogério Sanches:

> **O STF e o STJ adotam a segunda (amotio). Assim, já se decidiu consumado o delito no momento em que o proprietário perde, no todo ou em parte, a possibilidade de contato material com a *res* ou de exercício da custódia dominical, seja porque o agente logrou bem sucedida fuga, seja porque destruiu a coisa apoderada.**
> (CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal – Parte Especial, 6ª edição revista, ampliada e atualizada, 2014, JusPodivm, p. 155).

Ademais, este Tribunal de Justiça do Estado do Ceará editou súmula de nº 11 aplicando o supramencionado entendimento, segundo o qual **"o delito de roubo se consuma no instante em que a detenção da coisa**

móvel alheia se transforma em posse, mediante o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, sendo irrelevante que o agente a tenha tranquila e disponha livremente da *res* furtiva".

Por esta razão, resta clara a consumação do crime de roubo.

DO PLEITO DE EXCLUSÃO DA MAJORANTE DE EMPREGO DE ARMA

O recorrente busca excluir do cômputo da pena a majorante do emprego de arma de fogo, vez que o revólver utilizado encontra-se desmuniciado, sem qualquer potencialidade lesiva.

No presente caso concreto, a arma foi apreendida com o recorrente no momento da prisão em flagrante, sendo constatado, conforme auto de apreensão, fls. 23, que ela estaria desmuniciada, não tendo ainda com ele (recorrente) sido encontrado qualquer tipo de munição.

Em que pese entendimento doutrinário[1] defendendo o fato de a arma desmuniciada ser meio relativamente ineficaz, j que o agente pode nela inserir projéteis a qualquer tempo e efetuar disparos, sendo por isso cabível o aumento da pena, acosto-me jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e defendo o posicionamento de que a arma desmuniciada tem o condão de caracterizar a grave ameaça necessária para a configuração do delito de roubo, porém, uma vez que ela não poderia desferir disparos, j que sem munição, não seria apta a fazer incidir a majorante prevista no art. 157, § 2º, I.

Neste sentido, vem ao caso colacionar trecho da doutrina de Rogério Sanches[2]:

> Esse posicionamento estava sumulado no STJ Súmula 174). Contudo, em 2001, referido Tribunal Superior

1 MASSON, Cleber, Código Penal Comentado, 2013, Editora Método, p. 620. NUCCI, Guilherme de Souza, 14ª edição, 2014, Editora Forense, p.858

2 CUNHA, Rogério Sanches, Manual de Direito Penal – Parte Especial, 6ª edição, 2014, Juspodvim, p. 289

retificou seu entendimento (por maioria), decidindo, hoje, que a ameaça exercida com emprego de simulacro de arma de fogo, inofensiva, é apta para configurar a intimidação caracterizadora do crime de roubo, mas incapaz de gerar a majorante.

Com esse novel entendimento (e talvez sem perceber), o STJ incentivou a corrente que leciona que arma verdadeira, porém desmuniciada (e sem capacidade de pronto municiamento) é tão "inofensiva" quanto uma arma de brinquedo, devendo, igualmente, escapar do aumento.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no mesmo caminho:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. REAJUSTAMENTO DAS SANÇÕES. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. 1. Esta Corte não deve continuar a admitir a impetração de *habeas corpus* (originário) como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que não atendam às pretensões veiculadas por meio do *writ* nas instâncias ordinárias. 2. Verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso cabível, impõe-se o não conhecimento da impetração, nada impedindo, contudo, que se corrija de ofício eventual ilegalidade flagrante como forma de coarctar o constrangimento ilegal. 3. A Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que a majorante de emprego de arma do roubo pode ser comprovada pela palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas. Daí que não se torna indispensável a apreensão da arma, com a posterior perícia, a fim de se constatar a sua potencialidade lesiva. **4. Não obstante, no caso em apreço, a arma de fogo foi devidamente apreendida e periciada, ficando demonstrado**

que estava sem munição, razão pela qual se impõe a exclusão da causa de aumento de pena. Precedentes. 5. O regime prisional apropriado é o fechado, em face das circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. 6. Ordem não conhecida, mas concedida de ofício a fim de, excluída a majorante do emprego de arma, reduzir a pena do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 20 dias-multa. (STJ, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 13/08/2013, T6 - SEXTA TURMA)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTACIADO CONSUMADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. ARMA APREENDIDA E PERÍCIA REALIZADA. LESIVIDADE CONFIGURADA. DEMAIS PEDIDOS PREJUDICADOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para a configuração da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não se exige a apreensão e a realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que fique evidenciado o seu emprego por outros meios. **2. Esta Corte adota, ainda, o posicionamento no sentido de que, havendo a apreensão da arma utilizada para a prática delitiva e constatada, por meio de perícia, a ausência de potencialidade lesiva, por estar desmuniciado o artefato, não incide a aludida majorante.** 3. Hipótese em que a r. sentença condenatória consignou, de forma clara, que a arma usada no crime foi encontrada, tendo sido realizado exame que comprovou "a possibilidade desta vir a ser utilizada e ofender a integridade física de outrem", sendo, assim, impossível considerar o roubo como simples, com o decote da citada qualificadora. 4. Ficam, ademais, prejudicados os pedidos de redução da reprimenda, substituição da sanção corporal e fixação de regime aberto, à hipótese, visto que, conforme consignado, incabível o decote da qualificadora do emprego de arma de fogo, mantida, assim, a condenação

> do ora recorrente, diante da fundamentação expendida, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I, c.c o art. 71, do Código Penal. 5. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1335604 MG 2012/0158526-1, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 17/10/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/10/2013)

Insta ressaltar que a ausência de perícia da arma não impede a exclusão da majorante se ficar comprovado, por outros meios, que o revólver utilizado estava sem munição.

In casu, o auto de apreensão descreve a arma como desmuniciada; o policial que efetuou a prisão em flagrante, perante a autoridade policial, confirmou a condição do armamento; e o réu, em seu interrogatório, fez a mesma afirmação.

Ante o exposto, medida que se faz necessária é a descaracterização do roubo majorado por emprego de arma de fogo, passando a imputar ao recorrente o crime de roubo, em sua modalidade simples.

DA DOSIMETRIA DA PENA

No que diz respeito à dosimetria da pena aplicada, tal está a merecer alteração, senão vejamos:

O Magistrado singular, ao fixar a pena do apelante, manifestou-se nos seguintes termos:

> Tendo em vista o dever do Estado de responsabilizar o réu por sua conduta criminosa, passo a analisar os requisitos do art. 59 do CPB, visando à determinação da pena-base a ser-lhe imposta: o acusado é primário e não apresenta maus antecedentes; considerando a culpabilidade do agente, é bastante acentuada a reprovabilidade a ser-lhe aferida, tendo em vista sua atitude interna, visando à apropriação indevida de bem alheio; não há nos autos elementos suficientes para caracterizar a conduta social do denunciado; os motivos do crime dizem respeito à consecução de vantagens econômicas através de práticas condenáveis pela sociedade; dentre as

> consequências do delito destaca-se a insegurança que a sua ocorrência acarreta, já que o crime se deu em plena via pública. A violência urbana tem se mostrado um grave problema da sociedade atual e condutas como a do acusado agravam ainda mais tal situação. Considerando o comportamento da vítima, esta, de forma alguma, contribuiu para a atitude criminosa do acusado ou a facilitou.
> Levando-se em conta tais situações, fixo a pena-base a ser imposta ao acusado CARLOS LUÍS DE SOUSA FREIRE, já qualificado, em 04 (quatro) anos de reclusão pelo crime de roubo, atenuando-a em 06 (seis) meses, tendo em vista que o acusado confessou a prática do crime e ser o mesmo menor de vinte e um anos de idade na época do crime, aumentando-a de 1/3 (um terço), haja vista que o acusado cometeu roubo qualificado pelo emprego de arma, tornando a pena concreta e definitiva em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, por informação ao art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal Brasileiro.

O sentenciante, conforme se observa do trecho acima transcrito, fixou a pena base no mínimo legal e aplicou atenuante de 6 meses em virtude da confissão espontânea e da menoridade relativa.

O recorrente insurge-se contra o *quantum* de atenuação, já que entende que, por existirem duas atenuantes, a pena deveria ter sido reduzida em 1 (ano).

Porém, sabe-se que é entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça que "a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". (Súm. 231 – STJ)

Veja-se julgados do Superior Tribunal de Justiça em que é aplicado este entendimento:

> **EMENTA: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE**

NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231, DESTA EGRÉGIA CORTE SUPERIOR. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33, DA LEI DE TÓXICOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO "WRIT". PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. RECORRER EM LIBERDADE. SUPERVENIENTE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO PREJUDICADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA EGRÉGIA CORTE SUPERIOR. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA QUE O JUÍZO DA EXECUÇÃO ESTABELEÇA O ADEQUADO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA.

1. Os Tribunais Superiores assentaram que o uso do remédio heroico se restringe a sanar ato ilegal de autoridade, que deve ser cessado de imediato, inadmitido seu uso indiscriminado como substitutivo de recursos e nem sequer para as revisões criminais. **2. Fixada a pena-base no mínimo legal não é possível a aplicação da atenuante da confissão espontânea, a teor do verbete nº 231, da Súmula desta Egrégia Corte Superior.** . Quanto à falta de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, o Tribunal "a quo" considerou as circunstâncias do caso concreto e concluiu que a paciente se dedica a atividade criminosa. Tal entendimento não pode ser revisto na via estreita do "habeas corpus" porque demandaria a revisão do conjunto fático-probatório, o que não é possível. Precedentes. 4. É importante ressaltar que devido aos termos da Resolução nº 5/2012, do Senado Federal, após

o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo impeditivo da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cabe ao magistrado singular avaliar as circunstâncias necessárias ao estabelecimento da medida. No entanto, não há como reconhecer o pleito quanto à referida substituição, pois os limites da pena aplicada impedem a concessão deste benefício pelo não alcance do requisito objetivo, conforme o art. 44, inciso I, do Código Penal. 5. A superveniência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória prejudica o pedido de recorrer em liberdade. Precedentes. 6. Afastado o óbice trazido pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em razão da declaração incidental de inconstitucionalidade deste dispositivo, realizada pela E. Suprema Corte, não há que se falar em impedimento à concessão de regime inicial diverso do fechado para o delito em tela, de modo que, em razão disto, cabe ao Tribunal de origem sopesar as demais exigências legais para o estabelecimento daquele que se afigurar adequado. 7. "Habeas corpus" não conhecido. Ordem concedida parcialmente, de ofício, para que o Juízo da Execução, excluídas as regras que estipulavam o regime fechado para o início do cumprimento da pena pelo crime de tráfico de entorpecentes, fixe o que entender adequado, observando as exigências previstas nos dispositivos respectivos do Código Penal. (STJ - HC: 219643 SP 2011/0228545-4, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 17/12/2013, T5 - QUINTA , Data de Publicação: DJe 03/02/2014)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIME DO ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II , DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. MENORIDADE RELATIVA. PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE OUTROS MEIOS DE PROVA. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS

DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. CRITÉRIO MERAMENTE ARITMÉTICO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 443 DESTE TRIBUNAL. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O LEGALMENTE PERMITIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *MODUS OPERANDI* QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE. PRETENDIDA EXTENSÃO DA ORDEM. VIABILIDADE. IDENTIDADE DE SITUAÇÕES. PEDIDO DEFERIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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. **2. Em que pese o reconhecimento da existência da menoridade, conforme ressaltado pelo Tribunal *a quo*, tendo em vista que a pena-base foi fixada no seu patamar mínimo legal, 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, não há como ser aplicada na espécie a referida atenuante, uma vez que, a teor do entendimento sumulado por esta Corte, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula n.º 231 do STJ).** 3. Quanto ao pleito de afastamento da causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma, tal majorante não pode ser afastada, pois a jurisprudência desta Corte tem admitido a incidência do referido aumento de pena, mesmo na hipótese de não-apreensão do objeto, desde que fundamentado em outros meios de prova. 4. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal. 5. Inexiste violação à Súmula n.º 440 desta Corte Superior quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta da conduta delituosa, a evidenciar que a pena-base deixou de ser exasperada tão-somente em razão da benevolência das instâncias ordinárias. 6. Na hipótese dos

> autos, a sentença fixou idêntica pena privativa de liberdade para todos os réus, num claro indicativo de que eles se encontravam na mesma situação fático-processual. E, em grau de recurso, as sanções dos Corréus foram mantidas na íntegra. Cabível, assim, a extensão dos efeitos desse julgado. 7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, reduzir a pena privativa de liberdade do Paciente para 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais 13 dias-multa, em regime inicial fechado. Defiro, outrossim, o pedido de extensão formulado em favor de JOSÉ PEREIRA DA SILVA JÚNIOR.
> (STJ - HC: 267394 SP 2013/0090135-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 07/11/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/11/2013).

Entretanto, levando-se em consideração que somente o apelante recorreu da sentença condenatória de primeiro grau (ainda que equivocada a atenuação aplicada pelo magistrado de piso, a qual conduziu a pena base abaixo do mínimo legal), não acolho o pleito de redução em 1 (um) ano, mas mantenho a atenuação de 6 (seis) meses, em obediência ao princípio da vedação da *reformatio in pejus*, pois não é possível alterar a sentença condenatória neste aspecto.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. CORREÇÃO, DE OFÍCIO, DE ERRO MATERIAL CONSTANTE NA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO NON *REFORMATIO IN PEJUS*. 1. A correção, de ofício, de erro material constante da sentença condenatória, em prejuízo do condenado, quando feito em recurso exclusivo da defesa configura inadmissível ***reformatio in pejus***. 2. Resignando-se o Ministério Público quanto ao cálculo da pena definitiva, impossível sanar o erro material no julgamento de apelação defensiva. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STJ, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 25/06/2013, T6 - SEXTA TURMA,)

Na **3ª fase da dosimetria**, o juízo a quo majorou a pena em 1/3 (um terço), em razão da presença de uma causa de aumento [emprego de arma, nos termos do inciso I, do Art. 157, do CPB], o que, conforme explicitado linhas acima, deve ser alterado, já que uma vez desmuniciada, a discutida arma não estaria apta a fazer configurar a causa de aumento de pena.

Por esta razão, fica a pena definitiva do apelante no patamar de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

No que toca à sanção pecuniária, que, segundo o método bifásico (STJ, REsp n.º 897876/RS e REsp n.º 671.195/RS), deve guardar proporção com a pena-base (que foi fixada no mínimo), considerando-se os vetores do art. 59 do CP, **mantenho-a no montante de 10 (dez) dias-multa, com cada dia-multa na razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato.**

No que tange ao regime prisional, tem-se que o magistrado determinou que a pena começasse a ser cumprida no semiaberto. Contudo, ós as reformas anteriormente determinadas, a reprimenda sido fixada em montante inferior a 4 (quatro) anos, que se impõe é a alteração do regime inicial para o aberto, em obediência ao art. 33, §º, "c", Código Penal.

Como é sabido, somente fundamentação voltada a um grau elevado de periculosidade do sujeito poderia resultar na fixação de regime inicial mais gravoso do que aquele previsto tão só com base no quantum do apenamento imposto, nos termos da Súmula nº 719 do Supremo Tribunal Federal: "**a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"**.

Na espécie em comento, entendo que nada tenha sido produzido a indicar periculosidade exacerbada do sujeito ao ponto de fixação de regime mais gravoso que o legal, de sorte que a sentença deve ser reformada, fixando-se o regime inicial aberto para cumprimento da pena em relação ao imputado apelante.

Por derradeiro, diante do novo "quantum" aqui estabelecido, há que se examinar, de ofício, a possibilidade de ocorrência da prescrição.

No caso dos autos, houve sentença condenatória, por meio da qual o apelante foi condenado na pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, com posterior recurso da defesa, tendo se operado o trânsito em julgado para a acusação.

Contudo, quando do recurso apelatório, o apenamento do acusado foi modificado, tendo sido reduzida a pena para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Sobre a contagem do prazo prescricional, assim dispõe o Código Penal Brasileiro, que:

> **Art. 109.** A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no §1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verficando-se:
> [...].
> V- em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou,sendo superior, não excede a dois;
> [...].
>
> **Art. 110.** A prescrição depois de transitar em julgado à sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.
> §1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou da queixa.

