



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 47 - 2013
julho / setembro



ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.47, p. 1 - 432, 2013

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 46.2013

Publicação Oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a cargo da Comissão de Jurisprudência e Biblioteca. Os acórdãos selecionados para publicação correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nos Gabinetes dos Desembargadores deste Egrégio Tribunal.

Comissão de Jurisprudência e Biblioteca

Des. Francisco Gladyson Pontes - Presidente
Des. Francisco José Martins Câmara
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Secretário Francisco Hudson Pereira Rodrigues
Disponível também em CD-ROM e no site
<http://www4.tjce.jus.br/sproc2/paginas/Revista.htm>

Suplentes

Des. Francisco Auricélio Pontes
Des. Clécio Aguiar de Magalhães
Tiragem da Edição: 500 exemplares

Expediente Coordenação:

Des. Francisco Gladyson Pontes

Conselho Editorial:

Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda - Presidente
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Dr. Aluísio Gurgel de Amaral Júnior
Dr. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos

Editor Responsável:

Márcia Moraes Ximenes Mendes

Normalização

Divisão de Biblioteca do Departamento de Gestão de Documentos do TJCE
Bibliotecária - Maria Claudia de Albuquerque Campos CRB-3/214

Revisão

Comissão de Jurisprudência e Biblioteca

Diagramação, Impressão e Arte Gráfica

Departamento Editorial e Gráfico 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 - Cambéba - 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

Presidente

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Vice-Presidente

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Corregedor Geral da Justiça

Des. Francisco Sales Neto

TRIBUNAL PLENO

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido - Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Des. Rômulo Moreira de Deus

Desa. Maria Iracema Martins do Vale

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Des. Francisco Sales Neto

Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo

Des. Francisco Pedrosa Teixeira

Desa. Vera Lúcia Correia Lima

Des. Francisco Auricélio Pontes

Des. Francisco Suenon Bastos Mota

Des. Clécio Aguiar de Magalhães

Des. Francisco Barbosa Filho

Des. Paulo Camelo Timbó

Des. Emanuel Leite Albuquerque

Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda

Des. Jucid Peixoto do Amaral

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte

Desa. Francisca Adelineide Viana

Des. Durval Aires Filho

Des. Francisco Gladyson Pontes

Des. Francisco José Martins Câmara

Des. Valdsen da Silva Alves Pereira

Des. Francisco Darival Beserra Primo

Des. Francisco Bezerra Cavalcante

Des. Inácio de Alencar Cortez Neto

Des. Washington Luis Bezerra de Araújo

Des. Carlos Alberto Mendes Forte

Des. Teodoro Silva Santos

Des. Carlos Rodrigues Feitosa

Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Des. Francisco Gomes de Moura
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des. Raimundo Nonato Silva Santos
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho
Dra. Maria Edna Martins- Juiza Convocada

ÓRGÃO ESPECIAL

(Reuniões às quintas-feiras com início às 13:30 horas)

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido - Presidente
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Des. Rômulo Moreira de Deus
Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Des. Francisco Sales Neto
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Des. Francisco Suenon Bastos Mota
Des. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite

CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

(Reuniões às últimas terças-feiras de cada mês, com início às 13:30 horas)

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Des. Rômulo Moreira de Deus
Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Des. Francisco Auricélio Pontes

Des. Francisco Suenon Bastos Mota
Des. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Francisco Barbosa Filho
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Francisco José Martins Câmara
Des. Valdsen da Silva Alves Pereira
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
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
Dra. Maria Edna Martins- Juiza Convocada

1ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às segundas-feiras com início às 13:30 horas)

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Dra. Maria Edna Martins- Juiza Convocada

2ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às quartas-feiras com início às 13:30 horas)

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes- Presidente
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Francisco Auricélio Pontes
Desa. Maria Iraneide Moura Silva

3ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às segundas-feiras com início às 13:30 horas)

Des. Rômulo Moreira de Deus - Presidente
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo

4ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às quartas-feiras com início às 13:30 horas)

Desa. Maria Iracema Martins do Vale - Presidente
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Teodoro Silva Santos

5ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às quartas-feiras com início às 08:30 horas)

Des. Francisco Suenon Bastos Mota- Presidente
Des. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Francisco Barbosa Filho
Des. Carlos Alberto Mendes Forte

6ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às quartas-feiras com início às 08:30 horas)

Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda - Presidente
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho

7ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às terças-feiras com início às 08:30 horas)

Des. Durval Aires Filho - Presidente
Des. Francisco José Martins Câmara
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Desa. Maria Gladys Lima Vieira

8ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às terças-feiras com início às 08:30 horas)

Des. Valdsen da Silva Alves Pereira - Presidente
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Des. Raimundo Nonato Silva Santos

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

(Reuniões às últimas quartas-feiras de cada mês, com início às 13:30 horas)

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo - Presidente
Des. Francisco Pedrosa Teixeira
Des. Paulo Camelo Timbó
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Des. Francisco Gomes de Moura

1ª CÂMARA CRIMINAL

(Reuniões às terças-feiras com início às 13:30 horas)

Des. Francisco Pedrosa Teixeira - Presidente
Des. Paulo Camelo Timbó

2ª CÂMARA CRIMINAL

(Reuniões às segundas-feiras com início às 13:30 horas)

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo - Presidente
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Des. Francisco Gomes de Moura

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

(Reuniões às 2as e 4as segundas-feiras com início às 17 horas)

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido - Presidente
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Des. Francisco Sales Neto
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Desa. Vera Lúcia Correia Lima

Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Francisco Darival Beserra Primo

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Apelação Cível.....	15/193
Agravo de Instrumento.....	197/233
Sentença de 1º grau.....	237/249

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Apelação Crime.....	255/334
Habeas Corpus.....	337/384
Recurso Crime em Sentido Estrito.....	387/414

DISCURSO

Justiça - um sonho ainda possível.

(Texto elaborado para saudar os 32 novos juízes de Direito, empossados em 04/07/2013 em sessão do Órgão Especial) Des. Francisco de Assis Filgueiras

Mendes 417/420

Índice Alfabético 423/430

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

PROCESSO Nº 1026-06.2007.8.06.0144/1 – APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA:FORTALEZA
APELANTE:MUNICÍPIO DE PENTECOSTE
APELADO:ANTÔNIA VALÉRIA BRAGA FIRMIANO
ÓRGÃO JULGADOR:TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: Des. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PEDIDO DE INVALIDAÇÃO DE NOMEAÇÕES PARA CARGOS EM COMISSÃO, FUNDAMENTO. NEPOTISMO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. CONHECIMENTO PARCIAL. DESPROVIMENTO.

1. A pessoa jurídica de direito público não tem interesse de recorrer do capítulo da sentença que condenou o autor do ato impugnado na ação popular a pagar-lhe perdas e danos com o objetivo de desconstituir tal condenação.
2. A lei de iniciativa parlamentar que veda a prática de nepotismo no âmbito do respectivo ente público não ofende a iniciativa reservada do chefe do poder executivo.
3. A edição de lei proibitiva do nepotismo concretiza em sede infraconstitucional o princípio da moralidade administrativa previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.
4. Apelação parcialmente conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível, em que figuram as partes acima indicadas, acorda a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente da apelação, PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta pelo MUNICÍPIO DE PENTECOSTE, impugnando sentença proferida pelo Juiz de Direito da Comarca de Pentecoste, nos autos da Ação Popular nº 1026-06.2007.8.06.0144/0, proposta por ANTÔNIA VALÉRIA BRAGA FIRMIANO, em que, além do apelante, figuram como

réus, MARIA CLEMILDA PINHO DE SOUSA, MARIA CLARA PINHO DE SOUSA, MANOEL DE OLIVEIRA SALES NETO e JOAO BOSCO PESSOA TABOSA.

Na ação popular julgada pela sentença recorrida, a autora postula a invalidação das nomeações dos réus, MARIA CLEMILDA PINHO DE SOUSA, MARIA CLARA PINHO DE SOUSA e MANOEL DE OLIVEIRA SALES NETO, para cargos em comissão do Município de Pentecoste, ocorridas por atos do réu JOAO BOSCO PESSOA TABOSA, prefeito municipal, de quem os nomeados são esposa, cunhada e cônjuge dessa, respectivamente. Requer ainda a condenação dos nomeados a restituírem à fazenda pública municipal os valores percebidos pelo exercício dos referidos cargos. Aduz, como razão de pedir, que tais nomeações violam a Lei Municipal nº 599/06, que veda a prática de nepotismo na administração municipal.

Os réus apresentaram contestação (fls 53/131).

Em sua peça de defesa, o Município de Pentecoste aduz a inconstitucionalidade formal da Lei nº 599/06, por violação do art. 61, § 1º, II, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, que atribui a iniciativa de lei sobre a matéria privativamente ao Chefe do Poder Executivo; a inconstitucionalidade material do referido diploma legislativo, por incompatibilidade com o art. 37, V, da Constituição da República; a ausência de violação aos princípios regentes da administração pública; a inexistência de relação de parentesco entre o Chefe do Poder Executivo Municipal e os nomeados e a improcedência do pedido de ressarcimento ao erário.

Os demais réus assinalam nas respectivas contestações as inconstitucionalidades formal e material da Lei nº 599/06, além da observância dos princípios da administração pública, a inexistência de lesão ao patrimônio público e de relação de parentesco entre o Prefeito Municipal e os nomeados.

O pedido inicial foi julgado procedente pelo juiz da causa, para o fim de tornar “nulo os atos de nomeação de todos os parentes por consanguinidade, por afinidade ou por adoção até o terceiro grau, do Prefeito, do Vice-Prefeito, dos Secretários Municipais, Presidentes, Diretores da administração municipal, notadamente de Maria Clemilda Pinho de Sousa e Maria Clara Pinho de Sousa excetuado o réu Manoel de Oliveira Sales Neto, por não ser ele parente por afinidade no dizer do Código Civil”, condenar o réu “João Bosco Pessoa Tabosa a pagar ao erário municipal a título de perdas e danos o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), condenar o Prefeito e os nomeados a pagarem “multa de 1% sobre o valor da causa, e a indenizar a parte autora em 20% sobre o valor dado à causa, conforme estabelecido nos artigos 16, 17, I,II, III e 18 do CPC” por litigância de má-fê, e vedar o exercício de cargo em comissão pelas rés, Maria Clara Pinho de Sousa e Maria Clemilda Pinho de Sousa, em qualquer “órgão que integre a administração direta, autárquica ou fundacional do Município.”

A sentença foi impugnada pelo Município de Pentecoste, mediante o recurso previsto em lei. Nas razões recursais, o apelante alega cerceamento de defesa e julgamento *extra petita*, por ausência de intimação para manifestação sobre documentos apresentados pela autora e condenação do Prefeito Municipal a pagar

perdas e danos, respectivamente. Afirma ainda ser a Lei nº 599/06 inconstitucional, formal e materialmente, e que a sentença violou o princípio da separação dos poderes, ao determinar que o chefe de pessoal do Município de Pentecoste realizasse, durante quatro horas diárias, a identificação dos demais casos de nepotismo na administração municipal.

Houve resposta ao recurso.

O Ministério Público exarou parecer opinando pelo não conhecimento do apelo, por ausência de interesse recursal, vez que o Município de Pentecoste “não figura como parte vencida na lide.”

É, no essencial, o que havia a relatar.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Consoante relatado, insurge-se o apelante contra sentença que julgou procedente o pedido formulado na inicial da ação popular proposta por ANTÔNIA VALÉRIA BRAGA FIRMIANO.

A insurgência recursal do Município de Pentecoste consiste na arguição de julgamento *extra petita*, de cerceamento de defesa, de inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 599/2006 e de violação ao princípio da separação dos poderes.

O fundamento recursal do julgamento *extra petita* impugna o capítulo sentencial que condenou o réu, JOÃO BOSCO PESSOA TABOSA, Prefeito Municipal de Pentecoste, a pagar perdas e danos ao erário municipal na quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

A matéria está disciplinada no art. 11, da Lei nº 4.717/65, *verbis*:

Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando incorrerem em culpa.

A rigor, trata-se de definir se a condenação do agente na obrigação de pagar perdas e danos independe de pedido expresso do autor da ação popular.