Deve-se considerar, ademais, que o apelante, quando da ocorrência do fato criminoso (09/09/2009), contava com menos de 21 (vinte e um) anos, pois nasceu em 06/09/1990 (fl.30), o que determina, nos termos do artigo 115, do Código Penal, a redução do prazo prescricional pela metade, *in verbis*:

> **Art. 115.** São 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.

Acrescente-se que o artigo 114, inciso II, do Código Penal, estabelece que a prescrição da pena de multa ocorrerá no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

Assim, considerando o redimensionamento da pena restritiva de liberdade aplicada ao apelante, de 04 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão por este Tribunal de Justiça, deve-se, de ofício, declarar extinta a punibilidade do recorrente, em consonância com o art. 61 do CPP, tendo em vista que transcorreram mais de 04 (quatro) anos desde a data da publicação da sentença penal condenatória recorrível (11/02/2010), com esteio no que determina o artigo 107, IV, c/c artigo 109, inciso V, c/c artigo 110, §1º, artigo 114, II e artigo 115, todos do Código Penal Brasileiro.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, voto no sentido de **CONHECER e DAR PACIAL PROVIMENTO** ao recurso do apelante, retirando a majorante de emprego de arma no crime de roubo e reduzindo, consequentemente, a pena privativa de liberdade aplicada, alterando, ainda, o regime inicial de cumprimento de pena.

De ofício e tendo em vista reforma no quantum penal, declaro extinta a punibilidade do apelante, quanto ao delito disposto no art. 157 do Código Penal, em virtude da prescrição superveniente da pretensão punitiva do Estado.

É como voto.

Fortaleza, 07 de outubro de 2014.

PROCESSO: 0181138-93.2016.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: ANTONÍZIO DOS SANTOS VALENTIM
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO. CRIME DE ROUBO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO SUMULAR Nº 582 DO STJ. MAJORANTE DO USO DE ARMA. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. CORRUPÇÃO DE MENORES. MENORIDADE COMPROVADA. DELITOS PRATICADOS EM CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES DE ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, REDUZIDA A PENA DE OFÍCIO.

1 - O fato de ter o agente subtraído para si os objetos, mediante grave ameaça, por si só, já faz com que o tipo penal tenha se consumado, porque constatada a inversão da posse dos bens. Inteligência da Súmula nº 582 do STJ, que reza: "Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.".

2 - "Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão do objeto e a realização de exame pericial para atestar a sua

potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EResp 961.863/RS)" (AgRg no HC 399.629/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 14/12/2017).

3 - A prova da menoridade da vítima do crime de corrupção de menores, no caso o adolescente Carlos Ismael Nascimento de Almeida, está amparada em documento dotado de fé pública, inclusive com a identificação do número da identidade civil do menor (fls. 40 dos autos), razão pela qual é de ser reconhecida a devida comprovação da menoridade, a ensejar a condenação do apelante pela prática do crime do art. 244-B do ECA.

4 – Não havendo prova em sentido contrário, deve ser reconhecido o concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menores (art. 70, primeira parte, do CP) na hipótese em que, mediante uma única ação, o réu praticou ambos os delitos, tendo a corrupção de menores se dado em razão da prática do delito patrimonial.

5 – Recurso conhecido e improvido, reduzida a pena de ofício para 7 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto, mantidos os demais termos da sentença.

ACÓRDÃO

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, conhecer do apelo, para lhe negar provimento, reduzida a pena de ofício, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 7 de março de 2018.

RELATÓRIO

Apelação interposta por Antonízio dos Santos Valentim, contra sentença da lavra do Juízo da 2ª Vara Criminal de Fortaleza (fls. 120-135), que o condenou à pena de 8 anos de reclusão e 20 dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes descritos nos artigos 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal Brasileiro e 244-B, do ECA.

No recurso de apelação (fls. 166-169), a Defesa pretende, em síntese, a desclassificação do delito para a modalidade tentada, a desconsideração da majorante do uso de arma e a absolvição quanto ao delito de corrupção de menores.

O Ministério Público ofertou contrarrazões às fls. 182-193, onde se impugnam as alegações do apelante e pede-se para que seja mantida a sentença recorrida.

Em parecer de fls. 202-209, a douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso.

É o breve relato, com a remessa dos autos à D.D. Revisora para os devidos fins.

VOTO

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Passo à análise da insurgência.

Narra a denúncia que:

> "[...] que efetivamente, por volta das 08h40min, do dia 04 de novembro de 2016, mais precisamente no interior do **ônibus**

> que fazia a linha **FRANCISCO SÁ/PAPICU**, o denunciado, auxiliado pelo menor infrator Carlos Ismael Nascimento Almeida, vulgo ***MIZA***, em ação conjunta, consciente e voluntária, num verdadeiro ***pactum sceleris***, portando armas (revólver e faca), agindo com violência e grave ameaça, depois de dominarem os senhores **JEFFERSON DAVID PINHEIRO RUFINO e FRANCISCO HUGO BATISTA TAMIARANA**, subtraíram destes dois (02) aparelhos de telefones celulares da marca SAMSUNG.
> II. Consta da investigação levada a efeito pela Polícia Judiciária, que na data do evento delitivo, as vítimas viajavam no **ônibus** que fazia a linha **FRANCISCO SÁ/ PAPICU**, quando na Avenida Santos Dumont, defronte ao **COLÉGIO MILITAR**, nesta capital, foram surpreendidas pelo denunciado e por seu parceiro menor, este portando uma arma branca (faca) e aquele uma arma de fogo (revólver), os quais após adentrarem ao veículo pela porta traseira, anunciaram o assalto, passando a subtrair os bens dos passageiros, deixando-os em estado de pânico.
> III. Consumado o assalto, populares acionaram os policiais militares que trabalhavam na área, que depois de realizarem algumas diligências, conseguiram identificar, localizar e prender o denunciado e apreender o menor infrator, recuperando o produto da subtração.
> [...]" (fls. 78-82)

Por ocasião do édito condenatório consignou o magistrado de primeiro grau:

> "[…].
> A vítima Francisco Hugo Batista Tamairana, relatou que no dia dos fatos estava no ônibus e quando este chegou em frente ao colégio o réu e um menor abordaram o depoente e outro rapaz e pediram o celular. Que o maior estava com um revólver e o menor com uma faca. Que o motorista abriu a porta detrás do ônibus e eles desceram. Que quem o abordou foi o réu. Que quando eles desceram do ônibus a polícia vinha chegando. Que eles correram e a polícia foi atrás. Que além do celular do depoente levaram o da outra vítima e o de uma

> moça, que esta não fez BO na delegacia. Que estava sozinho. Que o maior estava com o revólver e o menor atrás com a faca e disse "rumbora o celular", que em pânico entregou o celular. Que os celulares estavam com o réu e o menor. Reconhece o réu como a pessoa que com o menor subtraiu seu celular e o da outra vítima.
> […]." (fls. 123)

Do conjunto probatório dos autos, nota-se que o delito restou consumado, ainda que por breve período.

Isso posto, a meu aviso, o iter criminis exigido para a configuração do crime de roubo foi percorrido em sua totalidade, uma vez que os bens foram efetivamente retirados da esfera da disponibilidade das vítimas, recordando que não se exige a posse mansa e pacífica da res furtiva.

Em outras palavras, o fato de ter subtraído para si os objetos, mediante grave ameaça, por si só, já faz com que o tipo penal tenha se consumado, porque constatada a inversão da posse dos bens.

Tal entendimento restou inclusive Sumulado, por meio do Enunciado nº 582 que assim dispõe:

> "Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada."

No mesmo sentido a Súmula nº 11, desta egrégia Corte de Justiça: "O delito de roubo se consuma no instante em que a detenção da coisa móvel alheia se transforma em posse, mediante o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, sendo irrelevante que o agente a tenha tranquila e disponha livremente da res furtiva.".

Na espécie, o entendimento do juízo de origem encontra-se de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste egrégio Tribunal, de modo que no ponto, o inconformismo não merece prosperar.

Relativamente ao pedido de desconsideração da majorante do uso de arma, melhor sorte não socorre ao recorrente.

Para que se configure a causa de aumento do emprego de arma nos crimes de roubo, é desnecessária a sua apreensão, ou mesmo a realização de perícia apta a comprovar a sua potencialidade lesiva, bastando para o seu reconhecimento que o emprego da arma seja comprovado através de prova testemunhal idônea, sobretudo quando envolver arma branca, em que a potencialidade lesiva é presumida.

Nesse sentido, colaciono o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. QUANTUM DE AUMENTO DAS MAJORANTES NO MÍNIMO LEGAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 443/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO.
>
> 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.
>
> 2. **A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há comprovação testemunhal atestando o seu emprego**.
>
> 3. No que tange ao quantum de aumento decorrente das causas de aumento especiais do crime de roubo, malgrado a sentença não tenha mencionado expressamente a fração de aumento de 1/3 (um terço), efetivamente a aplicou, e não a fração de 3/8 (três oitavos) como menciona a impetrante. Não incide, portanto, a Súmula 443/STJ, pois evidenciada a aplicação da causa de aumento no mínimo legal, ainda que tal fração não tenha sido concretamente motivada.

> 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 389.359/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017) (destaquei)

Com efeito, a prova foi segura em afirmar o uso das armas pelo agente quando do assalto, ressaltando, inclusive, que o revólver foi apreendido, conforme se depreende do Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 7.

Assim, tenho que deve ser mantida a majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, tendo em vista que a causa de aumento do uso de arma pode ser demonstrada por outros meios de prova que não o exclusivamente pericial.

Quanto à pretendida absolvição do réu da infração do artigo 244-B do ECA, melhor sorte não socorre ao apelante.

O Superior Tribunal de Justiça, a quem compete, por força constitucional, uniformizar a jurisprudência e interpretar a lei federal de natureza infraconstitucional, ao interpretar o artigo 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, firmou o entendimento de que este delito é de natureza formal, e independe da prova da efetiva corrupção do menor quando pratica qualquer crime em companhia de uma pessoa maior de idade.

Esta interpretação está materializada na súmula 500, do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> **A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.** (Súmula 500, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013). grifo nosso.

Embora ao longo do tempo tenham existido posicionamentos contrários, no sentido de que o delito previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, é de natureza material, nesta oportunidade, forçoso se curvar ao Tribunal competente que consolidou a interpretação do citado dispositivo legal.

Destarte, firmada a natureza formal do crime de corrupção de menores, torna-se desnecessária a análise probatória no sentido de saber se

o agente menor, em data anterior ao crime, já estava corrompido, ou mesmo posterior, perquirindo se após o delito examinado continuou a perpetrar ilícitos. Independe, pois, a prova do grau de corrupção do agente, bastando para a configuração do crime previsto no artigo 244-B da Lei 8.069/90 a participação do menor no ilícito penal praticado na companhia de maior, como se deu na espécie.

Lado outro, o próprio acusado confessa, em sede de interrogatório policial, a prática do crime na companhia do adolescente (fls. 16-17).

Por outro vértice, a prova da menoridade da vítima do crime de corrupção de menores, no caso o adolescente Carlos Ismael Nascimento de Almeida, está amparada em documento dotado de fé pública, inclusive com a identificação do número da identidade civil do menor (fls. 40 dos autos), razão pela qual é de se reconhecida a devida comprovação da menoridade da vítima, a ensejar a condenação do apelante pela prática do crime do art. 244-B do ECA.

Nesse sentido:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 244-B DA LEI N. 8.069/1990. COMPROVAÇÃO DA IDADE DA VÍTIMA. OCORRÊNCIA POLICIAL. DOCUMENTO HÁBIL. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. A comprovação da menoridade da vítima do crime de corrupção de menores requer prova por documento hábil. Aplicação da Súmula n. 74 do STJ. 2. É assente na jurisprudência deste Superior Tribunal o entendimento de que a certidão de nascimento não é o único documento idôneo para comprovar a idade do adolescente corrompido, que também pode ser atestada por outros documentos oficiais, dotados de fé pública, emitidos por órgãos estatais de identificação civil e cuja veracidade somente pode ser afastada mediante prova em contrário.
> 3. No caso, outros documentos dotados de fé pública - auto de apreensão em flagrante de ato infracional e o boletim de ocorrência - foram colacionados aos autos para comprovar a idade do adolescente, vítima do crime de corrupção de menores. A menoridade foi, portanto, devidamente atestada por meio do boletim de ocorrência, em que consta a qualificação do menor.

> 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 393.032/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 27/10/2017)

Relativamente à dosimetria da pena, entendo que a operação merece reparos.

Isso porque, esta egrégia 2ª Câmara Criminal firmou o entendimento no sentido de que, não havendo prova em sentido contrário, entre os crimes de roubo majorado e de corrupção de menores a conduta do agente se amolda àquela prevista no art. 70 do CP e não à disposta no art. 69 do CP, uma vez que o agente, mediante uma só ação, cometeu mais de um crime – concurso formal próprio.

Assim, considerando que o réu, com unidade de desígnios, praticou os crimes de roubo (duas vezes) e corrupção de menores, aplica-se a regra do concurso formal próprio (art. 70, 1ª parte, do CP), devendo a fração de aumento da pena ser proporcional ao número de vítimas atingidas. Sendo de 1/6 para duas vítimas, 1/5 para três vítimas, 1/3 para 5 vítimas e 1/2 para 6 ou mais vítimas.

Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, (POR QUATRO VEZES), C.C. ART. 70, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. TERCEIRA FASE. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA CONCRETA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONCURSO FORMAL. CRITÉRIO NUMÉRICO OBJETIVO. PRÁTICA DE QUATRO INFRAÇÕES. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DE 1/2 PARA 1/4. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.
>
> 1. Não há ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que

devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.
2. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço (crime cometido por quatro agentes, portando armas de fogo).
3. É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente ao concurso formal de crimes, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. Na espécie, observando o universo de 4 (quatro) crimes cometidos pelo réu, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 1/4 (um quarto).
4. Ordem concedida em parte, a fim de reduzir a pena do paciente para 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mais 31 (trinta e um) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.
(HC 395.869/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017)

In casu, considerando que o réu cometeu dois crimes de roubo (duas vítimas) e um crime de corrupção de menores (uma vítima), o aumento da pena deve ser de 1/5, fração que faço incidir sobre a pena de 6 anos (mais grave), resultando a reprimenda imposta ao recorrente, em caráter definitivo em 7 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto – art. 33, § 2º, "b", do CP.

Faço a ressalva de meu entendimento, porque, para mim, o crime de corrupção de menores é prévio e antecedente à prática do crime de roubo. Não há, nessas situações, uma só conduta, mas duas, autônomas e independentes, cada uma delas subscrita em um tipo penal diverso. E na pior das hipóteses, em se admitindo que houvesse concurso formal, ter-se-ia a hipótese de concurso formal impróprio, já que há vontades e objetividades jurídicas bem diversas (artigo 70, "caput", segunda parte, do Código Penal).

Com tais considerações, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO, e, de ofício, reconhecido o concurso formal próprio entre os crimes de roubo e o de corrupção de menores,para reduzir a pena imposta ao recorrente para 7 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mantendo, no mais, incólume a r. sentença de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, CE, 7 de março de 2018.

PROCESSO: 0800980-78.2014.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTES: FRANCISCO EDIGLER FERNANDES E FRANCISCO CHARLES MOREIRA DE SOUSA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIME. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS INCONTESTES. DEPOIMENTOS INCRIMINATÓRIOS DAS VÍTIMAS.

Apesar da defesa buscar absolvição dos apelantes, inexiste ambiente fático-probatório a amparar tal pretensão, vez que as narrativas dos fatos trazidas pelas vítimas, em harmonia com os depoimentos dos policiais que atenderam à ocorrência, confirmam, à desdúvida, que os apelantes praticaram os três crimes descritos na denúncia**.** De sabença comum que nesse tipo de delito o testemunho firme e coerente da vítima é suficiente para firmar o convencimento condenatório, só podendo ser desprezado quando há provas, nos autos, de que não condiz com a verdade. Na ausência, certo que se acolha o depoimento incriminador em detrimento à negativa dos réus, pois estes, sim, têm motivos para mentir em Juízo com o fim de impedir uma condenação. CENSURAS PENAIS. RETIFICAÇÃO. ADEQUAÇÃO À ANALISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS LEVADAS A TERMO PELO JULGADOR MONOCRÁTICO. RECURSOS CONHECIDOS E, PARCIALMENTE, PROVIDOS. SENTENÇA RETIFICADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer dos recursos, dando-lhes, parcial, provimento nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 28 de fevereiro de 2018.

RELATÓRIO

Condenados a 8(oito) anos e 9(nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, por roubo duplamente majorado, em continuidade delitiva, apelaram, os acima identificados, aduzindo o que segue.

Pretendem suas absolvições ao argumento de insuficiência de provas, sustentando, ainda, ausência de comprovação da continuidade delitiva. Subsidiariamente, buscam lenificar a censura penal que lhe foi imposta.

Recursos contra-arrazoados, a douta PGJ foi pelo seus desprovimentos.

Era o que se tinha a relatar.

À Revisão.

VOTO

Recursos que preenchem as condições de admissibilidade ensejando seus conhecimentos.

Narra a denúncia que no dia 6 de novembro de 2014, por volta das 8h30min, na Av. Bernardo Manuel nesta capital, os ora apelantes roubaram um automóvel contendo uma carga de celulares. Ao que consta os infratores cometeram o mesmo crime, contra a mesma vítima, mais duas vezes, nos dia 7/11/2014, em frente ao Shopping Via Sul, e outro no dia 10/11/2014, na Rua João Brígido, em frente ao Supermercado G. Barbosa.

Segundo apurado, no dia 6/11/2014, na Av. Bernardo Manuel, em frente ao antigo IPPOO, a vítima Manoel Vicente de Oliveira Fialho Neto, foi abordada por dois indivíduos armados com arma de fogo, que o mandaram, e ao passageiro, descer do veículo, no caso, uma Fiorino, marca Fiat. Nesse momento os assaltantes ocuparam o veículo o conduzindo junto com a carga que transportava, aparelhos celulares avaliados em R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

Após o ocorrido, as vítimas avistaram uma viatura policial da Divisão de Homicídios e pediram ajuda. A carga objeto do roubo possuía rastreador que dava a indicação de que estava na Rua Gustavo Braga, 128, atrás do Banco do Brasil situado na Av. José Bastos. Foi então que os policiais se digiram ao local e encontram a res furtiva dentro de uma Fiat Uno. O veículo Fiat Fiorino tomado de assalto junto com as mercadorias, foi encontrado, abandonado, na Rua do Matadouro, 1460, Parque Dois Irmãos, Comunidade da Rosalina. A mercadoria apreendida e o carro foram conduzidos à Divisão de Homicídios.

No dia 7/11/2014, Manoel e José Fialho foram ao Shopping Via Sul entregar uma carga de aparelhos celulares e "chips", avaliados em R$ 17.500,00(dezessete mil e quinhentos reais), quando foram abordados pelos mesmos infratores, os quais tomaram, novamente, de assalto, a mercadoria transportada.

No dia 10/11/2014, por volta das 13h00min, na Rua João Brígido, em frente ao estacionamento do Supermercado G. Barbosa, as vítimas foram roubadas pela terceira vez, pelos mesmos infratores que, desta feita, levaram uma carga de eletrodomésticos avaliada em R$ 1.750,00(hum, setecentos e cinquenta reais).

Restou apurado, ainda, que nos três crimes de roubo praticados contra a RE Furtado Transportes EPP, os apelantes se utilizaram dos mesmos veículos, um Volkswagen Gol e uma moto Honda.

A polícia, investigando os crimes, encontrou o veículo Gol, na região do bairro Antônio Bezerra, o qual, no momento da abordagem era conduzido por Jaílson Martins de Sousa, que ao ser questionado sobre os roubos confessou a participação em um deles, o ocorrido no dia 10/11/2014,

imputando a autoria dos demais a Francisco Edigler Fernandes. Jaílson Fernandes, afirmou, ainda, que nos demais roubos emprestou seu veículo pelo valor de R$ 100,00(cem reais) para que Francisco Edigler o utilizasse nos crimes. Confessou ter ainda participado de outros furtos junto com o apelante Edigler, que fica sempre responsável pela venda da mercadoria.

De inicio, informa-se que foram denunciados na ação penal Joilson Martins de Sousa, Francisco Edigler Fernandes e Francisco Charles Moreira de Sousa. O primeiro denunciado teve o processo suspenso, prosseguindo a ação em relação aos outros dois que findaram condenados e apresentaram as apelações ora apreciadas.

Adiante, corridos os autos, temos que a materialidade delitiva está exatificada no Inquérito Policial e Termo de Apreensão.

No respeitante à autoria os ora apelantes a negam.

Não obstante a vítima Manoel Vicente, ouvida em juízo, reconheceu os réus (apelantes) como autores do delito. Afirmou que foram três assaltos, nos dias 6, 7 e 10 de novembro. O primeiro, ocorreu na Av. Bernardo Manuel. Os assaltantes estavam em um Gol cinza e numa moto amarela e outra bege. Afirmou que foi abordado por dois indivíduos que estavam de arma em punho e que desceu do veículo e os assaltantes o levaram, ficando com seu colega no meio da rua. Declarou que passou uma viatura policial e eles informaram do assalto e que a mercadoria possuía rastreador. A polícia diligenciou e conseguiu abordar o carro roubado. Afirmou que a mercadoria estava avaliada em R$ 300.000,00(trezentos mil reais) mas que foi recuperado R$4.000,00(quatro mil reais). Prosseguiu afirmando que no dia 7 do mesmo mês teve outro assalto no estacionamento do Shopping Via Sul. No momento em que destravava o baú do veículo, foi abordado por dois indivíduos à pé, e tinha um Gol azul dando cobertura. Nesse assalto levaram R$ 17.000,00(dezessete mil reais) em mercadorias. Declarou que no dia 10 do mesmo mês, desta feita no estacionamento do Supermercado G. Barbosa, duas motos, com dois agentes e um à pé, lhe abordaram, e que os dois eram os mesmos que fizeram os dois primeiros assaltos, no caso os ora apelantes, e que o terceiro que entrou no carro não tinha visto ainda. Que o valor da mercadoria desse assalto era de de R$ 10.000,00 (dez mil reais),

sendo recuperada parte dela. A vítima afirmou que reconheceu, na Delegacia, dois dos assaltantes, pessoalmente, e o terceiro por fotografia.

De igual modo, a vítima José Fialho da Silva, afirmou, em juízo, que estava com a primeira vítima no assalto do dia 6 e do dia 10 de novembro, declarando que os assaltantes eram os mesmos nos dois assaltos, no caso, os ora apelantes.

Dessa forma, ao contrário do que afirmado pela defesa dos recorrentes, há, no caderno processual, os depoimentos das vítimas dos assaltos cometidos em sequência, respectivamente, nos dias 6, 7 e 10 de novembro de 2014. A vítima Manoel Vicente reconheceu os dois apelantes como autores dos três assaltos. A vítima, José Fialho, reconheceu os ora apelantes como autores de dois assaltos, respectivamente, dias 6 e 7 de novembro de 2014, nada afirmando quanto ao assalto do dia 10 de novembro porque não estava presente.

Nesse contexto, apesar da defesa buscar absolvição dos apelantes, inexiste ambiente fático-probatório a amparar tal pretensão, vez que as narrativas dos fatos trazidas pelas vítimas, em harmonia com os depoimentos dos policiais que atenderam à ocorrência, confirmam, à desdúvida, que os apelantes praticaram os três crimes descritos na denúncia.

De sabença comum que nesse tipo de delito o testemunho firme e coerente da vítima é suficiente para firmar o convencimento condenatório, só podendo ser desprezado quando há provas, nos autos, de que não condiz com a verdade.

Na ausência, certo que se acolha o depoimento incriminador em detrimento à negativa dos réus, pois estes, sim, têm motivos para mentir em Juízo com o fim de impedir uma condenação.

Nada a retificar quanto à condenação em relação a esses crimes de roubo duplamente majorado, pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes, concluindo-se que foram cometidos na forma do art.71 da lei penal, ou seja, crime continuado.

Ressalte-se que as vítimas descreveram, claramente, que foram ameaçadas pelos assaltantes com emprego de arma de fogo. Nesse sentido, no exprimir do STF, "a qualificadora do art.157, §2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial, pela palavra

da vítima, reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente, ou pelo depoimento de testemunha presencial" (HC 111.839-MT, 1ª Turma, Rela. Min. Luiz Fux, 22/5/2012).

No capítulo referente ao doseamento da censura penal imposta aos apelantes, constata-se que o judicante assim se pronunciou.

Relativamente ao réu Francisco Charles Moreira de Sousa:

> "(...)Analisadas as diretrizes do art. 59, CPB, denoto que o réu agiu com **culpabilidade normal** a espécie, nada tendo a valorar; **não é possuidor de maus antecedentes**, face a incidência da sumula 444 do STJ; **poucos elementos foram coletados a respeito de sua conduta social e personalidade**; **o motivo do delito se constitui pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o qual já é punido pela própria tipicidade e previsão do delito**, de acordo com a própria objetividade jurídica dos crimes contra o patrimônio; **as consequência do crime são desfavoráveis face a elevada perda patrimonial suportada pelas vítimas; as circunstancias do crime são desfavoráveis ao acusado uma vez que perpetrado em concurso de pessoas; a conduta da vítima em nada contribuiu para a consumação do ilícito; e não existem elementos para se aferir a situação econômica do réu.** À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente é que fixo a pena-base em **05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e a 20 (vinte) dias multa, sendo cada dia multa equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente há época do fato.** Ausente circunstância agravante ou atenuante. Ausente causa de diminuição de pena. **Considerando a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, §2º, inc. I do CPB, aumento a pena anteriormente fixada em 1/3**, fixando-a em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e a 30 dias multa, observado o disposto pelo art. 60, do Código Penal. **Face a expressa previsão do art. 71 do CPB, aumento a pena em 1/5, ficando em 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão de forma definitiva** (...)".

Pois bem, da análise levada a termo pelo judicante, das circunstâncias judiciais analisadas, somente as consequências do crime refletem negativamente de maneira a amparar a elevação da basilar acima do

mínimo legal. As circunstâncias do crime, apesar de consideradas negativas pelo Magistrado, a justificativa apresentada não se presta a tal mister. Isso porque considerou, o sentenciante, que o crime fora cometido em concurso de pessoas, circunstância, já considerada para agravar a pena em fase própria. Assim, como somente as consequências do crime ressoam negativas ao apenado, no caso bastante negativas quando considerado o prejuízo gerado à vítima, entendo que a sobrelevação proposta pelo julgador monocrático se entremostra desproporcional, razão pela qual impositiva sua retificação.

Dessa forma, considerando as circunstâncias judiciais analisadas, fixa-se a pena-base, ao réu, de 5 (cinco) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, cada dia a 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. A seguir, reconhecidas as majorantes do crime em comparsaria e com emprego de arma, aplica-se a fração de 1/3 (um terço), alcançando-se o patamar de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias multa. Prosseguindo, como foram três crimes de roubo duplamente majorado, cometidos na forma do art.71 da lei penal, aplica-se a fração de aumento de 1/5 (um quinto), finalizando, a censura penal em 8 (oito) anos de reclusão e 31 (trinta e um) dias-multa. Na forma do preconizado pelo parágrafo terceiro, do art.33 da lei penal, fixa-se o regime fechado para o cumprimento da pena, considerando-se a análise negativa das circunstâncias judiciais, no caso, as consequências do crime, já utilizadas para sobrelevar a basilar.

Relativamente ao réu Francisco Edigler Fernandes, vislumbrando o comando judicial, verifica-se que o julgador procedeu a idêntica análise das circunstâncias judiciais, inclusive fixando a basilar no mesmo patamar do corréu. No caso, aplicável o mesmo entendimento demonstrado por esta Relatoria, de igual, a mesma conclusão de que a censura penal deve ser retificada, adequando-se ao que foi circunstanciado pelo julgador monocrático.

Dessa forma, igualmente ao corréu, considerando as circunstâncias judiciais analisadas, fixa-se a pena-base, ao réu, de 5 (cinco) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, cada dia a 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. A seguir, reconhecidas as majorantes do crime em comparsaria e com emprego de arma, aplica-se a fração de 1/3 (um terço), alcançando-se o patamar de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 26

(vinte e seis) dias multa. Prosseguindo, como foram três crimes de roubo duplamente majorado, cometidos na forma do art.71 da lei penal, aplica-se a fração de aumento de 1/5 (um quinto), finalizando, a censura penal, em 8 (oito) anos de reclusão e 31 (trinta e um) dias-multa. Na forma do preconizado pelo parágrafo terceiro, do art.33 da lei penal, fixa-se o regime fechado para o cumprimento da pena, considerando-se a análise negativa das circunstâncias judiciais, no caso, as consequências do crime, já utilizada para sobrelevar a basilar.

Isso posto, é o presente para tomar conhecimento dos recursos, dando-lhes, parcial, provimento nos estreitos limites de retificar as censuras penais impostas aos apelantes.

Fortaleza, 28 de fevereiro de 2018.

HABEAS CORPUS

PROCESSO: 0620004-40.2018.8.06.0000 - *HABEAS CORPUS*
IMPETRANTE: IVANDETE LIBERATO BOMFIM
PACIENTE: MARCOS DA SILVA FARIAS
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DA COMARCA DE FORTALEZA
CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PUBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA - EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. CUMPRIMENTO DE REGIME SEMIABERTO, PRISÃO DOMICILIAR E MONITORAMENTO ELETRÔNICO. DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS IMPOSTAS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. (HC 339090/RJ, REL. MIN. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, 5/4/2016). REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME E REVOGAÇÃO DO FAVOR LEGAL. OITIVA PRÉVIA DO APENADO. PRESCINDIBILIDADE. A regressão cautelar de regime encontra amparo, como dito pelo julgador monocrático, pois o comportamento do penitente em desrespeitar,

reiteradamente, as regras do monitoramento eletrônico (anotadas em relatório), demonstra sua clara intenção de furtar-se à aplicação da lei penal. Tal entendimento encontra amparo em decisões do Supremo Tribunal Federal que entendem que em caso de regressão cautelar, não se faz necessária a ouvida do condenado, como determina o § 2º do art. 118 da Lei de Execuções Penais, visto que essa exigência somente é obrigatória na regressão definitiva ao regime mais severo, sob pena de contrariar a finalidade de tal medida. NÃO CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PATENTE E FLAGRANTE ILEGALIDADE APTA A AMPARAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em não conhecer o *writ*, reconhecendo inexistir fundamento à concessão da ordem, *ex officio*, na conformidade do voto do Relator.

Fortaleza, 7 de março de 2018.

RELATÓRIO

Impetração voltada contra decisão da autoridade coatora que determinou a regressão de regime do ora paciente, réu condenado a 8 (oito) anos de reclusão em regime fechado, pelo cometimento de crimes previstos no art.33, *caput*, c/c art.40, *caput*, da Lei nº 11.343/96.

Alega-se, em síntese, que o paciente era beneficiário de progressão ao regime semiaberto e prisão domiciliar combinada com monitoramento eletrônico e trabalho externo e que a decisão ora combatida restou embasada em elementos insuficientes e assim desprovida de fundamentação, inexistindo provas cabais da ocorrência de descumprimento das regras do monitoramento eletrônico.

Obtempera que a decisão do magistrado desrespeitou o devido processo legal posto que não foi instaurado procedimento administrativo, conforme determina a lei e, por consequência, não lhe foi oportunizado o direito à ampla defesa.

Aduz que o coacto está em vias de ser preso tendo em vista a expedição de mandado de prisão em seu desfavor, razão pela qual ingressou com o presente "writ preventivo"

Liminar indeferida, sendo requisitadas e prestadas informações pela autoridade coatora.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça discordante do pedido.

É o relato.