Sucedo que a falta de interesse recursal do Município de Pentecoste, quanto ao tema, é evidente e manifesta. A mencionada obrigação de pagar tem, como devedor, o Prefeito Municipal e, como credor, o próprio Município de Pentecoste. Daí ser correto afirmar que o provimento do apelo, quanto a esse capítulo da sentença, beneficiaria apenas o Chefe do Poder Executivo Municipal, na razão inversa em que o apelante seria posto em posição de desvantagem, relativamente à respectiva situação favorável que resultou da sentença recorrida.

Por tais razões, não conheço da apelação, por ausência de interesse recursal, quanto à impugnação da condenação por perdas e danos arbitrada na sentença em desfavor do réu, JOÃO BOSCO PESSOA TABOSA.

Passo ao exame do fundamento recursal que afirma a nulidade da sentença, por cerceamento do direito de defesa.

Diz o apelante que a ausência de intimação para manifestar-se sobre prova documental que instrui petição atravessada nos autos pela autora, fls 139/151, torna nula a sentença recorrida, por ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa.

O argumento não procede.

Observo que o apelante foi regularmente intimado para apresentar as alegações finais formuladas na petição que fez atravessar nos autos na sequência, quando nada foi alegado sobre o tema (fls 162 e 172/178).

Não há, portanto, nulidade processual a ser reconhecida, nomeadamente quando considerado que o recorrente não descreve qual o fato tido como provado pela sentença recorrida, com base na prova documental produzida pela autora, sem observância do contraditório, que tenha ensejado a procedência do pedido inicial.

Rejeito o fundamento recursal do cerceamento de defesa.

Examino, a seguir, as razões do apelo que afirmam ser a Lei nº 599/06 do Município de Pentecoste, formal e materialmente inconstitucionais.

A inconstitucionalidade formal atribuída à Lei nº 599/06 decorreria da inobservância da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo prevista no art. 61, § 1º, II, “a” e “c”, da Constituição Federal, aplicável por simetria ao processo legislativo municipal, *verbis*:

Art. 61.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

- a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
- c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

Sucedem que a proibição de nepotismo fixada em lei não constitui matéria inerente à organização da Administração Pública propriamente dita, mas disciplina normativa de acesso ao serviço público em geral. Daí ser necessário observar a diferença entre a lei que fixa os requisitos para o provimento de cargos públicos, considerados isoladamente ou nas respectivas carreiras, que constitui matéria situada no âmbito da iniciativa legislativa reservada do Chefe do Poder Executivo, e a lei que apenas estabelece condições para o acesso ao serviço público em geral, que se insere no domínio da regra geral de iniciativa legislativa comum ou concorrente entre Poder Legislativo e Poder Executivo.

A criação de restrições ou condições de acesso ao serviço público em geral, a exemplo da vedação de acesso na hipótese de existência de determinado grau de parentesco, a rigor não integra o regime jurídico propriamente administrativo de funções, empregos ou cargos específicos, razão pela qual a iniciativa parlamentar em tal matéria não representa ingerência indevida do Poder Legislativo no âmbito de atuação do Poder Executivo ou violação ao princípio da separação dos poderes.

A reserva de iniciativa do Poder Executivo refere-se exclusivamente à criação, fixação ou alteração do regime jurídico, remuneração e extinção de cargos, funções e empregos públicos, não constituindo óbice a que o próprio Poder Legislativo, por iniciativa própria, estabeleça condições alheias a esses aspectos para o acesso aos cargos em comissão em geral, relativamente à exigência de honorabilidade para o respectivo exercício.

Frise-se, ademais, que as hipóteses de iniciativa reservada de que trata o § 1º, do art. 61, da Constituição Federal, por excepcionarem a regra geral de iniciativa comum ou concorrente prevista no *caput*, devem ser interpretadas restritivamente. Inexiste, pois, violação do princípio da separação dos poderes, na lei de iniciativa parlamentar que estabelece situações de nepotismo vedado no âmbito do município.

Afirma ainda o recorrente que a Lei nº 599/06 do Município de Pentecoste, apresenta conteúdo material incompatível com a Constituição Federal, ao vedar a nomeação para cargos em comissão nas hipóteses que menciona, por restringir a liberdade do Chefe do Poder Executivo de prover os cargos de livre nomeação e exoneração com as pessoas de maior confiabilidade do gestor municipal, nos termos em que autorizado pelo art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que exclui expressamente da regra geral do concurso público os cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, *verbis*:

Art. 37.

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;**

Registre-se, a propósito do tema, que os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração porque assim declarado nas respectivas leis de regência. Essas mesmas leis, como é óbvio, devem estabelecer os demais aspectos que integram o regime jurídico de tais cargos, por exigência do princípio da legalidade previsto no *caput* do art. 37, da Constituição Federal. Daí ser lícito afirmar que a lei pode estabelecer vedações com base no vínculo de parentesco, como fez a Lei nº 599/06 do Município de Pentecoste, para o acesso aos cargos em comissão, conformando no âmbito da legislação local o princípio constitucional da moralidade.

Não é ocioso lembrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

tem reiteradamente proclamado que a vedação de nepotismo na administração pública resulta diretamente do princípio da moralidade previsto no art. 37 da Constituição Federal, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DENEGAÇÃO DE LIMINAR. ATO DECISÓRIO CONTRÁRIO À SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CARGO. VÍCIOS NO PROCESSO DE ESCOLHA. VOTAÇÃO ABERTA. APARENTE INCOMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. LIMINAR DEFERIDA EM PLENÁRIO. AGRAVO PROVIDO.

I - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

II - O cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza administrativa, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública.

III - Aparente ocorrência de vícios que maculam o processo de escolha por parte da Assembléia Legislativa paranaense.

IV - À luz do princípio da simetria, o processo de escolha de membros do Tribunal de Contas pela Assembléia Legislativa por votação aberta, ofende, a princípio, o art. 52, III, b, da Constituição.

V - Presença, na espécie, dos requisitos indispensáveis para o deferimento do pedido liminarmente pleiteado.

VI - Agravo regimental provido.

Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação nº 6702, Rel Min Ricardo Lewandowski, Pleno, Unânime, DJ 29.04.2009

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, *CAPUT*, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE.

I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita.

II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática.

III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

IV - Precedentes.

V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão.

Recurso Extraordinário nº 579.951, Rel Min Ricardo Lewandowski,

Pleno, Unânime, DJ 23.10.2008

Inexiste, pois, a pretensa inconstitucionalidade formal ou material da Lei nº 599/06, a ser declarada incidentalmente na presente relação processual.

Aprecio, por fim, a afirmada violação do princípio da separação dos poderes, por haver a sentença recorrida determinado que o chefe de pessoal do Município de Pentecoste identifique outros eventuais casos de nepotismo na administração municipal, informando ao juízo.

Trata-se de mera determinação endereçada ao servidor municipal competente, após declaração do direito afirmado na inicial, destinada a conferir efetividade ao comando sentencial.

Nada há de ofensivo ao princípio da separação dos poderes na determinação contida na sentença recorrida, após o reconhecimento da nulidade das nomeações para cargos em comissão com violação da Lei Municipal nº 599/06, de que o chefe de pessoal da administração pública, na condição de integrante do próprio Poder Executivo do município, identifique e, se for o caso, informe ao juízo a existência de outros casos de nepotismo vedado.

Forte em tais considerações, conheço parcialmente da apelação, para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 22 de julho de 2013.

Nº PROCESSO: 0000106-44.2009.8.06.0085
TIPO DO RECURSO: APELAÇÃO
TIPO DE PROCESSO: AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO
SECURITÁRIA
ORIGEM: COMARCA DE HIDROLANDIA-CE
APELANTE: JAIRO JULIE MAGALHÃES DE NEGREIROS
APELADO: MARÍTIMA SEGUROS S.A.
RELATOR: DES. VÁLDSSEN DA SILVA ALVES PEREIRA

EMENTA: CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE COMPLEMENTAÇÃO SEGURO DPVAT. ACIDENTE DE TRÂNSITO POSTERIOR A MP 340/2006 DE 29.12.2006. INVALIDEZ PERMANENTE. NÃO COMPROVADA PELA DECLARAÇÃO DO LAUDO. PERÍCIA NÃO CONTESTADA. INSISTÊNCIA NA DESNECESSIDADE DA GRADAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Cuida-se de Apelação Cível em sede de Ação de Cobrança, ajuizada por **JAIRO JULIE MAGALHÃES DE NEGREIROS**, contra **MARÍTIMA SEGUROS S.A.**, objetivando, em suma, o recebimento de complementação da indenização do seguro obrigatório.

Afirma o requerente, em exordial de fls. 03/14, que vitimado em acidente automobilístico, ocorrido na data de 22 de abril de 2008, restou-lhe sequelas indeléveis, ou seja, invalidez permanente.

Com supedâneo no art. 8º, da Lei nº 11.482/2007, assevera que não recebeu verba indenizatória e que teria direito ao total de R\$13.500,00 (treze mil e quinhentos reais).

Finaliza apontando o valor da diferença a ser recebida, de R\$ 12.690,00 (doze mil, seiscentos e noventa reais), acrescidos de juros e correção monetária.

Gratuidade da Justiça deferida e ordem para juntada de laudo do IML às fls. 25.

Laudo expedido pelo núcleo de ciências forenses de Canindé-CE às fls. 55.

Contestação de fls. 69/82, com preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, alega o apelante que já houve a quitação sem qualquer nulidade no recebimento do valor ora questionado, ausência de prova da invalidez permanente, necessidade de valoração da fixação da indenização, competência do CNSP para baixar instruções,

juros de 1% a partir da citação, correção monetária da data da propositura da ação e honorários no mínimo possível por nenhuma complexidade para, ao final, requerer a total improcedência da presente ação.

Sentença lançada às fls. 95/100, julgando a ação improcedente por entender que não fora contestado o grau de invalidez constatado pela perícia, mas tão somente o valor pago a título de indenização .

Apelação às fls. 105/117, recebida em seus dois efeitos (fls. 1118), a fim de reformar a sentença de Primeiro Grau por alegar ser o pagamento administrativo suficiente para comprovar a invalidez permanente.

Sem contrarrazões.

É o relatório, no necessário.

Decido.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo a examiná-lo.

Primordialmente, no caso, não se vislumbra questão de prescrição ou decadência a ser dirimida por via voluntária ou por reconhecimento de ofício, posto que, ocorrido o sinistro em 22 de abril de 2008, pago o seguro administrativamente em 26 de janeiro de 2009, não se aplica a transição prevista no art. 2.028 da Lei Substantiva Civil, sendo o prazo para ingresso de cobrança do complemento o de 03 anos, (ex vi do art. 206, § 3º, IX, do novo Código Civil), o qual ocorreu em 06 de março de 2009.

Tratando-se de demandas que envolvam seguros do DPVAT, o comando a ser seguido é o contido na Lei nº 6.194/74, de 19.12.1974, com suas devidas alterações, em especial as que iniciaram com as Medidas Provisórias nºs 340/2006, de 29.12.2006, e 451/2008, de 15.12.2008.

Vislumbrados tais calendários normativos, é de imperiosa necessidade a observância das datas acima constantes, assim como da correspondente citação.

Ultrapassadas tais questões, passo ao exame da irresignação da apelante.

Quanto a alegada desnecessidade de prova da invalidez permanente, considerando como aplicável a lei vigente à época do fato, impende analisar se é possível aplicar ao presente caso a indenização no seu valor máximo previsto, ou se deve a mesma ser paga proporcionalmente à invalidez resultante do sinistro, eis que esta é a controvérsia entre as partes.

É que originalmente na Lei nº 6.194/74 era aplicado o valor máximo de indenização em 40 (quarenta) SALÁRIOS MÍNIMOS para morte ou de até 40 (quarenta) SALÁRIOS MÍNIMOS para invalidez permanente, porém, com o advento da MP 340 de 29.12.2006, a indenização foi fixada em valor certo, no caso R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), para morte ou de até este montante para invalidez permanente, inclusive dando ênfase, em alguns julgados e dependendo da gravidade, à quantificação do dano físico causado pelo acidente, dando sentido à expressão “ATÉ”, contida na

redação da alínea “b” e posteriormente, no inciso II, do art. 3º, da “Lei do DPVAT”, deixando ao julgador a espinhosa missão de avaliar a extensão da enfermidade acometida e sua valoração.