VOTO

Ao vislumbre do que consta no presente caderno processual, mormente, as informações prestadas pela autoridade coatora, constata-se que o ora paciente foi condenado ao cumprimento de uma pena de 8(oito) anos de reclusão em regime fechado pelo cometimento dos crimes previstos no art. 33, *caput*, c/c art. 40, *caput*, inciso I, da Lei nº 11.343/06.

Em 17 de outubro de 2016 foi concedida a ele, apenado, a progressão para o regime semiaberto, sendo, em 3 de agosto de 2016, concedida a prisão domiciliar e em 29 de setembro de 2017 concedido o benefício do trabalho externo.

Ainda dos informes do juízo *a quo* consta que a defesa do ora paciente requereu a retirada do monitoramento eletrônico, porém o judicante, nesse ínterim, foi informado através de relatório que o apenado estava burlando as regras do monitoramento eletrônico, "(...)estando fora

da área de inclusão, inclusive com bloqueios de sinal, por diversas vezes(...)". Tal circunstância, segundo concluiu o julgador, impossibilitava a ciência da real localização do paciente, nas situações de bloqueio, razão pela qual lhe foi revogado o monitoramento eletrônico e determinada a regressão do regime de cumprimento da pena para o fechado. Após a prolação dessa decisão, consta dos informes que o apenado rompeu o equipamento de monitoramento, circunstância impeditiva de sua localização.

Primeiramente, vislumbrando o que consta no presente *writ*, entendo que a análise a ser operada por esta Corte, deve cingir-se sobre a legalidade da decisão proferida pela autoridade coatora.

A discussão de matéria sobre a intencionalidade do apenado em descumprir regras impostas quando da imposição do benefício, foge ao raso e escasso âmbito do *habeas corpus* onde, sabido, a prova há de vir pré constituída, inexistindo espaço para dilação probatória ou contraditório.

Porquanto para se invalidar a conclusão a que chegou a instância originária, necessário seria revolvimento fático-probatrório incompatível com a via mandamental eleita, para isso existindo o recurso de Agravo em Execução.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, considerando a utilização crescente e sucessiva de *habeas corpus* como sucedâneo recursal, passaram a restringir a sua admissibilidade, quando o ato tido por ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria.

Analisa-se, outrossim, somente a possibilidade de concessão de ordem de ofício ante a configuração de patente e flagrante ilegalidade. Com esse entendimento as Cortes Superiores preservam a utilidade do writ, instrumento constitucional de garantia à liberdade do cidadão.

Feitas essas considerações iniciais, verifica-se que o julgador monocrático proferiu a decisão ora atacada, cópia nos autos págs.433/436, ao decidir sobre pretensão da defesa do reeducando de retirada do monitoramento eletrônico. Nela restou consignado que o apenado estava burlando as regras do monitoramento, possuindo violações a área de inclusão, inclusive com bloqueios de sinais. Entendeu o julgador que tal circunstância inviabilizava

a real localização do apenado em autêntica burla à aplicação da lei penal. A decisão foi pautada em relatório de monitoramento emitido pelo órgão competente, pág. 394, concluindo o julgador que a situação se assemelhava a de réu foragido e que o ora paciente não demonstrara, com seu comportamento, aptidão para continuar gozando do benefício. Nesse contexto, fazendo uso do poder geral de cautela e fundamentado nos arts. 118, inciso I, e art.16, ambos da LEP, indeferiu o pedido de retirada do monitoramento eletrônico, revogando, a mais, a prisão domiciliar antes deferida e regredindo o regime de cumprimento da pena do ora paciente para o fechado.

Como antedito, a questão aqui posta deve se restringir à possibilidade ou não do Magistrado proferir decisão regredindo o apenado de regime prisional, de forma cautelar, sem a ouvida da parte adversa.

A respeito, anoto que a regressão cautelar de regime encontra amparo, como dito pelo julgador monocrático, pois o comportamento do apenado em desrespeitar, reiteradamente, as regras do monitoramento eletrônico (anotadas em relatório), demonstra sua clara intenção de furtar-se à aplicação da lei penal. Tal entendimento encontra amparo em decisões do Supremo Tribunal Federal que entendem que em caso de regressão cautelar, não se faz necessária a ouvida do condenado, como determina o § 2º do art. 118 da Lei de Execuções Penais, visto que essa exigência somente é obrigatória na regressão definitiva ao regime mais severo, sob pena de contrariar a finalidade de tal medida.

Nesse sentido, os precedentes: "(...)RHC 116467, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, Dje de 03-02-2013; HC 106942, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, Dje de 23-05-2012; RHC 92282, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Dje de 13-06-2008; HC 84112, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJ de 21-05-2004".

Nesse passo, não prospera a alegação do impetrante de que a decisão proferida pelo Juízo da Execução violou princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, vez que o entendimento majoritário é no sentido de que a exigência de contraditório é devida na hipótese de regressão definitiva de regime, sendo dispensável em sede de provimento cautelar.

Ressalte-se que consta dos autos, pág. 468, ofício da COSIPE/SEJUS, dirigido à autoridade coatora, informando que o apenado, desde o dia 1 de dezembro de 2017, "interrompeu o serviço de monitoramento eletrônico não sendo possível aferir a sua localização". Informou, ainda, que o equipamento que estava na posse dele, réu, não fora recuperado, gerando prejuízos ao erário público.

Ou seja, é dizer, atualmente, o ora paciente está em local desconhecido, pelo menos da Justiça.

Isso posto, sem mais delongas, é o presente para não tomar conhecimento do mandamus, deixando de conceder a ordem, ex officio, por não vislumbrar nenhuma circunstância ensejadora do seu deferimento.

Fortaleza, 7 de março de 2018

PROCESSO: 0620411-46.2018.8.06.0000 - *HABEAS CORPUS*
IMPETRANTE: MANUEL REGIS CÂNDIDO MACIEL
PACIENTE: SOLANGE DA SILVA SANTOS
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS DA COMARCA DE FORTALEZA
CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PUBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA - PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. INDEFERIMENTO. As circunstâncias da prisão em flagrante da paciente, aliada ao fato de que ela apresenta condenação transitada em julgado por prática idêntica a que originou a presente impetração, qual seja, envolvimento em tráfico de drogas, conduzem à conclusão de que a liberdade da ré acarretaria mais danos que benefícios às crianças, vez que ela demonstra, com seu comportamento, renitência na prática de tráfico de drogas, e assim sujeitando suas filhas ao convívio, diário, com tal situação, afirme-se, deveras perniciosa às suas formações. Não se cuida aqui de suposições ou presunções, mas sim de situação real, concreta, onde, fatalmente, as crianças convivem com o entra e sai de traficantes, viciados, além de se sujeitarem às circunstâncias de ações policiais. Inadmissível que as hipóteses legais aptas a amparar pleito de prisão domiciliar, previstas no art. 318 da lei processual

penal, criadas para casos específicos e com os rigores nelas previstos, sirvam de escudo ou salvo conduto para criminosos praticarem toda sorte de condutas delitivas e depois virem buscar resguardo legal para se manter em liberdade. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO. Infelizmente, forçoso reconhecer a existência de demora injustificada na tramitação processual de uma ação penal simples, permanecendo a ré presa sem, sequer, ser iniciada a instrução criminal. Flagrante, no caso em exame, que a prisão do paciente tornou-se ilegal face à extrapolação do prazo que de seu aprisionamento inicial, em flagrante, ocorrido em 17 de julho de 2017, até a presente data, sem que tenha início a instrução processual. A liberdade individual é garantia constitucional e sua privação, admissível, entretanto, deve ser norteada pela legalidade. Dessa forma, considerando a ausência de qualquer justificativa a não ser a inoperância estatal em cumprir seu mister, forçoso reconhecer, de ofício, a ocorrência de constrangimento ilegal por excesso de prazo, circunstância, ao meu sentir, ensejadora do deferimento do pleito habeascorporal em favor da paciente, e assim substituir, a sua prisão, por medidas cautelares diversas. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. RECONHECIMENTO, *EX OFFICIO*, DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUÍDA POR MEDIDAS CAUTELARES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, **A**CORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em DENEGAR a ordem impetrada, porém, para reconhecer, de ofício, a ocorrência de constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 25 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Impetração voltada contra decisão que denegou pedido de substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar da paciente, ré em ação penal por tráfico de drogas e associação.

Alega, para isso, ser mãe de duas filhas menores de idade, uma de três anos e outra de quatorze anos de idade.

Informado e com parecer ministerial discordante do pedido, mas pela concessão, de ofício, da ordem, em face da configuração de excesso de prazo na formação da culpa.

Era o que se tinha a relatar.

VOTO

Segundo consta no dia 17 de julho de 2017 policiais militares realizavam patrulhamento de rotina no bairro Jardim América para averiguação de tráfico de drogas na residência situada à Rua Antônio Mendes, 86. A delação apontava um casal como responsável pela comercialização de entorpecentes.

Ao chegarem ao local os policiais foram recepcionados pela paciente que ao ser indagada sobre a prática de tráfico negou o fato, contudo, ao ter seu nome consultado via CIOPS constatou-se que já fora denunciada

por tráfico de drogas. Os policiais, diante da informação, solicitaram o ingresso à residência culminando por encontrar 10(dez) papelotes de maconha, pesando 5 gramas, 3 (três) trouxinhas de cocaína, dinheiro, sacos plásticos.

Nesse contexto, foi presa em flagrante e denunciada pela prática dos crimes previstos no art. 33 e 35 da Lei de Drogas.

Primeiramente, na impetração, se alega que fora ingressado no juízo a quo Pedido de Substituição de Prisão Preventiva por Prisão Domiciliar e que referido pedido fora denegado por decisão prolatada em 17 de janeiro de 2018. Ocorreu que tal decisão não foi juntada no presente writ o que inviabiliza a apreciação da motivação apresentada pela autoridade processante.

Não obstante, em vislumbre a autos originários, constata-se, de fato, que a ora paciente, apresenta condenação transitada em julgado, por delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas, Ação Penal nº. 466848-73.2011.8.06.0001, que tramitou junto à 1ª. Vara de Delitos de Tráfico de Drogas, com condenação ao cumprimento de 1(um) ano e 2(dois) meses de prestação de serviços à comunidade, recebendo Alvará de Soltura em 10/10/2011, sendo informado na certidão de pág. 38 dos autos originários, que a ré compareceu ao Setor de Serviço Social somente em 26/04/2017 para o cumprimento do restante da pena.

A paciente busca a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar alegando possuir filhas menores impúberes.

Como bem ressaltado no parecer da douta Procuradoria de Justiça, em que pese o Supremo Tribunal Federal, em 20/2/2018, por maioria de votos, ter concedido a ordem no HC nº 143.641/SP, determinando a substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar, sem prejuízo de imposição de medidas cautelares diversas, a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, sua Excelência, Min. Alexandre de Moares, no julgamento do HC 152.500, afirmou que essa regra **"(...)não implica reconhecer que a prisão domiciliar tem aplicação irrestrita ou automática. Deve o julgador, como em todo ato restritivo de liberdade, proceder ao exame do merecimento da agente e da conveniência da medida à luz das particularidades do caso concreto(...)"**(grifei e negritei).

Assim em vislumbre ao que dos autos consta, a ré omitiu-se em comprovar que ela, é a única responsável pelos cuidados das crianças, tanto afetiva quanto materialmente, inexistindo no presente caderno processual qualquer adminículo probatório nesse sentido.

Ressalte-se que o fato da paciente estar presa, *per si*, não conduz à conclusão de que suas filhas estão em situação de risco à míngua dos cuidados mínimos necessários às suas sobrevivências. Presumir-se-ia, no caso, a ausência completa de parentes da ré aptos a suprir tal deficiência.

Nesse contexto, considero que as circunstâncias da prisão em flagrante da paciente, aliada ao fato de que ela apresenta condenação transitada em julgado por prática idêntica a que originou a presente impetração, qual seja, envolvimento em tráfico de drogas, conduzem à conclusão de que a liberdade da ré acarretaria mais danos que benefícios às crianças, vez que ela demonstra, com seu comportamento, renitência na prática de tráfico de drogas, e assim sujeitando suas filhas ao convívio, diário, com tal situação, afirme-se, deveras perniciosa às suas formações**.** Não se cuida aqui de suposições ou presunções, mas sim de situação real, concreta, onde, fatalmente, as crianças convivem com o entra e sai de traficantes, viciados, além de se sujeitarem às circunstâncias de ações policiais.

Inadmissível que as hipóteses legais aptas a amparar pleito de prisão domiciliar, previstas no art. 318 da lei processual penal, criadas para casos específicos e com os rigores nelas previstos, sirvam de escudo ou salvo conduto para criminosos praticarem toda sorte de condutas delitivas e depois virem buscar resguardo legal para se manter em liberdade.

Dito isso, passo a analisar, de ofício, a situação processual da paciente.

No ponto, constata-se, a curto, a ocorrência de injustificada tardança processual.

Explica-se.

A paciente foi presa em 17 de julho de 2017.

Em consulta ao Sistema de Informação Processual, se vê a designação para realização de Audiência de Instrução na data de 29 de março de 2018, quinta-feira da Semana Santa, sabidamente, dia em que não há expediente forense.

Nesse contexto, infelizmente, forçoso reconhecer a existência de demora injustificada na tramitação processual de uma ação penal simples, permanecendo a ré presa sem, sequer, ser iniciada a instrução criminal.

Flagrante, no caso em exame, que a prisão do paciente tornou-se ilegal face à extrapolação do prazo, que de seu aprisionamento inicial, em flagrante, ocorrido em 17 de julho de 2017, até a presente data, sem que tenha início a instrução processual.

A liberdade individual é garantia constitucional e sua privação, admissível, entretanto, deve ser norteada pela legalidade.

Dessa forma, considerando a ausência de qualquer justificativa a não ser a inoperância estatal em cumprir seu mister, forçoso reconhecer, de ofício, a ocorrência de constrangimento ilegal por excesso de prazo, circunstância, ao meu sentir, ensejadora do deferimento do pleito habeascorporal em favor da paciente, e assim substituir, a sua prisão, por medidas cautelares diversas.

Assim é que, em consonância com a douta Procuradoria de Justiça, revoga-se a prisão preventiva da paciente, impondo-se lhe, na conformidade do que dispõe o art. 319 da lei adjetiva penal, com as alterações propugnadas pela Lei nº.12.403/11, medidas cautelares diversas da prisão que acaso, descumpridas, ensejam a imediata revogação do favor legal, consistentes em:

a) comparecimento periódico ao juízo, no prazo e nas condições a serem fixadas pelo juiz da causa, para informar e justificar atividades;

b) proibição de ausentar-se do distrito da culpa;

c) recolhimento domiciliar noturno;

d) monitoração eletrônica, na forma da lei

Alvará de Soltura a ser expedido pelo juízo de origem.

Fortaleza, 25 de abril de 2018.

PROCESSO N.º: 0626887-42.2014.8.06.0000 *HABEAS CORPUS*
IMPETRANTE: WALBER OLIVEIRA DE CARVALHO
IMPETRADO: ÍZO DE DIREITO DA ªVARA DA COMARCA DE /CE
PACIENTE: ÂNIA DA SILVA LIMA
RELATOR: DESEMBARGADORPEDROSA TEIXEIRA
VOTO-VISTA: DESEMBARGADOR MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA MAJORADA, CORRUPÇÃO DE MENORES, CRIMES DO SISTEMA NACIONAL DE ARMAS E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1. Paciente presa em 27/07/2014, por suposta infração ao disposto no art. 288, Parágrafo Único, Código Penal; Art. 244-B, Estatuto da Criança e do Adolescente; Arts. 14 e 16 da Lei 10.826/2003 e Arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006, requerendo a revogação da prisão preventiva, por ausência de fundamentos da medida de segregação.

2. Reputa-se devidamente fundamentada a ordem de segregação da acusada diante da gravidade concreta do delito e da periculosidade demonstrada pelo *modus operandi* da conduta criminosa, segundo o qual foi apreendido pesado armamento, conforme consta no auto de apresentação e apreensão, fls. 111 e 112, o que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, é fundamento idôneo para manter o indivíduo no cárcere. Precedentes.