Portanto, quanto à variação do valor da indenização decorrente de acidente de trânsito, esta é prevista desde a redação original da Lei nº 6.194/74, conforme se verifica no art. 3º, “b”, da referida Lei, que estabelece a quantia de 40 (quarenta) salários mínimos como valor máximo, não o único, sendo por demais óbvia a gradação que o legislador cuidou de estabelecer, não impondo a aplicação do valor máximo a todos os casos, como almeja a recorrida, devido ao risco de se equiparar a ocorrência de morte à invalidez.

Ademais, o art. 5º, §5º do aludido diploma legal justifica o já exposto, uma vez que, se a indenização tivesse que ser paga integralmente sempre, não haveria razão para a determinação de que as lesões fossem quantificadas pelo instituto médico legal competente.

Nesse sentido, é a interpretação do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. DPVAT. INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL. PAGAMENTO PROPORCIONAL DO SEGURO. POSSIBILIDADE. TABELA PARA CÁLCULO DE INVALIDEZ. SALÁRIO MÍNIMO. EQUIVALÊNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO. DPVAT I. Em caso de invalidez parcial, o pagamento do seguro DPVAT deve, por igual, observar a respectiva proporcionalidade. DPVAT II. A extensão da lesão e grau de invalidez determinado pela Corte local exige o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. III. Recurso não conhecido. (1119614 RS 2008/0252723-3, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 04/08/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2009)

Em que pese esta Corte de Justiça já haver decidido de forma diversa, anteriormente, é possível se verificar, em julgados mais recentes, a consonância com a interpretação do STJ, admitindo-se a gradação para o fim de se aplicar a condenação em valores proporcionais ao grau das lesões, senão vejamos:

Ementa: CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DO SEGURO DPVAT. APLICAÇÃO DA LEI Nº 6194/1974. PAGAMENTO PROPORCIONAL DO SEGURO. POSSIBILIDADE. 1. Versam os autos sobre modalidade de seguro por dano pessoal - DPVAT, de cunho eminentemente social, cujo pagamento é vinculado a três eventos determinados: morte, invalidez permanente de membro ou função e despesas com assistência médica. Resulta do simples evento danoso, tendo por base a responsabilidade objetiva dos usuários de veículos pelos danos pessoais que venham causar a terceiros, independentemente da apuração de culpa. 2. Ocorre que o decismum padece de reforma. É que restou provada a incapacidade permanente dos movimentos do membro superior esquerdo e deformidade permanente do antebraço e punho esquerdo, inclusive com

indicativo de comprometimento nos percentuais de 70% (setenta por cento) e 90% (noventa por cento), conforme laudo constante nos autos. Assim, considerando aplicável a lei vigente ao fato, passo à análise sobre o quantum indenizável na proporção dos danos resultante do sinistro. 3. No caso em estudo, o sinistro ocorrera em 28/06/1999, portanto, aplicável a Lei 6.194/1974, vigente à época do acidente. O art. 3º, da supracitada norma, previa que “os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no artigo 2º compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada” sendo “40 (quarenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País - no caso de morte” e “até 40 (quarenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País - no caso de invalidez permanente”.

4. Em caso de invalidez, o pagamento do seguro DPVAT deve observar a respectiva proporcionalidade. O legislador cuidou de estabelecer uma gradação ao valor indenizatório em caso de invalidez permanente, igualando referido valor ao do evento morte somente quando em sua gradação máxima. Assim em consonância com a interpretação indicada pelo Superior Tribunal de Justiça, cabível a exigência de ser observada a quantificação da lesão antes de condenar ao pagamento integral do valor previsto na lei.

5. Desta forma, tendo em vista que, in caso, o sinistro provocou no autor/recorrente limitação no percentual de até 90% (noventa por cento), causando debilidade e deformidade permanentes, conforme laudos colacionados, cabível a condenação da promovida ao pagamento da indenização em 36 (trinta e seis) salários mínimos, a ser apurado com base no valor do salário estabelecido na data do evento danoso. Juros de mora devidos a partir da citação e correção monetária a partir do efetivo prejuízo, incidência da Súmula 163 da STF e da Súmula 43 do STJ. 6. Para o reconhecimento do dano moral, cabia ao autor comprová-lo, nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, ônus do qual não se desincumbiu. 7. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. (Apelação Cível nº 16979200580601271, TJCE, Rel. Clécio Aguiar de Magalhães, 5ª Câmara Cível, 31.08.11)

Conforme se depreende da exegese dos dispositivos suso mencionados, imperiosa se torna a quantificação das lesões pelo Instituto Médico Legal competente, para que se possa apurar o grau de incapacidade do segurando, fixando-se, em razão da extensão das lesões por ele sofridas, a respectiva compensação indenizatória.

In casu, o Julgador de planície abriu prazo ao autor para que juntasse a documentação tida como indispensável para constatação e gradação da invalidez alegada.

Diante do laudo, a requerente não o contestou, apenas insiste em sua desnecessidade, enquanto o contrário já fora demonstrado.

Assim, tendo o laudo apontado inexistência de ofensa à integridade à saúde corporal do apelante, tenho como adequado o valor da indenização paga administrativamente.

Diante do exposto, conhecendo do recurso de apelação manejado pelo

recorrente por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade e analisando todos os seus itens trazidos à baila com os fundamentos acima delineados, NEGO-LHE PROVIMENTO, confirmando sentença invecivada, no sentido de reconhecer adequado o valor pago a título de indenização pela via administrativa.

Fortaleza, 14 de março de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00001091-13.2009.8.06.0182 DE VIÇOSA DO CEARÁ
APELANTE: JOSEFA MARIA DO NASCIMENTO
INTERDITANDO: MARIA TEÓFILO DO ROSÁRIO
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. LAUDO PERICIAL CONTRÁRIO À INTERDIÇÃO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. INCAPACIDADE CIVIL NÃO COMPROVADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O laudo pericial concluiu que, embora a interditanda apresente problemas mentais, isso não a impede de exercer pessoalmente os atos da vida civil.
2. A prova técnica, em ações de interdição, é sobremodo importante, somente podendo o julgador desconsiderá-la se houver outros fortíssimos elementos que demonstrem o contrário, o que não se verifica na hipótese dos autos.
3. Em ações como a presente, é de se dar especial valor ao princípio da confiança no Juiz da causa, na medida em que, por estar próximo dos envolvidos na questão e por ter realizado o interrogatório pessoal, tem ele mais elementos para aferir as reais condições de saúde da interditanda.
4. Apelação conhecida, mas improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em negar provimento à Apelação, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cogita-se de Apelação manejada por Josefa Maria do Nascimento, adversando a sentença proferida pelo Juízo da Vara Única de Viçosa do Ceará nos autos de ação de interdição proposta pela Apelante em desfavor de Maria Teófilo do Rosário.

Na peça preambular (f. 02-03), a Autora argumenta, em sinopse, que é filha da interditanda, a qual, em razão de problemas mentais, não reuniria condições para exercer pessoalmente os atos da vida civil, requerendo a decretação da sua interdição e

a nomeação da Demandante como curadora.

Em sentença de f. 32-33, o Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido, asseverando que não restou comprovada a incapacidade da interditanda de reger a sua própria vida.

A Apelante (f. 34-50) aduz, em síntese, que:

a) a interditanda, por força de sérios transtornos mentais, é realmente louca, dependendo totalmente de terceiros, o que é confirmado pelos receituários médicos de f. 11;

b) apesar de a prova pericial ter sido em sentido contrário, a prova testemunhal confirmou que a interditanda é absolutamente incapaz de praticar, por si só, os atos da vida civil.

Pugna, enfim, a Recorrente pelo provimento do recurso, para que, reformando-se a sentença fustigada, seja julgado totalmente procedente o pedido exordial.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (f. 65-69).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso não merece provimento.

Relativamente ao instituto da curatela, que tem por escopo proteger o incapaz maior, bem como os seus bens e os seus negócios, estabelece o art. 1.767 do Código Civil que, *in verbis*:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I – aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II – aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III – os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV – os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V – os pródigos.

Maria Helena Diniz, analisando o referido dispositivo, ensina que:

“A curatela é o encargo público cometido, por lei, a alguém para reger e defender uma pessoa e administrar os bens de maiores incapazes, que, por si só, não estão em condições de fazê-lo, em razão de enfermidade ou

deficiência mental”.
(Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1250)

O procedimento de interdição é extremo, vez que retira da pessoa a qualidade de civilmente capaz e, por isso, deve ser utilizado com o devido cuidado, a fim de que não sejam cometidas injustiças para com aqueles que, mesmo tendo problemas de ordem física ou neurológica, possuem o necessário discernimento à prática dos atos da vida civil.

Na espécie, o laudo pericial concluiu que, embora a interditanda apresente problemas mentais, isso não a impede de exercer pessoalmente os atos da vida civil (f. 22).

Em ações de interdição, a prova técnica é sobremodo importante, somente podendo o julgador desconsiderá-la se houver outros fortíssimos elementos que demonstrem o contrário.

Acerca do assunto, colaciono os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. [...] A prova pericial detém especial valor em ação de interdição, justamente por se tratar de resolução drástica, pois que reconhece a incapacidade da pessoa para reger os atos da vida civil e, em decorrência, confere seus cuidados a outrem. [...] (TJSC, Apelação Cível 2010.067599-4, Rel. Des. Stanley da Silva Braga, 6ª Câmara de Direito Civil, julgamento em 14.07.2011)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. [...] Em pedidos de interdição, a prova pericial é a mais eficaz para definir sobre a capacidade ou não do interditando, desnecessária, por vezes, a produção de prova testemunhal. [...] (TJSC, Apelação Cível 2009.025970-3, Rel. Des. Victor Ferreira, 4ª Câmara de Direito Civil, julgamento em 08.04.2010)

Nessa perspectiva, embora o juiz não esteja adstrito ao laudo pericial (art. 436 do CPC), para afastá-lo é preciso que os demais elementos de convicção sejam idôneos a infirmar a conclusão do citado meio probatório, sobretudo por ser o mais adequado para definir a higidez mental do paciente, não possuindo o leigo condições de mensurar, sem o devido conhecimento científico, o grau de discernimento do interditando.

Na hipótese dos autos, entendo que não há elementos aptos a tirarem a força da prova técnica, mesmo porque, examinando o interrogatório e os depoimentos das testemunhas, verifico que não restou claramente demonstrada a impossibilidade da interditanda de reger a sua própria vida, desmerecendo guarida, por via de consequência, o argumento da Apelante de que a prova testemunhal confirmou a absoluta incapacidade da interditanda, razão pela qual deve ser decretada a sua interdição.

Demais disso, ressalto que, em ações como a presente, é de se dar especial

valor ao princípio da confiança no Juiz da causa, na medida em que, por estar próximo dos envolvidos na questão e por ter realizado o interrogatório pessoal, tem ele mais elementos para aferir as reais condições de saúde da interditanda.

Sobre o tema, trago à baila o seguinte aresto:

[...] “Em atenção ao princípio da confiança no juiz da causa, que, mais próximo dos fatos e das pessoas envolvidas, possui melhores condições de valorar as provas produzidas durante a instrução, deve ser preservada a decisão de Primeiro Grau quando se encontra em consonância com as provas colacionadas nos autos”(Apelação Cível n. 2006.028858-5, rel. Des. Anselmo Cerello, julgada em 11-12-2006).
(TJSC, Agravo de Instrumento 2012.022579-5, Rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, 5ª Câmara de Direito Civil, julgamento em 02.08.2012)

Dessa forma, não havendo sido comprovada a absoluta incapacidade da interditanda para praticar, por si só, os atos da vida civil, afigura-se acertado o *decisum* que julgou improcedente o pedido inaugural.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, mas para negar-lhe provimento, mantendo, em sua inteireza, a sentença combatida.

Fortaleza, 4 de fevereiro de 2013

PROCESSO: 0013505-09.2006.8.06.0001 - APELAÇÃO

APELANTE: J. H. S. A., REPRESENTADO POR H. S. S.

APELADO: F. J. DE O. A.

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CITAÇÃO NÃO OCORRIDA. FALTA ATRIBUÍDA AO AUTOR. EXTINÇÃO ABRUPTA DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INTIMAÇÃO PESSOAL. AUSÊNCIA. VÍCIO PROCESSUAL. PROVIMENTO.

1. A extinção do feito sem resolução de mérito sob a invocação de abandono da causa pelo autor pressupõe a prévia intimação pessoal deste para suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas (CPC, art. 267, inc. III e §1º).

2. É nula a sentença terminativa que, de maneira abrupta, resolve a lide atribuindo ao demandante a culpa pelo malogro na citação, quando, diversamente, os fólios revelam que tal adveio da ausência do réu nas datas em que procurado pelos correios, assim como de falta do próprio juízo, que deferiu a realização do ato via mandado, mas deixou transcorrer mais de três anos sem providenciar sua confecção.

3. Apelação conhecida e provida para decretar a nulidade da sentença e determinar a retomada do curso da lide com a efetiva citação.

ACÓRDÃO:

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer da apelação e dar-lhe provimento para decretar a nulidade da sentença e determinar a retomada do curso da lide com a efetiva citação, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 08 de julho de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta em face da sentença prolatada nos autos da ação de alimentos nº 0013505-09.2006.8.06.0001 pelo juízo da 3ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza, o qual, com amparo nos arts. 238, parágrafo único e 267, incs. III e IV, do CPC, extinguiu o feito sem resolução de mérito (págs. 31-32).

O recorrente postula o deferimento da gratuidade judiciária e, no mérito,

aduz, em suma, que é representado judicialmente por defensor público, o qual não fora intimado da greve dos oficiais de justiça, do parecer ministerial e da decisão ordenadora da renovação da citação (págs. 33-35).

Sob tais fundamentos, requer a declaração de nulidade dos atos praticados sem prévia intimação pessoal do advogado do demandante.

Despicienda a intimação do recorrido para contrarrazões, porquanto não aperfeiçoada a relação processual.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça pronunciou-se pelo provimento da insurreição para reconhecimento de nulidade de todos os atos em que a Defensoria Pública não foi intimada pessoalmente até a sentença.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço da apelação.

Respeitante à gratuidade judiciária, porquanto não apreciada pelo juízo singular, declaro o direito do autor, tendo em vista o requerimento de pág. 11 e o patrocínio da causa estar a cargo da Defensoria Pública.

Quanto ao mérito, compulsando os fólios, verifica-se que o juízo *a quo* designou audiência de conciliação para 16.03.2007, ao tempo em que ordenou a citação do réu F. J. de O. A., sendo expedida a carta respectiva com indicação do endereço fornecido na exordial (págs. 17; 19).

Sucede que as três tentativas de entrega da missiva não atingiram a finalidade pretendida, haja vista terem ocorrido após a data mencionada e em ocasiões de ausência do promovido (pág. 24), pelo que o litigante requereu a realização do ato citatório por intermédio de oficial de justiça (pág. 26).

O pleito foi acolhido em 05.09.2007, transcorrendo, porém, quase três anos sem a concreta comunicação inicial do promovido, sobrevindo certidão da greve dos meirinhos, em 08.07.2010 (págs. 27-28).

Na sequência, o judicante acatou opinativo do *Parquet* e determinou a renovação do ato (págs. 26-27), o que, mais uma vez, não se implementou.

Logo a seguir, de maneira abrupta, o magistrado extinguiu o feito sem resolução de mérito, atribuindo ao autor o malogro do litígio; confira-se:

Trata-se de ação de alimentos proposta por J. H. S. A., representado por H. S. em face de F. J. de O. A.

A citação da promovida restou infrutífera, tendo em vista o endereço informado pela parte autora não ser o local da residência da promovida, conforme aviso de recebimento dos correios, às fls. 21.

A ação tramita há mais de quatro anos, sem que o autor forneça o endereço devido da parte promovida, ou informasse ao representante da defensoria

pública o endereço atualizado da suplicada, para fins de citação e início da relação jurídico processual.

É a síntese do relatório.

DECIDO.

Preleciona o artigo 282, inciso II, do Código de Processo Civil que é requisito essencial a parte autora indicar domicílio e endereço do réu. Entende-se por endereço, o existente, o correto, onde o réu possa ser encontrado.

Ademais, preleciona o artigo 28 do Código de Processo Civil, parágrafo único.

Art. 238

Parágrafo único: Presumem-se válidas a comunicações e intimações dirigidas ao endereço residencial ou profissional declinado na inicial, contestação ou embargos, cumprindo às partes atualizar o respectivo endereço sempre que houver modificação temporária ou definitiva.

O Poder Judiciário tem metas a cumprir. Uma ação não deve eternizar-se por ausência de interesse da parte autora em informar o endereço devido do promovido. No caso, o pressuposto processual, previsto como condição de validade do processo resta ausente, porquanto não há como a ação tramitar regularmente.

Pelo exposto, com esteio nos artigos 238, parágrafo único, c/c artigo 267, incisos III e IV do Código de Processo Civil, julgo extinta a ação, sem resolução de mérito, por ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo e, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de trinta dias.

Constata-se, de plano, que o decisório se funda em premissa equivocada; afinal, os fólios não exibem dado indicativo de que o endereço do demandado não corresponde àquele discriminado na inicial. Na realidade, como visto, a citação por carta restou infrutífera, porque o réu nos momentos distintos em que procurado, não se fazia presente.

Ademais, a citação por mandado foi oportunamente postulada e acolhida pelo magistrado, não se podendo atribuir ao suplicante negligência ou demora na tramitação do feito, advindo esta última do juízo que não adotou, com celeridade, as providências destinadas à concretização do ato afinal, deixando fluir mais de três anos até a prolação repentina da sentença.

De outra banda, a extinção do feito sob a invocação de abandono da causa pelo autor pressupõe a prévia intimação para suprimento da falta em 48 (quarenta e oito) horas, medida não realizada *in casu*.^[1]

Do STJ, cito:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ABANDONO DA CAUSA. INOCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO PESSOAL. HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS. NECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É imprescindível a intimação pessoal da parte autora em caso de extinção

do feito por abandono.

2. A morte da parte autora não é causa de extinção do processo executório, mas, sim, dá ensejo à habilitação dos herdeiros.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1216340/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012)

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. AÇÃO MONITÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO COM BASE NO ART. 1º DO ATO NORMATIVO N.º 18, DE 2009, DO TJ/RJ. ILEGALIDADE RECONHECIDA.

1. Ausência de violação ao art. 535 do CPC ou de negativa de prestação jurisdicional.

2. Não conhecimento da alegação de violação a dispositivos constitucionais ou de inconstitucionalidade de ato normativo.

3. Ilegalidade do art. 1º do Ato Normativo n.º 18, de 2009, do TJ/RJ, ao qualificar como ausência de interesse de agir a situação dos processos distribuídos até 31/12/05 que se encontrem no arquivo provisório sem julgamento, autorizando a sua extinção sem a resolução do mérito com base no art. 267, VI, do CPC.

5. A situação dos processos distribuídos até 31/12/05, que simplesmente se encontrem no arquivo provisório, poderia, no máximo, representar abandono de causa, hipótese em que a extinção sem a resolução do mérito dependeria, entre outros requisitos, da intimação pessoal da parte autora.

6. Inteligência do art. 267, III, VI e §1º, do CPC.

7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(REsp 1347372/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 09/04/2013)

Por derradeiro, é importante frisar que ao julgador incumbiria ainda esgotar as possibilidades de citação real e, acaso não fosse esta ultimada, utilizar-se da via editalícia, para somente então cogitar do desfecho da demanda, desde que, de fato, houvesse o autor abandonado a causa, o que, repita-se, não é o caso dos fólios.

Do exposto, conheço da apelação e dou-lhe provimento para desconstituir a sentença e determinar o prosseguimento do feito com a efetiva realização da citação, conforme já ordenado em primeira instância.

É como voto.

[1] CPC, art. 267: Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

III- quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de trinta dias;

§1º. O juiz ordenará, nos casos dos incisos II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em quarenta e oito horas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 187-02.2002.8.06.0032/1 DE AMONTADA
APELANTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE
APELADA: MARIA LÚCIA DE SOUSA
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRELIMINAR DE DENUNCIÇÃO DA LIDE REJEITADA. MORTE EM DECORRÊNCIA DE CONTATO COM FIO ELÉTRICO DE ALTA TENSÃO CAÍDO EM TERRENO VIZINHO AO DO FALECIDO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA COELCE, NOS TERMOS DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA DE PRESTAR SERVIÇO PÚBLICO EFICIENTE E SEGURO, NOS MOLDES DO ART. 6º, § 1º, DA LEI 8.987/95. CULPA *IN VIGILANDO*. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. INDENIZAÇÃO DEVIDA À COMPANHEIRA DO FINADO, AUTORA DA AÇÃO. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* REPARATÓRIO. FIXAÇÃO, DE OFÍCIO, DOS JUROS MORATÓRIOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não se admite a denúncia da lide se o denunciante pretende imputar a responsabilidade pelo evento danoso a terceiro. Demais disso, a instalação da lide secundária retardaria o término da prestação jurisdicional, em detrimento da própria natureza do instituto previsto no art. 70, III, do CPC, que busca imprimir celeridade ao andamento do feito.

2. Por força de sua condição de prestadora de serviço público, a responsabilidade da COELCE é objetiva, em conformidade com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Ademais, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/95, o serviço público prestado pela COELCE deve ser eficiente e seguro.

3. Restou comprovada nos autos a culpa *in vigilando*, pois a Apelante tem o dever de fiscalizar, frequente e ininterruptamente, as instalações do serviço público por ela fornecido, tendo já decidido o STJ que “a concessionária de serviço público encarregada do fornecimento de energia elétrica tem a obrigação de zelar pela perfeita manutenção de seus equipamentos e rede; deixando de fazê-lo, responde pelos danos daí resultantes” (STJ, REsp 712231/CE, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, DJ 04.06.2007).

4. O montante da indenização por danos morais, fixado em 300 salários mínimos, deve ser mantido, vez que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

5. Os juros moratórios, fixados de ofício, são devidos a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ, à taxa de 0,5% ao mês até 10 de janeiro de 2003 (início da vigência do Código Civil de 2002) e, a partir de então, à taxa de 1% ao mês, em conformidade com o art. 406 do CC/2002 e com o art. 161, § 1º, do CTN.

6. Apelação conhecida, mas improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em negar provimento à Apelação e em fixar, de ofício, os juros moratórios, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cogita-se de Apelação manejada por Companhia Energética do Ceará – COELCE, adversando a sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Amontada, que, nos autos de ação de indenização por danos morais proposta em seu desfavor por Maria Lúcia de Sousa, julgou parcialmente procedente o pedido.

Alega a Demandante que, em 05 de junho de 1997, o seu companheiro, José Tarcísio Henrique, faleceu na cidade de Amontada/CE, vítima de choque elétrico causado por fio elétrico de alta tensão que se encontrava caído por toda a extensão de um cercado de posse do SAAE (Serviço Autônomo de Água e Esgoto).

Afirma, demais disso, que convivia com o falecido desde o ano de 1993, havendo com ele casado “eclesiasticamente” (f. 03) e tido um filho de nome José Tarcísio Henrique Filho.

Postulou a Requerente, por meio da ação de que cuida, indenização por danos morais no valor de 1.000 (hum mil) salários mínimos, correspondentes, à época do ajuizamento da demanda (setembro de 2002), a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Em sentença de f. 90-96, o Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a Requerida a pagar à Autora, a título de indenização por danos morais, montante equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos, além das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais foram fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Em seu apelo (f. 117-130), a Companhia Energética do Ceará – COELCE aduz, preliminarmente, que deve haver a denúncia da lide ao SAAE (Serviço

Autônomo de Água e Esgoto), eis que, tendo o sinistro ocorrido em suas dependências, deveria o SAAE ter sido citado para integrar o polo passivo da demanda.