3. Salienta-se que, conforme entendimento dos Tribunais Superiores, a existência de condições pessoais favoráveis à paciente, por si só, não tem o condão de afastar o decreto preventivo, se estiverem presentes os requisitos autorizadores da constrição.
4. Ordem conhecida e denegada.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, acordam os Desembargadores da 1aCâmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, MAIORIA em ânciacom o parecer ministerial, em CONHECER da ordem impetrada, mas para DENEGÁ-LA, tudo em conformidade com o voto .

Fortaleza, 20 de janeiro de 2015.

VOTO-VISTA

Trata-se de *habeas corpus*impetrado em favor dpaciente ÂNIA DA SILVA LIMA, contra ato do Juízo de Direito da ª Vara Comarca de /CE.

In casu, paciente figura como ré no crimenº -67.2014.8.06.0158, tendo sido mesmem flagrante dia 26/07/2014,pela prática ddelitotipificadono art. , Parágrafo Único, Código Penal; Art. 244-B, Estatuto da Criança e do ; Arts. 14 e 16 da Lei 10.826/2003 e Arts. 33 e 35 Lei 11.343/2006.

Medida liminar indeferida em 06/10/2014 (fls. 35).

Informações da autoridade impetrada em 04/11/2014 (fls. 38/39).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça em 13/11/2014 (fls. 41/48), opinando pela denegação da ordem.

O eminente Desembargador Francisco Pedrosa Teixeira, ao prolatar seu voto, reconheceu que as decisões que decretaram a prisão preventiva, bem como a que indeferiu o pedido de liberdade provisória

da paciente estavam fundamentadas unicamente na gravidade dos crimes perpetrados e, por isso, determinou a soltura da ré mediante o cumprimento de medidas cautelares alternativas.

Após, a eminente Des. Maria Edna Martins acompanhou o voto do Relator.

Posteriormente, seguindo a sessão de julgamento, pedi vista dos autos para melhor análise da questão.

É o relatório. Passo a análise do *writ*.

No caso em estudo, ao conceder a ordem substituindo a prisão preventiva da paciente por medidas cautelares diversas, hei por bem em divergir do Douto Relator, enveredando, *a priori*, no sentido de não conhecer da ordem impetrada.

Atento a documentação acostada ao presente *writ,* vem ao caso ressaltar que o impetrante não juntou aos autos, no momento da impetração, cópia da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente.

Dito isto, observa-que juízo de piso, ao indeferir o pedido de liberdade provisória, manifestou-se nos seguintes termos:

> No caso da requerente, a custódia foi devidamente fundamentada na prova do cometimento do ilícito, bem assim, nos indícios suficientes de autoria, uma vez que restara, inclusive, presa em flagrante delito.
> Ademais, foi decretada com o fim de resguardar a ordem pública, tendo em vista que a conduta delitiva atribuída a mesma é de grande gravidade, impertinentes nos parecem as alegações para os fins pretendidos pela defesa.
> (…)
> Portanto, entendo não ser o caso de revogação da custódia. Tenho como acertada a segregação cautelar imposta a requerente, cujos motivos que a ensejaram, a meu ver, estão em pleno vigor, em razão da brevidade do decreto prisional, não sendo, pois, o caso de revogá-la, muito menos, de relaxá-la, uma vez que inexiste qualquer ilegalidade.
> (...)
> No entanto, entendo ser temerário, pelo menos nesta fase, persistindo os pressupostos necessários para a manutenção

> de sua custódia preventiva, em face da gravidade do delito, estando assim o magistrado convencido das hipóteses mencionadas no art. 312, do Código de Processo Penal.
> (…)
> Portanto, não vemos nenhum constrangimento ilegal por parte deste Juízo na manutenção da custódia da requerente. Ademais, inexiste nos autos comprovação de fato novo capaz de modificar o entendimento desta subscritora quando à necessidade de manter a custódia cautelar da requerente.
> Por isso, em consonância com a Manifestação Ministerial, INDEFIRO O PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA formulada por GEVÂNIA DA SILVA LIMA, mantendo-se a prisão preventiva anteriormente decretada, com fundamento no art. 312, do CPP.

Percebe-se, pois, que o magistrado, ao indeferir o pedido de revogação da segregação cautelar, entendeu que ainda estavam presentes os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva e, por isso, indeferiu o pleito.

Ocorre que, uma vez que não foi juntada, no momento oportuno, cópia da referida decisão, não há como analisar os fundamentos que, de fato, ensejaram o encarceramento da paciente.

Sabe-se que para o conhecimento do pedido contido na ação de *habeas corpus*, é imprescindível a presença de prova pré-constituída, consubstanciado naquilo que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração.

Exige-se que tal direito pleiteado pelo impetrante em favor do paciente apresente-se no momento da impetração, ou seja, que seja comprovado de plano, inclusive com documentos probatórios da existência de constrangimento ilegal sofrido pelo paciente.

Na definição de Gamil Föppel, Rafael Santana e Freddie Didier Jr[1]:

1 FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael – Organizado por JR, Freddie Didier. Ações Constitucionais, 2ª Edição, 2007, p. 33.

> **Malgrado não faça a lei referencia expressa, a sumariedade do rito do *habeas corpus*, avesso a dilação probatória, impõe que a petição inicial seja instruída com documentos capazes de demonstrar a ilegalidade do constrangimento ou ameaça. É o que se chama de prova pré-constituída.**

Sobre o tema, veja-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> **EMENTA: PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* INDEFERIDO LIMINARMENTE. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE CÓPIA DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE, ATENDENDO À DETERMINAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM, MANIFESTOU-SE SOBRE A EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA EM RELAÇÃO AO PACIENTE. PEÇA ESSENCIAL. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.** 1. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental. 2. Deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão que indefere liminarmente *habeas corpus* deficientemente instruído. **Cumpria à impetrante, no momento do ajuizamento do prévio *writ*, instruir o feito com todos os documentos necessários à compreensão do caso. É consabido que o *habeas corpus* não comporta dilação probatória e exige prova pré-constituída das alegações. 3. Evidenciado que a impetrante, por ocasião do ajuizamento do presente pedido, não o instruiu com cópia da peça faltante, inviável o acolhimento do pedido de reconsideração. 4. Agravo regimental improvido.** (RCDESP no HC 243.331/PR, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012).
>
> "RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CAPTAÇÃO IRREGULAR DE SINAL DE TELEVISÃO A CABO. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. **AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO**

COMPROBATÓRIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EQUIPARAÇÃO À ENERGIA ELÉTRICA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Não há na impetração a cópia da denúncia ofertada contra os recorrentes, documentação indispensável para análise da alegada atipicidade da conduta que lhes foi atribuída. **2. O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.** . Assim não fosse, tomando-se por base apenas os fatos relatados na inicial do *mandamus*impetrado na origem e no aresto objurgado, não se constata qualquer ilegalidade passível de ser remediada por este Sodalício, pois o sinal de TV a cabo pode ser equiparado à energia elétrica para fins de incidência do artigo 155 , § 3º , do Código Penal . Doutrina. Precedentes. 4. Recurso improvido. STJ - RECURSO ORDINARIO EM CORPUS RHC 30847 RJ 2011/0174706-6 (STJ). Data de publicação: 04/09/2013."

Outro não poderia ser o entendimento desta Câmara Criminal:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. CONCURSO DE PESSOAS. CONDIÇÕES SUBJETIVAS PARA RESPONDER AO PROCESSO EM LIBERDADE E EXCESSO DE PRAZO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. **AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA**. ORDEM NÃO CONHECIDA.
1. **O remédio heróico não comporta dilação probatória, somente se presta ao deslinde de questões fáticas quando acompanhado de prova inequívoca, exigindo-se para seu conhecimento a presença de elementos que possibilitem o exame do que nele suscitado.**2. **Não se conhece de *habeas corpus* quando a prova pré-constituída das alegações de constrangimento ilegal não instrui a petição inicial.**3. **Resta prejudicada a análise do *habeas corpus*, por deficiência instrumental.**4. **Ordem não conhecida.**

> (*Habeas Corpus*62631201080600000 Relator(a): FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA- : - Órgão julgador: ª Câmara Criminal - de registro: /05/2011)

Corroborando com tal assertiva, transcrevo trechos da obra "Habeas Corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, jurisprudência atualizada" do autor Heráclito Antônio Mossin, 7ª Ed. (rev. Ampl, e atualizada), Barueri-SP, Manole, 2005, página 312:

> "O instituito do *habeas corpus* visa amparar direito líquido, que se entende aquele cuja existência não é afetada por dúvidas ou incerteza. É de se ver que tal direito deve ser demonstrado com evidência, sem necessitar de produzir provas, pois no julgamento do *habeas corpus* não é admissível o exame aprofundado de provas. É claro que o impetrante terá que fornecer de plano os elementos indispensáveis que demonstrem a liquidez de seu direito."

Vale ressaltar que a posterior juntada da documentação, após o indeferimento da liminar, como procedeu o impetrante, não tem o condão de sanar a ausência de prova pré-constituída, vez que o feito da presente ação não comporta dilação probatória. Veja-se jurisprudência atualizada sobre o tema.

> **EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS. WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO E DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INDEFERIMENTO LIMINAR DA IMPETRAÇÃO. JUNTADA POSTERIOR DE PARTE DA DOCUMENTAÇÃO ANTERIORMENTE OMITIDA. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO MANDAMENTAL AJUIZADA POR DEFENSOR PÚBLICO. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E VEDAÇÃO DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**
>
> I - A rejeição liminar encontra-se fundamentada na impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como

substitutivo de recurso ordinário, após a alteração do entendimento acerca do cabimento do *writ*, adotada pela 1ª Turma do Pretório Excelso (HC´s ns. 109.956/PR e 104.045/RJ), bem como na instrução deficiente. II **- O conhecimento do *writ* pressupõe prova pré-constituída do direito pleiteado, competindo ao impetrante, no momento do ajuizamento, instruir a inicial com os documentos considerados imprescindíveis à plena demonstração dos fatos apontados. Precedentes.** III - Referida exigência não merece ser relevada em casos de impetração por defensor público, cuja formação acadêmica e atuação profissional inegavelmente pressupõem conhecimento acerca dos ônus processuais que lhe são impostos. **IV - A posterior apresentação de parte da documentação comprobatória do direito alegado - omitida no momento do ajuizamento da ação mandamental - não tem o condão de permitir a desconstituição da decisão prolatada, porquanto a via estreita do *habeas corpus* exige prova pré-constituída do direito alegado, sendo vedada a dilação probatória.** Precedentes. V - Agravo Regimental improvido.

TRECHO DA DECISÃO:

" Assim, a deficiência na instrução da presente ação mandamental, no momento do seu ajuizamento, com cópia da sentença mediante o qual o direito do Paciente recorrer em liberdade teria sido indeferido, inviabiliza o conhecimento do presente *writ*, ante a imprescindibilidade de tal documento à plena demonstração dos fatos alegados. Conforme depreende-se da decisão impugnada, o indeferimento liminar do *habeas corpus* deficientemente instruído encontra-se em consonância com o entendimento adotado pelas Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte, nos precedentes mencionados no *decisum*.

Ademais, a posterior apresentação de parte da documentação comprobatória do direito alegado - omitida no momento do ajuizamento da ação mandamental - não tem o condão de permitir a desconstituição da decisão prolatada, porquanto a via estreita do *habeas corpus* exige prova pré-constituída do direito alegado, sendo vedada a dilação probatória" . (STJ - AgRg no HC: 290859 SP 2014/0060972-1, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento: 22/04/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/04/2014)

Por esta razão, divergindo do voto do Eminente Relator, não conheço do pleito de ausência de fundamentação, por não ter o impetrante juntado aos autos cópia da decisão que decretou a prisão preventiva no momento correto.

Ad argumentandum tantum, caso se entenda que o presente *writ* merece conhecimento, hei de discordar também quanto à alegação de que a segregação da paciente encontra-se carente de fundamentação. Explico:

Ao analisar a documentação anexada aos autos pelo impetrante após o indeferimento da medida liminar, vê-se que a preventiva foi decretada para garantir a ordem pública, conforme trecho abaixo: (fls. 62/65)

> Conforme foi aduzido acima, os presente fólios versam de flagrante legal, por isso já homologado, em corolário não cabe relaxamento da prisão; quanto à conversão da segregação atual em preventiva, pontuo o seguinte:
> Passo à análise da prisão preventiva. Quanto aos requisitos de admissibilidade dessa espécie de prisão cautelar, a lei exige a presenta de dois pressupostos: a existência do crime e indícios de autoria (*fumus boni iuris*), bem como a existência de um dos seguintes fundamentos: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum in mora*), insculpidos no art. 312 do Código de Processo Penal a seguir reproduzido.
> (…)
> No presente caso, resta configurada a presença dos dois pressupostos, quais seja, a fumaça do bom direito – consubstanciada na existência de crime e indícios de autoria, como também o perigo na demora: a garantia da ordem pública.
> **Denota-se dos autos a gravidade dos delitos consignados e a periculosidade dos flagranteados, haja vista o pesado armamento exposto no auto de apresentação e apreensão** além da notícia que todos os indivíduos flagranteados são conhecidos da polícia e com envolvimento em diversos crimes, inclusive homicídios ocorridos na cidade de Russas.
> (…)
> Portanto, a segregação cautelar se mostra necessária para garantia da ordem pública.

Entendo, com a devida *venia* ao eminente Relator deste *writ,* que – ao se analisar a decisão que determinou a segregação cautelar da paciente – há fundamentação idônea e coesa a ensejar o decreto preventivo, tendo o Juízo de piso evidenciado a necessidade da prisão preventiva para o resguardo da ordem pública ante a periculosidade da mesma extraída de seu *modus operandi*, já que fala a respeito do "pesado armamento" encontrado quando da prisão em flagrante.

Compulsando os autos, fls. 111 e 112, depreende-se que foram apreendidos os seguintes objetos:

492g de cocaína
1 unidade de Revólver Taurus Calibre 38 – nº 1887692
1 unidade de Revólver Tauros Calibre 38 – nº OA188251
1 unidade de Pistola Taurus 380 – nº KQJ40422
1 unidade de Pistola Taurus 765 – nº FHJ09029
1 unidade de Pistola Taurus Calibre 380 – nº KRJ72685
1 unidade de Pistola Bereta 956 Calibre 6.35 – nº N80135
20 unidades de munição-calibre 9mm
40 unidades de munição – 4 cartelas lacradas calibre 380 – Total 40 munições.
11 unidades de munição calibre ponto 40
10 unidades de munição calibre 38
2 unidade de munição calibre 12
76 unidades de munição calibre 76
50 unidades de munição – 01 caixa de munição 9mm – com 50 unidades
6 unidades de munição calibre 357
1 unidade de munição – estojo deflagrado calibre 38
1 unidade de motocicleta Honda CB 300 Vermelha CHASSI 9C2NC4310CRO14187 S/PLACA.
1 unidade de notebook
1 unidade de câmera digital

2415 reais moeda nacional – dinheiro em espécie
1 unidade de balança de precisão marca Star Tools cor branca
12 celulares diversas marcas
1 unidade de espingarda tipo pressão
4 unidades arma (outras) – carregador de calibre 380
1 unidade de arma (outras) – carregador de calibre 765
6 capacetes
1 unidade de agenda com anotações
1 veículo celta cinza placa HKT-8180

Relembre-se que, conforme teor da denúncia (fls. 53/60), a paciente foi presa em flagrante após os policiais militares terem recebido a informação de que havia uma casa na zona rural de Russas na qual estava sendo ocultada a pessoa de "Paulinho do Bom Sucesso", criminoso altamente perigoso.

Quando os policiais chegaram à casa, constataram que a mesma era extensa e com o muro bastante alto, momento em que os agentes fizeram um cerco no local. Um dos policiais subiu na viatura e visualizou Gevânia, ora paciente, a qual é proprietária do local.

Informou o policial que o mesmo foi visto pela acusada, tendo esta entrado rapidamente em casa e demorado para retornar. Após abrir o portão, os policiais informaram o motivo da visita e, apesar de hesitante no início, a ré concordou com a entrada dos agentes.

Depois do início das buscas e ao adentrarem ao quarto da paciente, um dos policiais descobriu uma abertura atrás do guarda-roupas que dava acesso a outro cômodo, de aproximadamente 1m² de área. Dentro deste cômodo, foram encontrados os demais denunciados, portando armas e drogas, conforme trecho que abaixo colaciono:

> Narraram também os policiais em voga que, enquanto um dos PMs conversava com a Denunciada supra, outro policial, ao afastar o guarda-roupa do quarto, observou que o mencionado móvel escondia uma abertura que dava acesso para uma parece e que, na verdade, o aludido guarda-roupa escondia a entrada

> para um outro cômodo, de cerca de 1m² (um metro quadrado) de área. Afirmaram também as testemunhas policiais em apreço que havia pessoas no interior desse cômodo, tendo sido determinado às mesmas que saíssem, um a um, daquele cômodo e deitassem no chão. Aduziram os PMs em questão que o primeiro a sair foi o acusado "Careca" (Francisco Alef Guedes de Lima), que portava 2 (duas) pistolas calibre 380 (ponto trezentos e oitenta) na cintura; em seguida, saiu o acusado Túlio César Nascimento Cavalcante, que, por sua vez, portava um revólver calibre 38 e uma pistola calibre 7.65; o terceiro a sair daquele pequeno compartimento foi o denunciado Stenio Paz da Silva Gomes, que carregava uma sacola contendo uma grande quantidade de cocaína (492g), além de munições e de uma pistola Bereta calibre 6.35; o último a deixar o cômodo secreto foi o adolescente "Zé Filho", que, por sua vez, portava várias munições e carregadores de pistola. Afirmaram ainda os policiais militares em questão que todo o material acima citado foi colocado em cima da cama do quarto e os acusados foram presos um de cada vez. Disseram também as testemunhas policiais em voga que, debaixo do travesseiro da cama da acusada Gevânia da Silva, foi encontrado ainda um revólver calibre 38.

Vê-se, pois, que a decisão que decretou a preventiva baseou-se na periculosidade da paciente, materializada pelo pesado armamento apreendido, o que demonstra a gravidade concreta do fato.

Nesta esteira, tem-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que tal fundamento é suficiente e idôneo para gerar constrição da esfera da liberdade do indivíduo. Senão veja-se:

> EMENTA: *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 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 aqui adotado. 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. QUADRILHA ARMADA. FURTO QUALIFICADO. ARROMBAMENTO DE CAIXA ELETRÔNICO DE AGÊNCIA BANCÁRIA. SEQUESTRO. PORTE E DISPARO DE ARMA DE FOGO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. PROCESSO EM FASE DE ALEGAÇÕES FINAIS. EVENTUAL DELONGA SUPERADA. SÚMULA 52/STJ. **SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS. UTILIZAÇÃO DE PESADO ARMAMENTO E DE EXPLOSIVOS. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE ACENTUADA DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.** FUGA DO DISTRITO DA CULPA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. ILEGALIDADE AUSENTE. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. Com o encerramento da instrução criminal, já que a ação penal está em fase de alegações finais pela defesa, resta superado o aventado constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa. Súmula 52/STJ. 2. **Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da periculosidade acentuada do agente envolvido, evidenciada pelas graves circunstâncias em que praticados os diversos delitos que lhe são imputados. 3. Caso em que o recorrente está sendo acusado pelo cometimento de furto qualificado a caixa eletrônico de agência bancária, de onde foi subtraída elevada quantia em dinheiro, perpetrado em concurso de no mínimo 10 (dez) agentes associados criminosamente e com o emprego de excessiva quantidade de armamentos pesados e de explosivos, e ainda de porte ilegal e disparo de arma de fogo, tendo feito três vítimas de reféns, bem como tentado ceifar a vida de um dos ofendidos, tudo**

visando assegurar a execução e a vantagem obtida com o delito patrimonial, bem como a sua impunidade. 4. Tendo o réu sido preso quando tentava se evadir do distrito da culpa, já em outro Estado da Federação, e havendo informação de que iria fugir da penitenciária onde se encontrava enclausurado provisoriamente, autorizada está a prisão cautelar, para garantir a aplicação da lei penal. 5. Condições pessoais favoráveis - não comprovadas na espécie - não têm o condão de, isoladamente, desconstituir a prisão preventiva, quando há nos autos elementos a autorizar a manutenção da medida extrema. 6. Concluindo o colegiado pela imprescindibilidade da constrição a bem da ordem pública, resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas, diante da periculosidade diferenciada do denunciado e da probabilidade concreta de reiteração criminosa. 7. *Habeas corpus* não conhecido (STJ - HC: 292848 CE 2014/0088844-5, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 02/10/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/10/2014)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. QUADRILHA OU BANDO ARMADO. PRISÃO PREVENTIVA. PRONÚNCIA. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO DE ARMAS DE NATUREZA POTENCIALMENTE DESTRUTIVAS. PERICULOSIDADE DOS AGENTES. GRAVIDADE CONCRETA. ORDEM PÚBLICA. AUXÍLIO NA FUGA DOS COMPARSAS. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL AUSENTE.

1. Não há coação na manutenção da prisão preventiva quando comprovado, com base em fatores concretos, que a segregação se mostra necessária, dada a gravidade da conduta incriminada, evidenciada sobretudo pelas circunstâncias em que se deram os fatos criminosos, demonstrando a periculosidade social dos agentes envolvidos. **2. Sendo o recorrente acusado de ser membro de bem organizada quadrilha de assaltantes especializada em cometer crimes violentos, com grande poder de**

> **articulação e ampla área de atuação criminosa, que utiliza armamentos pesados e de uso restrito e exclusivo da Polícia e das Forças Armadas, inclusive com uso de potentes explosivos, que comete crimes graves contra pessoas e patrimônio, dentre outros, formada por agentes de alta periculosidade, alguns respondendo por vários outros ilícitos, que não respeitam as autoridades constituídas, confrontando-se com estas quando têm oportunidade, evidente a necessidade da prisão a bem da ordem pública.** 3. Prisão justificada também porque o recorrente foi preso em flagrante quando auxiliava os comparsas a empreender fuga, tendo um deles inclusive obtido sucesso na evasão, o que bem evidencia que o acusado e demais integrantes da quadrilha armada fazem o necessário para furtarem-se à aplicação da lei penal. (…) (STJ - RHC: 31145 AL 2011/0230417-5, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 25/06/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2013)

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal também entende como idônea a segregação sob o fundamento da gravidade concreta do delito e da periculosidade demonstrada pelo *modus operandi* da conduta criminosa:

> **Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL.** ***HABEAS CORPUS*** SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CF, ART. 102, I, d e i. ROL TAXATIVO. NÃO CABIMENTO DE NOVO *HABEAS CORPUS* CONTRA ACÓRDÃO EXARADO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. **HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA PELO *MODUS OPERANDI*. GRAVIDADE *IN* CONCRETO DO CRIME. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. POSSIBILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR IMPOSTA POR OUTRA DIVERSA DA PRISÃO.** EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MATÉRIAS NÃO

APRECIADAS PELAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VEDAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO IMPUTÁVEL À DEFESA. *HABEAS CORPUS* EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.
1. A periculosidade do agente, evidenciada pelo *modus operandi*, e a gravidade *in* concreto do crime constituem motivação idônea para a manutenção da custódia cautelar. Precedentes: HC 113.793, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 28.05.13; HC 112.738, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 21.11.12; HC 108.201, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, Dje de 30.05.12; HC 117.385-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 13.02.14; HC 114.616, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 17.09.13. 2. *In casu*, o juiz singular decretou a prisão preventiva com fundamento na periculosidade do paciente, evidenciada pelo *modus operandi*, e na "gravidade do fato matança de 03 (três) indefesos estrangeiros", destacando que "o crime foi praticado com requintes de perversidade, brutalidade e hediondez". 3. "A primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a profissão lícita são circunstâncias pessoais que, de *per si*, não são suficientes ao afastamento da prisão preventiva" (HC 112.642, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 10.08.12). No mesmo sentido: HC 106.474, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 30.03.12; HC 108.314, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 05.10.11; HC 103.460, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 30.08.11; HC 106.816, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 20.06.11; HC 102.354, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 24.05.11, entre outros). (...) (STF - HC: 119997 PB , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 10/06/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014)

Ementa: Processual Penal. *Habeas corpus*. Motim de presos, sequestro e cárcere privado, em concurso material (Arts. 148 e 354, c/c art. 69, todos do Código Penal). Prisão preventiva para garantia da ordem pública. Necessidade evidenciada

pela periculosidade *in* concreto do paciente, revelada pelo *modus operandi*.

1. A prisão preventiva para garantia da ordem pública encontra justificativa idônea na periculosidade *in* concreto do paciente, revelada pelo *modus operandi* na prática delituosa. Precedentes: HC 104.346, Relator o Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 01/08/11; HC 105.775, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 15/08/2011; HC 97.891, Relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 11/11/2010; HC 104.510, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 30/06/2011. 2. *In casu*, o paciente e outros, agindo com extrema violência em motim de presos e com a utilização de armas artesanais, entre as quais estiletes e paus, sequestraram e mantiveram em cárcere privado, durante oito horas, servidores públicos; condutas expressivas de acentuada periculosidade, justificando, por isso, a segregação cautelar para garantia da ordem pública, cujos fundamentos foram reiterados para negar o apelo em liberdade por ocasião da prolação da superveniente sentença, publicada em 2/9/2011, que o condenou pelos crimes tipificados nos arts. 148 e 354 do Código Penal. 3. Parecer ministerial em consonância com os fundamentos invocados para a denegação da ordem. 4. Ordem denegada. (STF - HC: 108145 SP , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 22/05/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012)

Salienta-se que, conforme entendimento dos Tribunais Superiores, a existência de condições pessoais favoráveis à paciente, por si só, não tem o condão de afastar o decreto preventivo, se estiverem presentes os requisitos autorizadores da constrição. Nestes termos:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. OPERAÇÃO FACTOIDE. CRIMES DE ESTELIONATO, RECEPTAÇÃO, QUADRILHA ARMADA, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO

FALSO. PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. PERICULOSIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

1.- Admite-se, excepcionalmente, a segregação cautelar do agente, antes da condenação definitiva, nas hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal. 2.- Na espécie, o Tribunal impetrado destacou aspectos que demonstram a elevada periculosidade do recorrente, notadamente porque exerce papel de destaque na quadrilha, formada por dezenas de pessoas com atuação em diversos estados e municípios da federação, cometendo fraudes, falsificações e 'lavagem de dinheiro' que resultaram em prejuízos milionários a pessoas físicas e jurídicas; apontou, como seu, a instituições financeiras diversos endereços na cidade de São Paulo, onde residem os investigados de maior poder aquisitivo e tidos como chefes do esquema; vários dos acusados parecem continuar a delinquir em crimes diversos, inclusive em delitos contra a vida, dado que revela a periculosidade da associação que o ora recorrente integra; existência de indícios fortes, a partir das interceptações telefônicas e nas apreensões feitas, a demonstrar que os investigados permanecem cometendo crimes de fraude, o que demonstra que a organização ainda não foi desarticulada em definitivo. **Esta conjuntura fática justifica a preservação do decreto constritivo, pois ela revela o modus operandi da associação criminosa no cometimento dos delitos investigados, que se constitui elemento de monta para aferir a periculosidade dos seus integrantes, entre eles o ora recorrente, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 3.- Nos termos da jurisprudência desta Corte, as condições pessoais favoráveis, como primariedade, residência fixa, trabalho lícito, não são suficientes, por si só, para assegurar a liberdade, quando há elementos concretos a justificar a prisão cautelar.** 4.- Recurso ordinário improvido. (**STJ** - RHC: 43944 CE 2013/0419483-5, Relator: Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 25/11/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/12/2014)

> EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO MAJORADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE E RECEIO DE REITERAÇÃO. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. NÃO RECOMENDADO. **CONDIÇÕES SUBJETIVAS. IRRELEVÂNCIA NO CASO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO.**
>
> 1. Os fundamentos utilizados revelam-se idôneos para manter a segregação cautelar do recorrente, na linha de precedentes desta Corte. É que a decisão aponta de maneira concreta a necessidade de garantir a ordem pública, ante a periculosidade do agente (integrante de uma quadrilha especializada em roubos) e pelo fundado receio de reiteração delitiva. 2. As circunstâncias concretas do fato e as condições pessoais do recorrente não recomendam a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão preventiva, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. **3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a primariedade, a residência fixa e a ocupação lícita não possuem o condão de impedir a prisão cautelar, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como ocorre no caso.** 4. O art. 312 do Código de Processo Penal, ao mencionar o indício suficiente de autoria como requisito para decretação da prisão preventiva, não exige prova cabal da culpa, até porque isso seria incompatível com o juízo meramente cautelar. 5. Recurso ordinário desprovido. (STF - RHC: 117772 SP , Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 26/11/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-023 DIVULG 03-02-2014 PUBLIC 04-02-2014)

Desta feita, estando devidamente demonstrada a necessidade da segregação preventiva, inviável se mostra a substituição da prisão por medidas cautelares diversas, já que estas seriam insuficientes no presente caso concreto.

Em consonância com este entendimento, veja-se julgado do STJ:

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO E FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. SIMULAÇÃO DE EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ESCALADA CRIMINOSA. GRAVIDADE. PERICULOSIDADE. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. **MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. INSUFICIÊNCIA. ILEGALIDADE AUSENTE.** RECLAMO IMPROVIDO.
> 1. Não há o que se 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 social do réu, bem demonstradas pelas circunstâncias em que ocorridos os fatos criminosos. 3. Caso em que o paciente está denunciado por roubo majorado e furto qualificado, ambos pelo concurso de agentes, sendo o primeiro cometido mediante o emprego de grave ameaça a pessoa pela simulação do emprego de armas de fogo, em que, não satisfeitos com a primeira conduta delitiva, deram continuidade à ação criminosa, cometendo um segundo delito, evidenciando uma escalada infracional, a demonstrar a periculosidade efetiva dos envolvidos, mostrando que a prisão é mesmo devida para o fim de acautelar-se o meio social. 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 necessidade da medida. **4. Inviável a incidência de medidas cautelares diversas da prisão quando há motivação apta a justificar o sequestro corporal, ante a gravidade das condutas criminosas denunciadas, evidenciando a sua insuficiência para acautelar a ordem pública.** 5. Recurso ordinário improvido. (STJ - RHC: 43542 MG 2013/0408039-5, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 13/05/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2014)

Por fim, ao se analisar de ofício eventual excesso de prazo na formação da culpa da mesma, observa-se que o processo de origem possui 04 (quatro) réus e segue seu trâmite regular, tendo a ora paciente, conforme informações enviadas pela autoridade ora coatora, sido presa em 27/07/2014 e denunciada em 26/08/2014.

A sua notificação foi determinada em 29/08/2014, sendo expedida carta precatória para a Comarca de Aquiraz/CE com o fito de cumprir a determinação, que se deu em 18/09/2014.

Após contato telefônico com a vara na qual tramita o processo originário, tomou-se ciência de que a paciente deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar defesa prévia, estando os autos desde o dia 11/12/2014 com vistas ao Defensor Público para que possa apresentar a peça processual.

Depreende-se, assim, que não há qualquer desídia ou morosidade por parte do Juízo de piso na condução do processo apta a ensejar o relaxamento da prisão da paciente por excesso de prazo na formação da culpa.

Diante do exposto, em dissonância com o parecer ministerial, não conheço da ordem impetrada. Contudo, em sendo o caso de conhecimento, voto no sentido de denegar o pleito, por entender devidamente fundamentada a segregação preventiva da paciente.

É como voto.

Fortaleza, 20 de janeiro de 2015.

PROCESSO: 0629814-73.2017.8.06.0000 - *HABEAS CORPUS*
IMPETRANTE: FRANCISCO CARLOS DE SOUSA
PACIENTE: COSMO ALVES MAGALHÃES
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE PORANGA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU QUE RESPONDEU EM LIBERDADE TODO O CURSO DA AÇÃO PENAL. DELITO OCORRIDO EM 04-11-2002. AUSÊNCIA DE FATO NOVO. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA.