No mérito, argumenta a Apelante, em sinopse, que:

a) não é objetiva a responsabilidade das concessionárias de serviço público em caso de omissão, de tal sorte que era indispensável a demonstração da sua culpa, o que não ocorreu;

b) tendo sido comprovado que o acidente ocorreu em imóvel de posse do SAAE (Serviço Autônomo de Água e Esgoto), não se pode imputar qualquer responsabilidade à COELCE;

c) o valor fixado pelo Magistrado *a quo*, a título de indenização por danos morais, mostra-se excessivo, de modo que, caso seja mantida a condenação, deve o montante ser reduzido, ficando entre 50 (cinquenta) e 100 (cem) salários mínimos.

Pugna a Recorrente, enfim, pelo acolhimento da preliminar de denunciação da lide, desconstituindo-se a sentença fustigada e remetendo-se os autos ao Juízo de origem, a fim de que a instrução processual seja reiniciada, desta feita com a participação do SAAE ou que seja reformado o *decisum*, afastando-se a sua responsabilidade ou reduzindo-se o *quantum* reparatório.

Contrarrazões da Apelada às f. 137-139.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça, sustentando não ser necessária a intervenção do Ministério Público no caso em tela, devolveu os autos sem manifestação acerca do mérito da demanda, opinando unicamente pelo conhecimento do recurso, por estarem presentes os seus pressupostos de admissibilidade (f. 150-153).

Inicialmente distribuídos ao Des. Celso Albuquerque Macêdo em 06.02.2007 (f. 146), os autos foram a mim redistribuídos em 10.03.2010 (f. 163), por encaminhamento.

É o relatório, no essencial.

VOTO

Passo a examinar a preliminar de denunciação da lide, levantada pela Apelante.

Argumenta a Recorrente que, tendo o falecimento ocorrido em imóvel de posse do SAAE (Serviço Autônomo de Água e Esgoto), era imprescindível a denunciação da lide ao SAAE, visto que “a responsabilidade pelas instalações internas de cada unidade consumidora é do respectivo proprietário, que deve mantê-las em condições adequadas” (f. 119).

A prejudicial não deve ser acolhida por duas razões distintas.

A primeira relaciona-se com o fato de a Apelante querer imputar a culpa pela morte da vítima ao SAAE (Serviço Autônomo de Água e Esgoto), na medida em que o instituto da denunciação da lide não se presta a tal finalidade, apenas assegurando o direito de regresso.

Nesse diapasão, o seguinte julgado do STJ:

[...] DENUNCIACÃO DA LIDE. ART. 70, III, DO CPC. DESCABIMENTO. [...] 1. Não se admite a denúncia da lide com fundamento no art. 70, III, do CPC se o denunciante objetiva eximir-se da responsabilidade pelo evento danoso, atribuindo-o com exclusividade a terceiro. [...] (STJ, AgRg no REsp 1115952/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, DJe 30.06.2010)

O segundo motivo diz respeito a impedimento de ordem prática, com repercussão direta na própria natureza do instituto contido no art. 70, III, do CPC, *in verbis*:

Art. 70. A denúncia da lide é obrigatória:

[...]

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

De acordo com o dispositivo, a denúncia da lide é aplicável àquele que estiver obrigado, por lei ou por contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem perder a demanda. A norma contida no art. 70, III, do CPC objetiva economizar atos processuais, pois, em um único processo, seriam julgadas duas lides, a principal e a de regresso. Nesse contexto, o atendimento do pedido de integração do SAAE à demanda resultaria na necessidade de se reabrir toda a instrução probatória, para que fosse aferida a sua culpa e para que fosse verificado o seu grau de participação no evento danoso.

Assim sendo, a instalação da lide secundária, inegavelmente, retardaria o término da prestação jurisdicional, em detrimento da própria natureza do instituto previsto no art. 70, III, do CPC, que busca imprimir celeridade ao andamento do feito.

Desse modo, o acolhimento da prejudicial e a consequente anulação da sentença atacada, com o posterior refazimento da instrução processual, subverteria a própria razão de ser do instituto, máxime diante da ausência de prejuízo à Recorrente, que poderá exercer o seu direito em ação própria, se assim achar conveniente.

Nesse sentido, o seguinte aresto do STJ:

[...] DENUNCIACÃO DA LIDE. ART. 70, III, DO CPC. NÃO OBRIGATORIEDADE. ECONOMIA PROCESSUAL. [...] 5. Em relação ao art. 70, III, do CPC, a denúncia à lide tem como escopo precípuo imprimir celeridade e economia ao andamento do feito, objetivo que, a rigor, estaria drasticamente comprometido na espécie caso fosse acolhido o pedido de anulação do processo desde o despacho indeferitório, subvertendo a razão de ser do instituto, o que se revela inadmissível especialmente diante da ausência de prejuízo ao recorrente, que poderá exercer seu direito em ação própria. 6. “Embora, em princípio, admissível, nos termos do art. 70-

III, CPC, a denunciação da lide à seguradora, não se mostra recomendável anular o feito, nesta Corte, a partir do inacolhimento da denunciação com a remessa dos autos à origem para que ali apreciados os argumentos da denunciante, proferindo-se decisão a respeito. A denunciação da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios” (REsp nº 293.118/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 11.06.01). [...] (STJ, REsp 875575/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJe 17.02.2012)

Dessa forma, rejeito a preliminar suscitada pela Recorrente.

Meritoriamente, a sentença deve ser parcialmente reformada.

Versa a controvérsia sobre a responsabilidade civil da Concessionária ré, prestadora do serviço público de energia elétrica, pela morte do companheiro da Recorrida, causada por fio elétrico de alta tensão que se encontrava caído em imóvel do SAAE (Serviço Autônomo de Água e Esgoto), considerando-se que o falecido trabalhava em terreno de sua propriedade que ficava ao lado do local onde ocorreu o óbito.

Como é cediço, a partir da Constituição Federal de 1988, houve um alargamento no âmbito de incidência da responsabilidade civil, passando agora a responder objetivamente as pessoas jurídicas de direito privado, desde que sejam prestadoras de serviços públicos.

Faz-se necessário, para estabelecer o dever de indenizar da Apelante, tão-somente a demonstração da existência do liame causal entre a conduta imputável à Recorrente e a morte da vítima, sem que haja apreciação do elemento subjetivo.

É a aplicação da chamada teoria do risco administrativo, que preceitua ser de natureza objetiva a responsabilidade civil do Estado, não sendo necessária a comprovação de culpa.

Por ser prestadora de serviço público, é objetiva a responsabilidade da Recorrente, na forma do que prescreve o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A prova constante dos autos, especialmente o laudo pericial de f. 14-24, é suficiente para demonstrar o nexo de causalidade existente entre a morte do companheiro da Apelada e o que lhe deu causa, vale dizer, a existência de fio elétrico de alta tensão

caído em terreno vizinho ao do finado.

Assim sendo, não prospera a tese de excludente de responsabilidade suscitada pela Apelante, porquanto é seu dever promover a regular vigilância e inspeção das instalações elétricas, zelando pelas boas condições do posteamento e sustentação dos fios de transmissão de eletricidade.

Dessa forma, deve a Concessionária, pelo risco inerente ao serviço público de fornecimento de energia elétrica, o qual é essencial e extremamente perigoso, reparar imediatamente o fio de alta tensão que se despreendeu da rede, ou, dito diversamente, prestar o serviço com qualidade, e, sobretudo, responsabilidade, sanando as imperfeições e resguardando a segurança de todos.

Ressalto, por oportuno, que o fio elétrico que causou o sinistro, embora estivesse caído em imóvel do SAAE (Serviço Autônomo de Água e Esgoto), pertencia à linha de distribuição de alta tensão da COELCE e não às instalações elétricas do SAAE, sendo da Concessionária a responsabilidade pelo perfeito estado de conservação da rede elétrica.

Também não deve ser acolhido o argumento da Recorrente de que a sua responsabilidade é subjetiva, não tendo sido comprovada a sua culpa, o que era indispensável, haja vista que o sinistro teria ocorrido em decorrência de ato omissivo seu.

Nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/95, o serviço público prestado pela Apelante deve ser eficiente e seguro, *in verbis*:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Nessa perspectiva, ainda que não se considerasse aplicável a teoria da responsabilidade objetiva, entendo que restou comprovada nos autos a culpa *in vigilando*, por omissão no cumprimento do dever da Recorrente de guardiã das linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica, sendo obrigação da Concessionária fiscalizar, frequente e ininterruptamente, as instalações relativas a esse serviço público, sob pena de responder pelos danos resultantes da sua falha.

No mesmo sentido, o seguinte julgado do STJ:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. A concessionária de serviço público encarregada do fornecimento de energia elétrica tem a obrigação de zelar pela perfeita manutenção de seus equipamentos e rede; deixando de fazê-lo, responde pelos danos daí resultantes. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 712231/CE, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, DJ 04.06.2007)

Desse modo, a inércia da Apelante direciona-se ao comando do art. 37, § 6º, da Carta Magna, que contempla a teoria do risco administrativo, devendo a Recorrente indenizar os danos que as suas atividades, os seus serviços e as suas inações causarem a particulares, bastando, para tanto, a comprovação do efetivo prejuízo e a sua relação causal com a conduta da Concessionária.

Destaco, por relevante, que só ocorre a isenção da responsabilidade civil se restar demonstrado que o fato danoso aconteceu por culpa exclusiva da vítima ou que tenha ocorrido caso fortuito ou força maior, não se verificando qualquer dessas hipóteses no caso em apreço.

Acerca do assunto, colaciono os seguintes arestos:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ART. 37, § 6º, DA CF/88. CHOQUE ELÉTRICO EM FIO DE ALTA TENSÃO. ACONTECIMENTO DANOSO PREVISÍVEL. CARACTERIZAÇÃO DE NEXO CAUSAL. DEVER DE INDENIZAR. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÕES CONHECIDAS E IMPROVIDAS.

1. As empresas concessionárias de serviços públicos são obrigadas a indenizar os danos causados à esfera juridicamente protegida dos particulares, sendo dispensada a comprovação da culpa;
 2. O dever de indenizar origina-se da responsabilidade civil contratual;
 3. Basta o autor demonstrar a existência do dano, para surgir o dever de reparar;
 4. Teoria do risco administrativo. (Inteligência do art. 37, § 6º, da CF/88);
- [...]

(TJCE, Apelação Cível 544795-92.2000.8.06.0001/1, Rel. Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva, 4ª Câmara Cível, julgamento em 29.07.2009)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONARIA DE SERVIÇO PÚBLICO. DESCARGA ELÉTRICA SUPOSTADA EM RAZÃO DO ROMPIMENTO DE FIO DE ALTA TENSÃO. QUEIMADURAS COMPROVADAS.

[...] 2. Sendo assim, comprovado o evento danoso e o ato que lhe deu causa, qual seja, o rompimento do fio de alta tensão da rede de energia elétrica da ré, patente se revela a responsabilidade civil da concessionária ré que, por força de sua condição de prestadora de serviço público, é objetiva, na forma do que prescreve o art. 37, § 6º, da CR/88.

[...] 5. Trata-se de ato ilícito que merece ser tratado com o maior rigor e severidade, a fim de coibir novos abusos e de reparar os danos suportados, que ultrapassaram, em muito, o liame do mero aborrecimento.

6. O rompimento de cabos faz parte dos riscos inerentes à própria atividade desenvolvida, o que justifica a majoração da verba indenizatória, como forma punitivo-pedagógica da condenação imposta. [...]

(TJRJ, Apelação Cível 0007391-35.2006.8.19.0052, Rel. Des. Benedicto Abicair, 6ª Câmara Cível, julgamento em 30.11.2011)

Responsabilidade civil. Concessionária de serviço público. CEMIG.

Indenização por danos morais e materiais. Morte. Menor. Descarga elétrica. Fio de alta tensão. A concessionária de serviço público é responsável pela reparação dos prejuízos materiais e morais decorrentes de acidente que vitimou menor por descarga de choque elétrico. [...]

(TJMG, Apelação Cível 0818271-57.2006.8.13.0525, Rel. Des. Almeida Melo, 4ª Câmara Cível, julgamento em 26.05.2011, publicação em 11.07.2011)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. CHOQUE ELÉTRICO. COPEL. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA CONFIGURADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA *A QUO*. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 37, §6º da Constituição Federal, a empresa pública prestadora de serviço público de energia responde de forma objetiva pelos danos causados em decorrência do serviço por ela prestado, desde que caracterizada a ocorrência de um ato comissivo ou omissivo, o dano e o nexo de causalidade. Contudo, inexistente responsabilidade da companhia de energia elétrica se o sinistro ocorreu por culpa exclusiva da vítima que levantou uma vara de metal de três metros de comprimento, atingindo os fios da rede de alta tensão.

(TJPR, Apelação Cível 726.481-9, Rel. Des. D'Artagnan Serpa Sá, 9ª Câmara Cível, julgamento em 31.03.2011, publicação em 19.05.2011)

Portanto, verificadas todas as condições para a configuração da responsabilidade civil, correta a sentença que condenou a Apelante a indenizar a Apelada pelos danos morais sofridos.

Analisando a questão do dano moral, não é difícil imaginar a dor que sentiu a companheira do *de cuius*.

A indenização a título de danos morais, entretanto, não tem por escopo apagar o abalo sofrido, mas objetiva, em verdade, suavizar o sofrimento experimentado.

Por outro lado, a efetividade do dano, em seu aspecto moral, é demonstrável pela simples prova da ocorrência do fato lesivo que trouxe desequilíbrio emocional, uma vez ser impossível se provar a intensidade da dor e da aflição, sentimentos intrínsecos à alma humana.

Assim, postas as premissas necessárias, passo a analisar o valor da indenização arbitrada a título de danos morais.

A avaliação pecuniária do dano moral ainda é objeto de acaloradas discussões doutrinárias, uma vez inexistir dispositivos legais que estabeleçam critérios objetivos, em razão da sua própria natureza, que, por definição, independe de qualquer vinculação com prejuízo material.

Dessa forma, cabe ao julgador, ao seu prudente arbítrio, guardadas as peculiaridades de cada caso, fixar valor suficiente à reparação do dano, mas que, ao mesmo tempo, não se constitua em instrumento de enriquecimento indevido do ofendido. A indenização deve guardar proporcionalidade entre o sofrimento suportado e

as condições econômicas do ofensor e da vítima.

Nessa diretriz, orienta-se a doutrina, com eco na jurisprudência:

“A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento ilícito, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.

(Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990, n. 49, p. 67)

“O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir”.

(STJ, REsp 734.303/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 15.08.2005)

Em suma, o valor da indenização por danos morais tem que ser estipulado com razoabilidade, observadas as características do caso concreto, entendendo o Superior Tribunal de Justiça que o *quantum* deve ser condizente com a gravidade da situação, conforme atesta a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO CIVIL. MORTE DE FILHO MENOR. CHOQUE ELÉTRICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. [...] II – Dano moral devido como compensação pela dor da perda de filho menor de idade, no equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos, condizente com a gravidade do dano. Precedentes. [...]

(STJ, AgRg no REsp 734.987/CE, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 29.10.2009)

Nessa perspectiva, entendo que o Juiz singular bem decidiu a questão, fixando a indenização por danos morais em 300 (trezentos) salários mínimos, tendo em vista que esse montante deve ter por base o sofrimento experimentado pela Apelada e a capacidade econômica da Apelante, que é uma grande empresa, de tal sorte que a quantia foi fixada dentro de parâmetros razoáveis, observado o seu caráter compensatório e penal, devendo, portanto, ser mantida.

Considerando que o montante da indenização foi arbitrado em salários mínimos, esclareço, em reforço ao que já foi dito no *decisum* impugnado, que, de sorte a manter atualizado o *quantum* reparatório, deve ser utilizado o valor do salário mínimo vigente à época do efetivo pagamento.

Não tendo o Magistrado *a quo* se pronunciado acerca dos juros moratórios, reformo, de ofício, nesse aspecto, a sentença atacada, para fixá-los, a contar do evento

danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ (“os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”), em 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês até 10 de janeiro de 2003 (início da vigência do Código Civil de 2002) e, a partir de então, em 1% (um por cento) ao mês, em conformidade com o art. 406 do CC/2002 e com o art. 161, § 1º, do CTN.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, mas para negar-lhe provimento e, de ofício, arbitro os juros moratórios, devidos a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ, em 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês até 10 de janeiro de 2003 (início da vigência do Código Civil de 2002) e, a partir de então, em 1% (um por cento) ao mês, mantendo, no mais, a sentença combatida.

Fortaleza, 8 de outubro de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0019022-24.2008.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTE: BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A
APELADO: ROBERTO HOOVER OLIVEIRA LIMA
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS POR RESTRIÇÃO DE CRÉDITO CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER. CARTÃO DE CRÉDITO. TRANSAÇÃO NÃO REALIZADA PELO TITULAR. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL CARACTERIZADO. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* REPARATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CORRETAMENTE ARBITRADOS. ESTABELECIMENTO, DE OFÍCIO, DO MOMENTO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. FIXAÇÃO, DE OFÍCIO, DOS JUROS MORATÓRIOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não obstante claramente demonstrado que a transação no cartão de crédito não havia sido realizada pelo Apelado, o Apelante inseriu o seu nome nas listas de inadimplentes, estando configurado, portanto, o dano moral.
2. É firme o entendimento do STJ no sentido de que a simples inclusão indevida nos órgãos de proteção ao crédito gera dano moral.
3. O montante da indenização por danos morais, fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), deve ser mantido, vez que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.
4. Os honorários advocatícios (20% sobre o valor da condenação) foram arbitrados com base nos critérios previstos no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, não havendo que ser feito qualquer reparo.
5. Estabelecimento, de ofício, do momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais, observando-se, para esse fim, a Súmula 362 do STJ, *in verbis*: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”.
6. Fixação, de ofício, dos juros moratórios, os quais são devidos a partir da citação, à taxa de 1% ao mês, em conformidade com o art. 406 do CC/2002 e com o art. 161, § 1º, do CTN .

7. Apelação conhecida, mas improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em negar provimento à Apelação, estabelecer, de ofício, o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais e arbitrar, de ofício, os juros moratórios, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 8 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Cogita-se de Apelação manejada por Banco Santander (Brasil) S/A, adversando a sentença proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de reparação de danos morais por restrição de crédito cumulada com obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela proposta em seu desfavor por Roberto Hoover Oliveira Lima, julgou procedente o pedido.

Na peça exordial (f. 03-20), o Demandante alega que é cliente do cartão de crédito do Demandado desde o mês de julho de 2006 e que, em abril de 2008, a fatura que recebeu para pagamento continha lançamento no valor de R\$ 5.848,14 (cinco mil oitocentos e quarenta e oito reais e quatorze centavos), referente a uma reserva que por ele teria sido feita no hotel Traveller Inn Huaqiao Beijing, na cidade de Pequim, capital da China.

Argumenta o Promovente, demais disso, que não efetuou a referida transação e que entrou em contato com o Promovido, informando sobre o problema havido em sua fatura, questionando, inclusive, o fato de o lançamento haver superado o seu limite de crédito, o qual correspondia, à época, a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Sustenta o Autor, ainda, que, por não ter o Requerido acatado a sua reclamação, entrou em contato diretamente com o hotel, havendo este informado que “a reserva havia sido há muito cancelada e que a administradora pagou indevidamente ao hotel na China” (f. 07) e que o Banco demandado estava autorizado a estornar o pagamento feito por meio do cartão de crédito do Demandante.

Afirmado que, a despeito de não haver realizado a referida operação, o seu nome foi indevidamente inserido nos órgãos de proteção ao crédito, o que lhe causou danos morais, requereu o Autor indenização equivalente a R\$ 58.481,40 (cinquenta e oito mil quatrocentos e oitenta e um reais e quarenta centavos).

Sentenciando o feito (f. 85-89), a Juíza *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o Demandado a pagar ao Demandante a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por danos morais, e determinando a imediata retirada do nome do Promovente dos órgãos restritivos de crédito, tendo sido os honorários

advocatícios arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Em suas razões recursais (f. 91-100), o Apelante aduz, em sinopse, que:

a) nos dias que antecederam e sucederam a realização da compra, o cartão do Apelado sempre esteve em seu poder, sendo ele o responsável pela manutenção e pela utilização do cartão de crédito;

b) deixando o Recorrido de pagar a dívida do seu cartão de crédito, afigura-se devida a inscrição do seu nome nos cadastros de inadimplentes, não havendo que se falar em indenização por danos morais;

c) é excessivo o montante da condenação, correspondente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), além da verba honorária no patamar de 20% sobre o valor da condenação.

Pugna, enfim, o Recorrente pelo provimento do recurso, com a consequente reforma da sentença impugnada, de sorte que seja julgado improcedente o pedido inaugural ou que sejam reduzidos o *quantum* reparatório e os honorários advocatícios.

Apesar de intimado, o Apelado não apresentou contrarrazões (f. 103, 103v, 104 e 104v).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso não comporta provimento. Entretanto, devem ser supridas, de ofício, as omissões da sentença, no que tange ao estabelecimento do momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais e à fixação dos juros moratórios.

Verifico que, embora tenha o Apelado questionado o lançamento irregular existente na fatura do seu cartão de crédito, o Apelante, além de não ter tomado as providências necessárias, incluiu o seu nome nos cadastros restritivos de crédito.

A reserva feita em um hotel de Pequim, na China, não foi realizada pelo Recorrido, estando isso bem claro nos autos, haja vista que o próprio estabelecimento, por meio do comunicado de f. 35, autorizou o Recorrente a estornar o pagamento que havia sido feito, indevidamente, através do cartão de crédito do Apelado.

A responsabilidade pelo uso do cartão de crédito é realmente do seu titular, mas deve ser levada em conta a ocorrência de fraudes envolvendo o referido instrumento comercial, sendo a clonagem de cartões, por exemplo, matéria recorrente em jornais e revistas, não se podendo imputar a responsabilidade sobre possíveis ilicitudes ao titular do cartão, pois não está ao seu alcance evitar que atos fraudulentos sejam perpetrados.

De mais a mais, aplica-se à hipótese dos autos o art. 14, *caput*, do CDC¹, na

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

medida em que o Apelante responde, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

Dessa forma, não obstante claramente demonstrado que a reserva no hotel não havia sido feita pelo Apelado, o Apelante inseriu o seu nome nos órgãos de proteção ao crédito (f. 33 e 34), estando configurado, portanto, o dano moral, razão pela qual deve o Recorrido ser indenizado.

Ressalto que é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a mera inclusão indevida em cadastros restritivos de crédito gera dano moral, consoante demonstram os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA DEVEDORA EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL PRESUMIDO. PRECEDENTES. [...] 1.- Esta Corte já firmou entendimento que nos casos de inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*. [...] (STJ, AgRg no AREsp 171538/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 28.06.2012)

[...] INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO *IN RE IPSA*. [...] 3. Em casos como o dos autos, no qual se discute a comprovação do dano moral em virtude da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o dano moral se configura *in re ipsa*, ou seja, prescinde de prova do dano moral, que é satisfeita com a demonstração da existência de inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes. [...] (STJ, AgRg no AREsp 42294/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, DJe 25.04.2012).

[...] PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. DANO *IN RE IPSA*, AINDA QUE SOFRIDO POR PESSOA JURÍDICA. [...] 1. Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral configura-se *in re ipsa*, prescindindo de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica. [...] (STJ, AgRg no Ag 1261225/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 15.08.2011)

[...] INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. INDENIZAÇÃO. [...] 2. O STJ já firmou entendimento que “nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica” (REsp 1059663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 17/12/2008). [...] (STJ, AgRg no REsp 1186167/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 21.06.2011)

[...] RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA

EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANOS MORAIS. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. [...] 1. Nos casos de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova. Precedentes. [...] (STJ, AgRg no Ag 1149294/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 18.05.2011)

[...] DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. CARACTERIZAÇÃO *IN RE IPSA* DOS DANOS. [...] 2. Consoante entendimento consolidado desta Corte Superior, nos casos de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes, os danos caracterizam-se *in re ipsa*, isto é, são presumidos, prescindem de prova (Precedente: REsp n.º 1059663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 17/12/2008). [...] (STJ, AgRg no Ag 1152175/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), 3ª Turma, DJe 11.05.2011)

Assim, postas as premissas necessárias, passo a examinar o valor da indenização.