1 – A urgência intrínseca da prisão preventiva impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende com a prisão evitar. (HC 214.921/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015).

2 – No caso dos autos, se observa que o Juízo de origem, embora tenha reconhecido que o réu compareceu a todos os atos processuais levados à efeito no curso do processamento da ação penal, sem criar qualquer obstáculo ao regular andamento do feito, negou-lhe o direito ao recurso em liberdade, baseando-se, essencialmente, na

circunstância de que não teria ele comparecido à segunda data assinalada para sua submissão ao Tribunal Popular, o que, isoladamente, não se presta como fundamento válido para a adoção da medida extrema.
3 - Se a sentença condenatória ainda não foi objeto de julgamento por este egrégio Tribunal, considerando que o recurso de apelação manejado pela Defesa não foi sequer remetido a esta Corte, inviável dar-se início a execução provisória da pena se ausentes os pressupostos do art. 312, do CPP, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência, afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.
4 – Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conceder a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, CE, 21 de março de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de Cosmo Alves Magalhães, figurando como autoridade coatora o Juízo de Direito da Comarca de Poranga.

Colhe-se dos autos que o Paciente foi processado e condenado pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, inciso IV, c/c o artigo 14, inciso II, do Código Penal, à pena de 12 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, sendo-lhe vedado o direito de recorrer em liberdade.

Sustenta-se no habeas corpus, em síntese, que a negativa ao direito ao recurso em liberdade carece de fundamentação idônea, haja vista que o Paciente respondeu o processo em liberdade, por mais de 16 anos, "sem ter praticado qualquer ato que desse causa à sua segregação cautelar".

Argumenta-se, ademais, ser "ilegal a determinação de execução imediata da pena, com base unicamente no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal de Federal nos autos do HC nº 118.770/SP".

Aduz-se, ainda, na impetração, a impossibilidade de execução imediata da pena com recurso de apelação pendente de julgamento.

Indeferida a liminar (fl. 46), prestadas as informações solicitadas (fls. 51-54), manifestou-se a douta PGJ, em parecer que assenta nas fls. 57-62, pela denegação da ordem.

É, no que há de relevante, o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

No presente writ, conforme relatado, pretende a impetração ver reconhecido o direito de o Paciente aguardar o trânsito em julgado da ação penal em liberdade.

Colhe-se dos autos, que o Paciente permaneceu solto durante todo o curso do processo e, por ocasião da sentença, teve negado o direito de apelar em liberdade, pelos seguintes argumentos:

> "[…]
> Não concedo ao condenado o direito de recorrer em liberdade, em que pese tenha respondido o processo em liberdade, por dois motivo: por haver fundamento para a decretação da prisão preventiva e para aplicar o cumprimento imediato da sentença condenatória prolatada no Tribunal do Júri, na linha de recente precedente da 1ª Turma do STF.
> Devidamente intimado a fazer-se presente na sessão do Júri, o réu não compareceu, nem comunicou sua ausência. Em que pese tenha comparecido aos autos do processo, causa estranheza o fato de, no momento mais importante para

> sua defesa, o Plenário do Júri, tenha se ausentado. Com a formação do édito condenatório há risco do acusado evadir-se do distrito da culpa e a justiça deixar de ser feita. Portanto, entendo presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, necessários a DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO RÉU COSMO ALVES MAGALHÃES.
> Determino, ainda, o imediato cumprimento da pena imposta, nos termos do julgamento do *Habeas Corpus* n. 118.770/SP, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, uma vez que "a prisão do réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita ao recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade" tendo em vista a soberania dos vereditos do Tribunal do Júri, conforme dispõe o art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal."
> […]. (fls. 33-34)

Consoante entendimento firmado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, como uma das espécies de prisão provisória deve, sob pena de constrangimento ilegal, limitar-se ao disposto no art. 312 do CPP.

A propósito:

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* . PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DE APELAR EM LIBERDADE FUNDAMENTADA APENAS NA GRAVIDADE DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DO RECOLHIMENTO DO RÉU AO CÁRCERE, À LUZ DO DISPOSTO NO ART. 312, DO CPP. PRECEDENTES.
> [...]
> A prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível é modalidade da custódia cautelar e, para ser mantida ou decretada, deve atender aos requisitos autorizativos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, os quais deverão ser demonstrados com o cotejo de elementos reais e concretos que indiquem a necessidade da segregação provisória.

> Recurso provido para assegurar ao paciente o direito de apelar em liberdade, determinando, por conseqüência, a expedição de contra-mandado de prisão em seu favor se por outro motivo não estiver preso. (RHC 19.274/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 12/6/06)

No caso dos autos, se observa que o Juízo de origem, embora tenha reconhecido que o réu compareceu a todos os atos processuais levados à efeito no curso do processamento da ação penal, sem criar qualquer obstáculo ao regular andamento do feito, negou-lhe o direito ao recurso em liberdade, baseando-se, essencialmente, na circunstância de que não teria ele comparecido à segunda data assinalada para sua submissão ao Tribunal Popular, o que, isoladamente, não se presta como fundamento válido para a adoção da medida extrema.

Ademais, para a decretação da prisão cautelar se exige a demonstração de fatos novos capazes de comprovar a imprescindibilidade do recolhimento ao cárcere e, na espécie, o Juízo singular não indicou nenhum sólido motivo capaz de justificar a adoção da medida extrema.

A propósito:

> PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO DECRETADA EM SENTENÇA. PACIENTE QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. ILEGALIDADE. VERIFICADA. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. Pacífico é o entendimento de que a urgência intrínseca às cautelares, notadamente à prisão processual, exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende com a prisão evitar: HC 214921/PA - 6ª T - unânime – Rel. Min. Nefi Cordeiro - DJe 25/03/2015; HC 318702/MG - 5ª T - unânime - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - DJe 13/10/2015.
>
> 2. **A falta de contemporaneidade do delito imputado ao paciente e a inocorrência de fatos novos a justificar, nesse momento, a necessidade de segregação, torna a prisão**

> **preventiva ilegal, por não atender ao requisito essencial da cautelaridade.**
> 3. Recurso em *habeas corpus* provido, para a soltura do recorrente, VANILDO CRISPIM DE ALMEIDA, o que não impede nova e fundamentada decisão de necessária medida cautelar penal, inclusive menos grave que a prisão processual, esta última fundamentada exclusivamente em fatos novos.
> (RHC 83.083/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017) (destaquei)
>
> PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXCESSO DE PRAZO PARA OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. LIMINAR CONCEDIDA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS RISCOS. LIBERDADE CONCEDIDA.
> 1. **A urgência intrínseca da prisão preventiva impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende com a prisão evitar.**
> 2. O tempo decorrido desde a concessão da liminar para soltura do paciente, de mais de 3 anos, sem indicação de ter de algum modo trazido riscos ao processo ou à sociedade, infirma a necessidade da custódia cautelar pela gravidade concreta do crime.
> 3. *Habeas corpus* concedido para determinar a soltura do paciente, de forma que responda ao processo em liberdade, o que não impede nova e fundamentada decisão de necessária cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual.
> (HC 214.921/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015)

Deste modo, a falta de contemporaneidade do delito imputado ao Paciente e a inexistência de circunstância atual a justificar a necessidade de segregação, torna a prisão preventiva ilegal.

Noutro vértice, determinou o magistrado de primeira instância o cumprimento da pena adotando a compreensão materializada na decisão emanada da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 118.770/SP, segundo a qual "a prisão do

réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita ao recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade".

Entretanto, como bem destacado no parecer da douta PGJ (fls. 57-62), tão entendimento "não encontra lastro expresso na posição paradigma consolidada na ADC 43 e 44 MC/DF, com efeito vinculante, e no precedente firmado em repercussão geral (ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki), tema 925".

Aludido ARE 964246 RG /SP – SÃO PAULO (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo), julgado em 10-11-2016, restou assim ementado:

> Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.
> 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.
> (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)
> No particular, como a sentença condenatória ainda não foi objeto de julgamento por este egrégio Tribunal, considerando que o recurso de apelação manejado não foi sequer remetido a esta Corte, inviável dar-se início a execução provisória da pena se ausentes os pressupostos do art. 312, do CPP, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência, afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Nesse sentido, o seguinte julgado do STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. **O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, reconheceu a possibilidade de execução do acórdão de segundo grau antes do trânsito em julgado da condenação, na pendência de recursos especial e/ou extraordinário, os quais não possuem efeito suspensivo, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados, uma vez que, esgotada a discussão sobre matéria fática, a providência não implicaria violação do princípio da presunção de inocência**.
> 2. **O entendimento em apreço não é aplicável enquanto inacabada a jurisdição ordinária, se pendentes de julgamento embargos de declaração opostos contra o acórdão da apelação, haja vista a exegese do art. 283 do CPP**.
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no HC 418.085/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017) (destaquei)

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta PGJ, concedo a ordem, para permitir ao Paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação.

É como voto.

Fortaleza, 21 de março de 2018.

HABEAS CORPUS Nº 0630328-94.2015.8.06.0000
ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE PEDRA BRANCA
IMPETRANTE: TIAGO FRAGOSO VIEIRA
PACIENTE: ADELMO ALVES DE FREITAS
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE PEDRA BRANCA
RELATOR: . MARIO PARENTE TEÓFILO NETO

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONDUÇÃO COERCITIVA. DISPENSA. MATÉRIA NÃO ATACADA NO JUÍZO PRIMEVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. PODER GERAL DE CAUTELA. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PATENTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. Requereu o impetrante salvo conduto para que se suspenda o mandado de condução coercitiva contra o paciente.

II. A liminar requestada no presente *mandamus* fora indeferida por poder vir a configurar a indevida supressão de instância uma vez que não fora colacionado aos autos referido pedido, ou decisão que tenha indeferido o mesmo. Nas informações prestadas pela autoridade coatora, fls. 96, esta informou que não fora apresentada naquele juízo nenhum pedido de afastamento da condução coercitiva.

III. Supressão de instância configurada.

IV. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou jurisprudência no sentido da análise acerca da

existência ou não de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, que possa justificar a concessão da ordem, de ofício.

V. Dos trechos colacionados do pedido ministerial e da decisão que deferiu referido pleito, se observa que o paciente não fora previamente notificado para comparecimento à GAECO, para ser ouvido antes do pelito de condução coercitiva, bem como, nem o Ministério Público, nem o juízo de origem, demonstraram a previsão legal para a realização da condução coercitiva do paciente, em face do seu primeiro chamamento durante a investigação. Acrescente-se que não há nenhuma fundamentação na decisão que concedeu a condução coercitiva do acusado.

VI. A lei nº 8.625, de 12.02.1993, na letra "a", do inciso I, do seu art. 26, é muita clara ao preceituar que o Ministério Público, poderá, para instruir a instauração de inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos, expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei. Ainda na resolução nº 13, de 02.10.2006, que regulamenta a lei supracitada, no art. 6º, inciso IV, determina que o Ministério Público poderá notificar testemunhas e vítimas e requisitar sua condução coercitiva, nos casos de ausência injustificada, ressalvadas as prerrogativas legais, não autorizando, em qualquer momento o mesmo procedimento para o investigado, ou suspeito.

VII. Mesmo que o juízo de origem houvesse deferido o pedido do *parquet* sob o auspício do poder geral de cautela, este se mostra ilegal pois não se subordina a uma discricionariedade, devendo o juízo demonstrar, fundamentadamente, os requisitos ensejadores para essa coação, quais sejam: a ausência de medida cautelar típica que se apresente adequada em abstrato para a hipótese deduzida em juízo, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora,* o que não se encontra no presente caso, tendo o magistrado *a quo* se limitado a dizer, fls. 82: "Defiro ainda, o pedido de condução coercitiva nos endereços mencionados, ...".

VIII. A condução coercitiva sem observância à lei se trata de ofensa ao direito de liberdade do investigado.

IX. Concedo a ordem, de ofício, para a revogação do mandado de condução coercitiva expedido em desfavor do paciente, por estar presente patente ilegalidade diante da ausência de fundamentação na decisão que deferiu o pedido elaborado pelo Ministério Público, bem como, pela ausência de notificação prévia.

X. Ordem não conhecida e concedida de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, nº 0630328-94.2015.8.06.0000, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade, em NÃO CONHECER da ordem impetrada, mas CONCEDÊ-LA, DE OFÍCIO, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2016.

RELATÓRIO

Trata-se de habeas corpus impetrado em 08/12/2015, com pedido de liminar, em favor de ADELMO ALVES DE FREITAS, tendo como autoridade coatora o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Pedra Branca.

Narra o impetrante às fls. 01/21, que no dia 07/10/2015, o Juízo da Vara Única da Comarca de Pedra Branca-Ce, acolhendo pedido formulado pelo Ministério Público do Estado do Ceará, determinou a expedição de mandado de condução coercitiva contra o paciente, a fim de prestar depoimento em procedimento administrativo conduzido pelo GAECO/MPCE.

Esclarece que tal medida foi requerida pelo Ministério Público com base no relatório de análise de movimentações financeiras produzido pelo GAECO/MPCE, no procedimento administrativo nº 55/2013-4, que envolve ex-gestores e servidores do município de Pedra Branca.

Informa que o *parquet* identificou indícios de diversos crimes e defendeu a necessidade da condução coercitiva, alegando que caso fossem intimados a depor com dia e horários certos poderia haver acerto de versões entre os depoentes.

Afirma que não se encontra, no relatório técnico, nenhum elemento que indique a prática de crime pelo paciente, ou que ligue aos supostos criminosos, não havendo a necessidade da medida extrema por total ausência de elementos capazes de dar justa causa ao ato de constrição da liberdade do paciente.

Requereu liminarmente a concessão do salvo-conduto ao paciente, suspendendo a ordem de condução coercitiva determinada pelo juízo *a quo,* e no mérito, a revogação da decisão que determinou o ato ora atacado.

Decisão interlocutória exarada às fls. 88/92, indeferindo a liminar requestada, requisitando informações à autoridade coatora e dado vista dos autos à Procuradoria Geral de Justiça.

Informações prestadas às fls. 96, e parecer da Procuradoria Geral de Justiça, fls. 99/102, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o que de indispensável se tem a relatar.

Processo que independe de revisão bem como de inclusão em pauta como preceituam os artigos 34, §3º e 66, §1º, respectivamente, do RITJCE.

VOTO

A liminar requestada no presente *mandamus* fora indeferida por poder vir a configurar a indevida supressão de instância uma vez que não fora colacionado aos autos referido pedido, ou decisão que tenha indeferido o mesmo.

Nas informações prestadas pela autoridade coatora, fls. 96, esta informou que não fora apresentada naquele juízo nenhum pedido de afastamento da condução coercitiva e que estaria aguardando devolução, por parte da GAECO, das certidões e relatórios de cumprimento das medidas determinadas na decisão ora vergastada, o que configura a indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. TEMA NÃO ENFRENTADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.
> EXCESSO DE PRAZO. DEMORA JUSTIFICADA. OITIVA DE TESTEMUNHAS.
> CONDUÇÃO COERCITIVA. PROGRAMA DE PROTEÇÃO A TESTEMUNHAS. ORDEM EM PARTE CONHECIDA E DENEGADA.
> 1. Inviável, sob pena de supressão de instância, o exame do tema atinente à à presença de requisitos para decretação da preventiva, porque não apreciado no acórdão impugnado.
> 2. A demora para o término da instrução afigura-se justificada diante das circunstâncias do caso concreto, porquanto o excesso, em grande parte, deve ser atribuído à necessidade

> de remarcação da audiência para possibilitar a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes, sendo necessário o uso de condução coercitiva e intimação de testemunha submetida a programa de proteção de testemunhas.
> 3. Ordem em parte conhecida e denegada.
> (HC 328.036/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015)

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou jurisprudência no sentido da análise acerca da existência ou não de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, que possa justificar a concessão da ordem, de ofício.