A avaliação pecuniária do dano moral ainda é objeto de acaloradas discussões doutrinárias, uma vez inexistir dispositivos legais que estabeleçam critérios objetivos, em razão da sua própria natureza, que, por definição, independe de qualquer vinculação com prejuízo material.

Dessa forma, cabe ao julgador, ao seu prudente arbítrio, guardadas as peculiaridades de cada caso, fixar valor suficiente à reparação do dano, mas que, ao mesmo tempo, não se constitua em instrumento de enriquecimento indevido do ofendido. A indenização deve guardar proporcionalidade entre o sofrimento suportado e as condições econômicas do ofensor e da vítima.

Nessa diretriz, orienta-se a doutrina, com eco na jurisprudência:

“A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento ilícito, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.

(Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990, n. 49, p. 67)

“O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir”.

(REsp 734.303/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2005, DJ 15/08/2005 p. 290)

Nesse contexto, o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixado pela Juíza de 1º Grau, a título de indenização por danos morais, deve ser mantido, vez que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

Para ilustrar, trago à baila recentes arestos do STJ, nos quais aquela Corte entendeu que é justo e adequado, não escapando à razoabilidade, o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixado a título de indenização por danos morais, em casos de inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito:

[...] DANO MORAL. INSCRIÇÃO E MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME DA RECORRIDA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. REVISÃO QUE SE ADMITE TÃO SOMENTE NOS CASOS EM QUE O VALOR SE APRESENTAR IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. PRECEDENTES. [...]

1. O entendimento deste Sodalício é pacífico no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso, em que a verba indenizatória, decorrente de indevida inscrição e manutenção do nome da recorrida em cadastro de inadimplentes, foi fixada no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). [...]

(STJ, AgRg no REsp 810585/RS, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 02.08.2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. [...]

1. Segundo os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, não se revela desproporcional a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) fixadas a título de reparação por dano moral em virtude dos danos sofridos pela inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito. [...]

(STJ, AgRg no REsp 1229840/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 01.08.2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REVISÃO DO JULGADO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA STJ/7. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO.

[...]

3.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, em razão de falha na prestação de serviço bancário, que resultou em inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, foi fixado o valor de indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devido pelo ora Agravante ao autor, a título de danos morais. [...]

(STJ, AgRg no AREsp 150105/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe

09.05.2012)

No que diz respeito aos honorários advocatícios (20% sobre o valor da condenação), entendo que foram eles arbitrados com base nos critérios previstos no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, não havendo que ser feito qualquer reparo.

Não tendo a Magistrada *a quo* se pronunciado acerca do momento inicial da correção monetária do montante da indenização por danos morais nem sobre os juros moratórios, *supra*, de ofício, as omissões.

Relativamente ao momento inicial da correção monetária do *quantum* reparatório, deve ser observada a Súmula 362 do STJ, segundo a qual “a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”, devendo a correção monetária ocorrer, portanto, a partir da prolação da sentença vergastada.

No que tange aos juros moratórios, saliento que, em se tratando de responsabilidade contratual, caso dos autos, o STJ já decidiu que, “na hipótese de responsabilidade contratual, os juros moratórios possuem como termo inicial a data da citação” (STJ, EDcl no REsp 538279/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 29.08.2012).

Dessa forma, os juros moratórios devem ser fixados, a contar da citação, em 1% (um por cento) ao mês, em conformidade com o art. 406 do CC/2002 e com o art. 161, § 1º, do CTN.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, mas para negar-lhe provimento e, de ofício, estabeleço o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais como sendo a data do arbitramento, no Juízo *a quo*, nos termos da Súmula 362 do STJ, e, também de ofício, fixo os juros moratórios, devidos a partir da citação, em 1% (um por cento) ao mês, mantendo, no mais, a sentença combatida.

Fortaleza, 8 de abril de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0000212-90.2006.8.06.0091 DE IGUATU

APELANTE: NOVA AMÉRICA FACTORING LTDA.

APELADA: L. TAVARES DE LUNA – ME

RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TÍTULO CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO APELATÓRIO REJEITADA. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO DE CRÉDITO. DANO MORAL CARACTERIZADO. REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. REFORMA, DE OFÍCIO, DA PARTE DA SENTENÇA QUE TRATOU SOBRE OS JUROS MORATÓRIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Juiz *a quo*, ao tempo em anulou a certidão de trânsito em julgado da sentença, recebeu, no próprio *decisum*, a presente Apelação. Em outras palavras, o Magistrado de 1º Grau não determinou que o prazo fosse devolvido à Apelante a partir da publicação da decisão, recebendo, de logo, o recurso apelatório que já havia sido interposto, motivo pelo qual é tempestivo o apelo de que se cuida.

2. Muito embora não tenha sido a petição inicial instruída com documento comprobatório dos poderes de Luciano Tavares de Luna para subscrever a procuração de f. 16, infere-se do documento emitido pela SERASA (f. 271) que o signatário é o único proprietário da Microempresa apelada, a qual, inclusive, tem o seu nome. Assim sendo, não havendo sido causado prejuízo a qualquer das partes ou ao processo, de forma geral, o ato deve ser aproveitado, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas (arts. 244 e 250 do CPC).

3. O prazo decadencial de 30 (trinta) dias para o ajuizamento da ação principal é contado a partir da efetivação da medida cautelar e não a partir da decisão que a concede. Além disso, mesmo que tivesse decorrido o prazo de 30 (trinta) dias sem o aforamento da ação principal, eventual decadência atingiria unicamente a medida cautelar, não afetando a pretensão deduzida na ação principal.

4. O comunicado de cessão é explícito ao afirmar que a Recorrente adquiriu a duplicata emitida pela empresa Nerosul

Produtos Alimentícios Ltda. e que o pagamento do aludido título de crédito deveria ser feito exclusivamente à Apelante, devendo esta, portanto, responder sozinha em eventual ação de indenização por protesto indevido (realizado por ela) da duplicata em baila, não havendo que se falar em litisconsórcio passivo necessário.

5. A forma como foi feito o pagamento tem pouca ou nenhuma relevância, o mesmo podendo ser dito em relação ao fato de a Recorrida ter pago o título após o seu vencimento, o qual se deu em 15.09.2005, importando, em verdade, que houve a quitação em 06.10.2005 e que o protesto, efetuado em 13.10.2005, por ter sido levado a cabo depois do pagamento, foi irregular.

6. As inscrições do nome da Apelada na SERASA são todas posteriores ao protesto realizado pela Recorrente, não se aplicando ao caso a Súmula 385 do STJ (“Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”), ainda que por analogia, tendo em vista que o verbete sumular em referência trata sobre inscrição indevida em cadastro de inadimplente e não sobre protesto irregular de título de crédito, hipótese dos autos.

7. É firme o entendimento do STJ no sentido de que o simples protesto indevido de título de crédito gera dano moral, devendo a Apelada, portanto, ser indenizada pelos danos morais experimentados, ajustando-se à espécie o art. 186 do Código Civil, cabendo destacar que, nos termos da Súmula 227 do STJ, “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

8. O valor da indenização por danos morais deve ser estipulado com razoabilidade, observadas as características do caso concreto, devendo ser reduzido de R\$ 21.883,56 (vinte e um mil oitocentos e oitenta e três reais e cinquenta e seis centavos) para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), *quantum* que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

9. Os juros moratórios, arbitrados de ofício, são devidos a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ, à taxa de 1% ao mês, em consonância com o art. 406 do Código Civil e com o art. 161, § 1º, do CTN.

10. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em dar parcial provimento à Apelação e reformar, de ofício, a parte da sentença que tratou sobre os juros moratórios, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por Nova América Factoring Ltda., adversando a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Iguatu que, nos autos de ação de anulação de título cumulada com reparação de danos morais e materiais, contra si proposta por L. Tavares de Luna – ME, julgou parcialmente procedente o pedido.

Na peça exordial (f. 04-15), a Empresa autora alega que, mesmo tendo sido paga, a duplicata no valor de R\$ 7.294,52 (sete mil duzentos e noventa e quatro reais e cinquenta e dois centavos), emitida por Nerosul Produtos Alimentícios Ltda., foi protestada em cartório da cidade de Iguatu pela Demandada, a qual também inseriu o seu nome na SERASA.

Argumenta a Promovente, demais disso, que o protesto indevido do referido título de crédito e a irregular inscrição do seu nome em lista de inadimplentes causaram-lhe danos morais e materiais (estes últimos nas formas dano emergente e lucro cessante).

Sustenta a Demandante, ainda, que o dano moral decorre da ofensa à sua honra e que o dano patrimonial (dano emergente e lucro cessante) reside no fato de que foi impedida de receber mercadorias de vários fornecedores, situação que perdura por vários anos, pois muitas empresas não fazem negócio com aquelas que já tenham sido negativadas.

Postulou a Requerente, então, que, por sentença, fosse anulada a duplicata e a Requerida condenada a pagar, em seu favor, indenização por danos morais em valor correspondente a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos e reparação por danos materiais em montante equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos.

Sentenciando o feito (f. 122-129), o Magistrado de 1º Grau julgou parcialmente procedente o pedido, declarando a inexigibilidade da duplicata, indeferindo o pleito de indenização por danos materiais e condenando a Promovida a pagar à Promovente a quantia de R\$ 21.883,56 (vinte e um mil oitocentos e oitenta e três reais e cinquenta e seis centavos), a título de reparação por danos morais, com juros moratórios e correção monetária a partir da publicação do *decisum*.

Em suas razões recursais (f. 222-253), a Apelante aduz, em sinopse, que:

a) não foi juntado pela Apelada qualquer documento comprovando que o

subscritor da procuração tem poderes para tanto, motivo pelo qual deve o processo ser extinto sem resolução de mérito;

b) antes da ação principal, a Recorrida ajuizou ação cautelar preparatória, havendo o Juiz *a quo* deferido, em 25.11.2005, a medida cautelar, determinando a sustação do protesto, não tendo sido respeitado, contudo, o prazo previsto no art. 806 do CPC, a saber, 30 (trinta) dias entre a data da efetivação da medida cautelar (25.11.2005) e o aforamento da ação principal, o qual somente se deu em 09.02.2006, quando deveria ter ocorrido até 26.12.2005, devendo o feito ser extinto sem resolução de mérito;

c) a empresa Nerosul Produtos Alimentícios Ltda., emitente da duplicata, não foi incluída na lide, quando deveria ter sido, por ser caso de litisconsórcio passivo necessário, razão pela qual deve ser anulada a sentença fustigada;

d) além de ter sido feito depois do vencimento, o pagamento do título ocorreu através de depósito na conta da Recorrente e não por meio do próprio boleto, forma pactuada, de modo que, ao protestar o título de crédito, não praticou qualquer ato ilícito, vez que agiu em exercício regular de direito;

e) a Apelada não sofreu abalo em sua honra, sobretudo porque há diversas restrições relativamente ao seu nome na SERASA, o que enseja a improcedência do pleito de indenização por danos morais;

f) ainda que se entenda pela sua condenação, deve ser reduzido o *quantum* indenizatório de R\$ 21.883,56 (vinte e um mil oitocentos e oitenta e três reais e cinquenta e seis centavos), fixado pelo Juiz de 1º Grau.

Pugna, enfim, a Recorrente pelo provimento do recurso, extinguindo-se o feito sem resolução de mérito, anulando-se a sentença impugnada, julgando-se improcedente o pedido inaugural ou reduzindo-se o montante reparatório.

Em suas contrarrazões (f. 288-294), a Recorrida sustenta, preliminarmente, que é intempestivo o recurso apelatório interposto pela Apelante, requerendo, no mérito, o improvimento do apelo, com a consequente manutenção da sentença atacada.