Neste sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO CRIMINAL. INDEFERIMENTO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE PRÉVIO EXAME DA MATÉRIA PELO TRIBUNAL A QUO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO PRÓPRIO QUE NÃO IMPEDE A APRECIAÇÃO DAS QUESTÕES DE DIREITO NA VIA DO HABEAS CORPUS. ILEGALIDADE PATENTE. RECURSO DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> 1.- Conforme já fundamentado na decisão objeto do presente agravo regimental, a análise quanto a desnecessidade do exame criminológico para a concessão de progressão de regime prisional, não pode ser examinada neste Tribunal se no de origem o tema não foi apreciado, sob pena de indevida supressão de um dos graus de jurisdição, salvo ilegalidade flagrante ou de decisão teratológica.
> **2.- De outra parte, é certo que, esta Corte firmou entendimento no sentido do descabimento da via do habeas corpus como substitutivo de Recursos Ordinário e Especial, contudo, essa nova sistemática não subtrai, da apreciação pelo Tribunal a quo, a análise acerca da**

existência ou não de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, que possa justificar a concessão da ordem, de ofício.

3.- Tratando-se de questão de direito, e não de fato, cumpre ao Tribunal, embora não conhecendo do writ substitutivo de recurso, processar o habeas corpus, e, a final, examinar o mérito das alegações, a fim de verificar acerca da existência ou não de ilegalidade flagrante, decidindo como entender de direito, mormente no que respeita à possibilidade de concessão, de ofício, da ordem.

4.- Agravo Regimental improvido.

5.- Conceder a ordem de ofício a fim de determinar ao Tribunal de origem que aprecie o mérito do habeas corpus lá impetrado, como entender de direito.

(AgRg no HC 301.901/SP, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 24/10/2014) (grifei)

Assim se encontra motivado o pedido feito pelo Ministério Público ao juízo de origem, fls.11/35, em 02.09.2015:

"Com escopo de cumprir sua missão constitucional, o Ministério Público iniciou a investigação dos fatos noticiados, tidos como criminosos, requisitando documentos e requerendo algumas medidas judiciais necessárias à completa elucidação dos fatos nesta investigação criminal.

Assim, pela análise dos sigilos bancários e fiscal dos investigados reforçaram-se os indícios de crimes praticados pela organização criminosa em questão, principalmente pelo fato de alguns deles terem recebido dinheiro mensalmente de empresas que prestam serviços a vários municípios cearenses, principalmente Pedra Branca/CE.

Desta feita, a condução coercitiva dos investigados para imediato interrogatório tem por objetivo garantir a efetividade da investigação criminal, sendo certo que a mesma é medida que se impõe no presente caso, tendo em vista ser necessário que se impeça que os mesmos combinem as versões a serem apresentadas, o que certamente ocorrerá caso os investigados sejam intimados com data previamente agendada.

> **DO PEDIDO:**
> Diante do exposto, o Ministério Público do Estado do Ceará requer:
> 1 – Seja decretada e **DETERMINADA A CONDUÇÃO COERCITIVA** dos seguintes agentes públicos e privados, devendo os residentes em Fortaleza serem conduzidos à sede do GAECO, ..."
>
> Pedido deferido em 07.10.2015, fls. 78/84, nos seguintes termos:
> "Ante o exposto, existindo fundadas razões a autorizar a medida, defiro, com base no art. 240, §1º, do Código de Processo Penal, o pedido de busca e apreensão de objetos necessários à prova dos crimes ora investigados, devendo recair, prioritariamente, sobre docuemntos que revelem vínculos entre as empresas e pessoas investigadas, computadores, agendas, talonários de cheques, blocos de notas, processos licitatórios, dinheiro em espécie acma de R$10.000,00, documentos e quaisquer outros objetos relacionados coma atividade criminosa, objeto da investigação, nos endereços das pessoas e das empresas abaixo relacionadas:
> (…)
> Defiro ainda, o pedido de condução coercitiva nos endereços mencionados no item 1, da página 24, desta representação ministerial, dos seguintes agentes públicos e privados:
> (...)"

Dos trechos colacionados, se observa que o paciente não fora previamente notificado para comparecimento à GAECO, para ser ouvido, bem como, nem o Ministério Público, nem o juízo de origem, demonstraram a previsão legal para tal ato. Acrescente-se que não há nenhuma fundamentação na decisão que concedeu a condução coercitiva do acusado.

A lei nº 8.625, de 12.02.1993, na letra "a", do inciso I, do seu art. 26, é muito clara ao preceituar que o Ministério Público, poderá, para instruir a instauração de inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos, expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei.

Ainda na resolução nº 13, de 02.10.2006, que regulamenta a lei supracitada, no art. 6º, inciso IV, determina que o Ministério Público poderá notificar **testemunhas e vítimas** e requisitar sua condução coercitiva, nos casos de ausência injustificada, ressalvadas as prerrogativas legais, não autorizando, em qualquer momento o mesmo procedimento para o investigado.

Da análise percuciente dos documentos acostados ao presente caderno processual, se extrai que em nenhum momento o paciente fora notificado previamente, mesmo porque, a intenção do pedido elaborado pelo Ministério Público foi justamente de que os investigados fossem surpreendidos com os mandados de condução coercitiva, impossibilitando um conchavo entre eles.

Contudo, mesmo que o juízo de origem houvesse deferido o pedido do *parquet* sob o auspício do poder geral de cautela, este se mostra ilegal pois não se subordina a uma discricionariedade, devendo o juízo demonstrar, fundamentadamente, os requisitos ensejadores para essa coação, quais sejam: a ausência de medida cautelar típica que se apresente adequada em abstrato para a hipótese deduzida em juízo, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora,* o que não se encontra no presente caso, tendo o magistrado *a quo* se limitado a dizer, fls. 82: "Defiro ainda, o pedido de condução coercitiva nos endereços mencionados, ..."

A condução coercitiva sem respaldo na lei, se trata de ofensa ao direito de liberdade do suspeito ou investigado, não podendo ser coagido a depor, bem como descabe se falar em qualquer condução coercitiva sem a prévia notificação daquele que deva comparecer, garantindo, dessa forma que ele escolha quanto ao exercício ou não de meio específico de prova de defesa.

Uma vez que o investigado deixe de comparecer, isso implica, em princípio, no seu desinteresse na instrução, o que, de modo algum, poderá autorizar o Estado a adotar providências de natureza coercitiva contra o mesmo, ainda mais, de pedido emanado pelo Ministério Público e não pela polícia quando instituída do poder de polícia judiciária.

Nesse sentido, colaciono jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: OPONIBILIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO "PARQUET", O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL.

- O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "ex propria auctoritate", **não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ("nemo tenetur se detegere"), nem lhe ordenar a condução coercitiva,** nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.).

- O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado.

- O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório. (HC 89.837/DF, 2.ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 20/11/2009.) (grifei)

Diante do exposto, não conheço do *mandamus* por restar configurado a indevida supressão de instância, contudo, concedo a ordem, de ofício, para a revogação do mandado de condução coercitiva expedido em desfavor do paciente, por estar presente patente ilegalidade diante da ausência de fundamentação na decisão que deferiu o pedido elaborado pelo Ministério Público, bem como, pela ausência de notificação prévia.

É como voto.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Acórdãos do TCM – ação anulatória – sujeição ao controle do legislativo – distinta a manifestação prévia técnico-administrativa das contas do governo – legalidade – suspensão dos efeitos – impertinência ..... 206/207.

Desapropriação indireta – loteamento irregular – parcelamento e ocupação do solo – município que constrói rua – regularização de situação – aplicação do art. 40, da lei Nº 6.766/79 – poder-dever de regularização – indenização indevida ..... 75/77.

Direito de família – levantamento de interdição – possibilidade, art. 1.186/73 do CPC – transtorno afetivo bipolar – prova da cessação da incapacidade que ensejou o decreto de interdição – ocorrência.....176/177.

Direito de vizinhança – nunciação de obra nova – construção de muro sem cuidados devidos – reparo na obra necessário conforme descrito em laudo pericial ..... 112/114.

Disparo acidental de arma de fogo – estabelecimento bancário – morte de terceiro – responsabilidade civil objetiva – indenização devida ..... 23/26.

Guarda municipal – atividade exercida em regime de plantão – Horas extras – pagamento das horas excedentes à jornada semanal de 40 horas – art. 1º, lei municipal Nº 2.136/03 – acréscimo de 1/3 – lei municipal Nº 2.061/01 ..... 15/16.

ICMS – cobrança de diferencial de alíquota – protocolo CONFAZ Nº 21/2011 – Decreto Estadual Nº 30.452/2011 – operação interestadual – destinatário consumidor final – não contribuinte – ilegalidade da cobrança – incidência do ICMS pela alíquota interna – precedentes STF e STJ ..... 40/41.

Interdição e curatela – decretação de interdição e declaração de incapacidade absoluta – vigência do Estatuto das Pessoas com deficiência, Lei Nº 13.146/15 – institutos incompatíveis com o novo regime civil de incapacidades – sentença fundamentada em legislação revogada – *error in jundicando* – anulação da sentença ..... 88/91.

Magistério – servidores públicos municipais – participação em movimento grevista – déficit na carga horária – impossibilidade de progressão por tempo de serviço – desconto dos dias não trabalhados – legalidade ..... 150/152.

Prisão ilegal – ato omissivo – manutenção de nome em cadastro de mandado de prisão em aberto – averiguação da culpabilidade – negligência da administração pública – responsabilidade civil do Estado – caracterização do dever de indenizar ..... 57/58.

Remoção de servidor – ausência de fundamentação idônea – manifesto desvio de finalidade – ato nulo ..... 68/69.

Seleção pública – cargo efetivo de agente de combate às endemias – exame de aptidão física – candidata no 7º mês de gravidez – remarcação da data do teste – possibilidade – observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da razoabilidade e da proteção à família e à maternidade – precedentes – STF, STJ e TJCe ..... 121/122.

Servidor público – procedimento de aposentadoria – valores recebidos à maior – ressarcimento – impossibilidade – boa-fé e caráter alimentar ..... 100/102.

Servidor público – remoção – manutenção do vínculo de origem – paridade entre ativos e inativos – possibilidade ..... 163/164.

Servidora pública – ação de reintegração – demissão a pretexto de abandono de cargo através de procedimento administrativo disciplinar – licença para tratamento de saúde posteriormente ao interregno do suposto abandono – perdão tácito configurado – demissão imotivada – dano moral devido ..... 184/187.

Servidores públicos estaduais – desvio de função – decreto estadual Nº 23.204/1994 – reenquadramento – impossibilidade – necessidade de concurso público – art. 37, Inciso II, da CF/88 ..... 211/213.

Tribunal de contas dos municípios – julgamento de contas – anulação – competência do poder Legislativo local – precedentes do STF, RE 848.826 (tese de repercussão geral Nº 835) – acórdão com natureza de parecer prévio - efeitos da decisão do TCM condicionados à deliberação da câmara – eficácia condicionada ..... 133/135.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Concurso público – atribuição de pontos de títulos – avaliação do tempo de serviço e da experiência profissional – regras editalícias – diversificação das atividades exercidas – impossibilidade de averiguação – carência de elementos probatórios – impossibilidade do Poder Judiciário substituir Banca examinadora ..... 242/244.

Concurso público – vagas remanescentes – candidata aprovada fora do número de vagas – realização posterior de concurso público para cargos temporários – similitude das atividades empreendidas nos certames não demonstrada – carência de elementos probatórios ..... 266/268.

Contrato de compra e venda – rescisão – venda em duplicidade de automóvel – probabilidade do direito evidenciada no cumprimento do contrato ..... 282/285.

Desapropriação por utilidade pública – imissão provisória deferida pelo juízo *a quo* – mantida em favor do ente municipal – questões relacionadas à utilização do imóvel pela recorrente, ainda não examinadas pelo juízo *a quo* – supressão de instância – impossibilidade ..... 304/305.

Protesto e medidas de cobrança – contrato operacional – tarifa por utilização de esteira tubular – previsão nos instrumentos de possibilidade de cobrança pelo uso do serviço – prevalência da força obrigatória dos contratos – inexistência de vícios no negócio jurídico – medidas de protestos consectárias ao inadimplemento – regularidade ..... 225/228.

Título extrajudicial – execução – pedido de nova avaliação de bens penhorados – cabimento em um dos imóveis – observada a realização de uma das hipóteses do art. 873 do NCPC – transcurso do tempo da última avaliação ..... 295.

Transporte privado individual de passageiros – serviço remunerado não aberto ao público – viagens individuais ou compartilhadas solicitadas por usuários cadastrados em aplicativos ou plataformas de comunicação em rede – inexistência de regulamentação local – lei municipal Nº 10.553/2016 inaplicável ao caso concreto – concessão de liminar para não apreensão de veículos .....255/258.

MANDADO DE SEGURANÇA

Fornecimento de medicamento – previsão na portaria GM/MS Nº 1554/2013 do SUS – não autorizado para o CID da impetrante – ausência de comprovação quanto a superioridade do medicamento prescrito por médico particular da autora – inexistência de prova pré-constituída – necessidade de dilação probatória – impossibilidade ..... 315.

Licitação – empresa que, após a fase de habilitação, tem deferido pedido de processamento de recuperação judicial – exclusão do certame – exigência de certidão negativa de recuperação judicial – ofensa ao princípio da legalidade – inexistência ..... 335/339.

Licitação – procedimento – desclassificação – entrega de documentos – extemporaneidade – edital – prazo ambíguo – ilegalidade ..... 321/322.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Arma de fogo de uso permitido – posse irregular – dosimetria – atenuante da confissão – redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria – impossibilidade – incidência da Súmula Nº 231 do STJ ... 374.

Corrupção de menores – *abolitio criminis* – Lei 12.015/2009 – questão de ordem pública – conhecimento de ofício ..... 361/362.

Crime de roubo e corrupção de menores – desclassificação para modalidade tentada – impossibilidade – enunciado sumular Nº 582 do STJ – majorante do uso de arma – perícia – desnecessidade – menoridade comprovada – delitos praticados em concurso formal ..... 413/414.

Roubo duplamente majorado em continuidade delitiva – autoria e materialidade incontestes – depoimentos incriminatórios das vítimas 424.
Roubo majorado – dosimetria – pena-base fixada acima do mínimo legal – motivos do crime – fundamentação inidônea – *bis in idem* – redução da reprimenda base ..... 387.

Roubo majorado – materialidade e autoria comprovadas – prova judicializada – depoimento extrajudicial da vítima corroborado pela prova testemunhal produzida em juízo ..... 378/379.

Roubo majorado – pleito de desclassificação de crime consumado para tentado – impossibilidade – aplicação da teoria da *Amotio* ..... 392/394.

Tribunal do Júri – homicídio qualificado – dosimetria – ausência de fundamentação – redução da pena-base ao mínimo legal e aplicação da fração máxima pela causa de diminuição da pena no homicídio privilegiado – prescrição retroativa reconhecida ..... 369.

HABEAS CORPUS

Condução coercitiva – dispensa – matéria não atacada no juízo primevo – supressão de instância – ausência de notificação prévia – poder geral de cautela – inexistência de fundamentação idônea – patente ilegalidade ..... 476/478.

Execução penal – cumprimento de regime semiaberto, prisão domiciliar e monitoramento eletrônico – descumprimento das regras impostas – reexame de provas – impossibilidade .....435/436.

Homicídio qualificado tentado – direito de recorrer em liberdade – réu que respondeu em liberdade a ação penal – delito ocorrido em 4/11/02 – ausência de fato novo – requisitos do art. 312 do CPP – inexistência – impossibilidade de execução provisória da pena ..... 468/469.

Tráfico de drogas e associação – prisão em flagrante convertida em preventiva – pedido de substituição por prisão domiciliar – indeferimento .... 441/442.

Tráfico de entorpecentes, associação criminosa majorada, corrupção de menores e crimes do sistema nacional de armas – prisão preventiva – fundamentação idônea – constrangimento ilegal não configurado ..... 447/448.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Formato	17 x 24 cm
Tipologia	Minion Pro 9/11
Papel	Sulfite Alta Alvura 75 g/m² (miolo)
	Supremo 250 g/m² (capa)
Número de Páginas	492
Impressão	Coordenadoria de Apoio Operacional
	Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Data	Julho 2018