É o relatório, no essencial.

VOTO

Passo a examinar a preliminar de intempestividade do apelo, levantada pela Apelada.

Assevera a Recorrida que o recurso apelatório é extemporâneo, visto que a decisão do Magistrado de 1º Grau que devolveu o prazo recursal à Apelante foi publicada em 01.08.2011, havendo a Recorrente, todavia, interposto o apelo antes da referida publicação, vale dizer, em 03.05.2011 (por fax) e em 06.05.2011 (o original).

Razão não lhe assiste.

O Juiz *a quo*, ao tempo em anulou a certidão de trânsito em julgado da sentença de f. 134, recebeu, no próprio *decisum*, a presente Apelação. Em outras palavras, o Magistrado de 1º Grau não determinou que o prazo fosse devolvido à Apelante a partir

da publicação da decisão, recebendo, de logo, o recurso apelatório que já havia sido interposto (f. 278-279), motivo pelo qual é tempestivo o apelo de que se cuida.

Dessa forma, rejeitando a prejudicial de extemporaneidade do recurso apelatório, passo ao exame do mérito.

Meritoriamente, o recurso comporta apenas parcial provimento. Ademais, deve ser reformada, de ofício, a parte da sentença que tratou sobre os juros moratórios.

Argumenta a Recorrente que o signatário da procuração outorgada pela Recorrida não comprovou documentalmente que tinha poderes para tanto e que a ação principal não observou o prazo previsto no art. 806 do CPC, havendo sido aforada mais de 30 (trinta) dias após a efetivação da medida cautelar.

Razão não assiste à Apelante.

Muito embora não tenha sido a petição inicial instruída com documento comprobatório dos poderes de Luciano Tavares de Luna para subscrever a procuração de f. 16, infere-se do documento emitido pela SERASA (f. 271) que o signatário é o único proprietário da Microempresa apelada, a qual, inclusive, tem o seu nome. Assim sendo, não havendo sido causado prejuízo a qualquer das partes ou ao processo, de forma geral, o ato deve ser aproveitado, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas (arts. 244 e 250 do CPC¹).

No que tange à alegada inobservância do prazo previsto no art. 806 do CPC², ressalto que o prazo decadencial de 30 (trinta) dias para o ajuizamento da ação principal é contado a partir da efetivação da medida cautelar e não a partir da decisão que a concede.

Acerca do assunto, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que:

“A contagem do prazo se inicia a partir da efetivação da medida, e não da decisão concessiva da cautela. Por efetivação da medida deve-se entender o cumprimento do mandado judicial que concedeu a cautela (liminar ou definitiva)”.

(Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1126)

No caso dos autos, diferentemente do que afirma a Recorrente, a liminar foi

1 Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

2 Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

deferida e não efetivada em 25.11.2005 (f. 268).

Demais disso, saliento que, mesmo que tivesse decorrido o prazo de 30 (trinta) dias sem o aforamento da ação principal, eventual decadência atingiria unicamente a medida cautelar, não afetando a pretensão deduzida na ação principal.

Sobre o tema, os citados doutrinadores lecionam que:

“A decadência atinge somente o direito à cautela, permanecendo íntegro eventual direito material de que seja titular o requerente. Assim, mesmo após verificar-se a decadência da cautela, o requerente pode ajuizar ação principal, se o direito nela pleiteado ainda não tiver sido extinto. Apenas a medida cautelar concedida é que perderá seus efeitos”.

(Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1125)

Sustenta a Recorrente, ainda, que a empresa emitente da duplicata (Nerosul Produtos Alimentícios Ltda.) deveria ter sido incluída na lide, haja vista que se trata de litisconsórcio passivo necessário.

Não tem razão a Apelante.

O documento de f. 72 (comunicado de cessão) é explícito ao afirmar que a Recorrente adquiriu a duplicata emitida pela empresa Nerosul Produtos Alimentícios Ltda. e que o pagamento do aludido título de crédito deveria ser feito exclusivamente à Apelante, devendo esta, portanto, responder sozinha em eventual ação de indenização por protesto indevido (realizado por ela) da duplicata em baila, não havendo que se falar em litisconsórcio passivo necessário.

De mais a mais, alega a Recorrente que, além de a duplicata ter sido paga após o vencimento, somente constatou o pagamento em 19.10.2005, ao passo que o protesto foi levado a efeito em 13.10.2005, antes, portanto, de haver sido processada a quitação, afirmando, além disso, que o pagamento se deu de forma diversa daquela que foi acordada e que o protesto não causou abalo à honra da Apelada, máxime porque há várias restrições relacionadas ao seu nome na SERASA.

Os argumentos não merecem guarida.

Pelo exame dos documentos, verifico que a Apelante deu por liquidada a duplicata em 06.10.2005 e, no entanto, o título foi protestado em 13.10.2005, mostrando-se indevido, dessa forma, o protesto (f. 73 e 77).

A forma como foi feito o pagamento tem pouca ou nenhuma relevância, o mesmo podendo ser dito em relação ao fato de a Recorrida ter pago o título após o seu vencimento, o qual se deu em 15.09.2005, importando, em verdade, que houve a quitação em 06.10.2005 e que o protesto, efetuado em 13.10.2005, por ter sido levado a cabo depois do pagamento, foi irregular.

Por outro lado, as inscrições do nome da Apelada na SERASA (f. 272) são todas posteriores ao protesto realizado pela Recorrente, não se aplicando ao caso

a Súmula 385 do STJ (“Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”), ainda que por analogia, tendo em vista que o verbete sumular em referência trata sobre inscrição indevida em cadastro de inadimplente e não sobre protesto irregular de título de crédito, hipótese dos autos.

Assim sendo, deve a Recorrida ser indenizada pelos danos morais experimentados, decorrentes do protesto indevido de título de crédito, ajustando-se à espécie o art. 186 do Código Civil¹, cabendo destacar que, nos termos da Súmula 227 do STJ, “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Ressalto que é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que o simples protesto indevido de título de crédito gera dano moral, consoante demonstram os seguintes arestos:

[...] PROTESTO INDEVIDO. DANO MORAL PRESUMIDO. PRECEDENTES. [...] 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é suficiente ao pedido indenizatório o protesto ou a inscrição indevidos do nome em cadastros restritivos, uma vez que é presumível o abalo moral sofrido em face desses atos. Precedentes. [...] (STJ, AgRg no Ag 1251747/MT, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 25.08.2011)

[...] PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. DANO *IN RE IPSA*, AINDA QUE SOFRIDO POR PESSOA JURÍDICA. [...] 1. Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral configura-se *in re ipsa*, prescindindo de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica. [...] (STJ, AgRg no Ag 1261225/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 15.08.2011)

[...] 2. O STJ já firmou entendimento que “nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica” (REsp 1059663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 17/12/2008). [...] (STJ, AgRg no REsp 1186167/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 21.06.2011)

Assim, postas as premissas necessárias, passo a examinar o valor da indenização.

A avaliação pecuniária do dano moral ainda é objeto de acaloradas discussões doutrinárias, uma vez inexistir dispositivos legais que estabeleçam critérios

¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

objetivos, em razão da sua própria natureza, que, por definição, independe de qualquer vinculação com prejuízo material.

Dessa forma, cabe ao julgador, ao seu prudente arbítrio, guardadas as peculiaridades de cada caso, fixar valor suficiente à reparação do dano, mas que, ao mesmo tempo, não se constitua em instrumento de enriquecimento indevido do ofendido. A indenização deve guardar proporcionalidade entre o sofrimento suportado e as condições econômicas do ofensor e da vítima.

Nessa diretriz, orienta-se a doutrina, com eco na jurisprudência:

“A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento ilícito, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.

(Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990, n. 49, p. 67)

“O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir”.

(REsp 734.303/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2005, DJ 15/08/2005 p. 290)

Nesse contexto, o Juiz *a quo* fixou valor mais elevado do que aquele que se mostra apropriado, devendo o montante ser reduzido para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), *quantum* que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

Para ilustrar, trago à baila os seguintes julgados do STJ, nos quais aquela Corte entendeu que é justa e adequada, não escapando à razoabilidade, a quantia reparatória por danos morais fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em caso de protesto indevido de título de crédito:

[...] PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATAS. VALOR DA CONDENAÇÃO. RAZOABILIDADE. [...] 2. O valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), como indenização por protesto indevido de título, nos termos da jurisprudência desta Corte, não se mostra irrisório.[...]

(STJ, AgRg no AREsp 9886/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 24.08.2011)

[...] TÍTULOS DE CRÉDITO. DUPLICATAS SEM CAUSA. PROTESTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REDUÇÃO. [...] 3. Na indenização por dano moral por indevido protesto de título, mostra-se adequado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Precedentes [...]

(STJ, REsp 992421/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para o

acórdão Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, DJe 12.12.2008)

[...] DANO MORAL. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. VALOR.
[...] 2. Na indenização por dano moral por indevido protesto de título, mostra-se adequado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Precedentes.
[...]
(STJ, REsp 864707/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJ 17.09.2007)

A correção monetária do montante reparatório por danos morais deve observar a Súmula 362 do STJ, segundo a qual “a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”, devendo a correção monetária ocorrer, portanto, a partir da prolação do presente acórdão.

Não tendo o Magistrado de 1º Grau tratado adequadamente sobre os juros moratórios, reformo, de ofício, essa parte da sentença.

Os juros moratórios devem ser fixados, a contar do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ (“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”), em 1% (um por cento) ao mês, em consonância com o art. 406 do Código Civil e com o art. 161, § 1º, do CTN.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe parcial provimento, apenas para reduzir o *quantum* indenizatório por danos morais de R\$ 21.883,56 (vinte e um mil oitocentos e oitenta e três reais e cinquenta e seis centavos) para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária a partir da data do arbitramento, neste Tribunal, nos termos da Súmula 362 do STJ, e, de ofício, reformo a sentença combatida para arbitrar os juros moratórios, devidos a partir do evento danoso, nos moldes da Súmula 54 do STJ, em 1% (um por cento) ao mês, mantendo, no mais, o *decisum* impugnado.

Fortaleza, 29 de abril de 2013.

PROCESSO Nº 2560-81.2000.8.06.0062/1
APELAÇÃO DA 1ª VARA DA COMARCA DE CASCAVEL-CE
APELANTE: COELCE – COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ
APELADA: MARIA COELHO DE CASTRO
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. OCORRÊNCIA. MORTE POR ELETROPLESSÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVADA COELCE, ART. 37, § 6º, CF. OBRIGAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA DE PRESTAR SERVIÇO PÚBLICO EFICIENTE E SEGURO, ART. 6º, § 1º, DA LEI 8.987/95. *CULPA IN VIGILANDO*. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* REPARATÓRIO. DANOS MATERIAIS REDUZIDOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Sentença *ultra petita* não é questão preliminar, e sim de mérito - art. 301 do CPC.
2. Por força de sua condição de prestadora de serviço público, a responsabilidade da COELCE é objetiva, em conformidade com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Ademais, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/95, o serviço público prestado pela COELCE deve ser eficiente e seguro.
3. Restou comprovada nos autos a *culpa in vigilando*, pois a Apelante tem o dever de fiscalizar, frequente e ininterruptamente, as instalações do serviço público por ela fornecido, tendo decidido o STJ que “a concessionária de serviço público encarregada do fornecimento de energia elétrica tem a obrigação de zelar pela perfeita manutenção de seus equipamentos e rede; deixando de fazê-lo, responde pelos danos daí resultantes” (STJ, REsp 712231/CE, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, DJ 04.06.2007).
4. O montante da indenização por danos morais, fixado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), deve ser mantido, vez que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.
5. Pensão alimentícia reduzida para 2/3 do salário mínimo até a idade que a vítima completaria 70 anos.
6. Os juros moratórios são devidos a partir do evento danoso,

nos termos da Súmula 54 do STJ, à taxa de 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês até 10 de janeiro de 2003 (início da vigência do Código Civil de 2002) e, a partir de então, à taxa de 1% (um por cento) ao mês, em conformidade com o art. 406 do CC/2002.

7. Correção monetária da data do arbitramento do dano moral e a cada vencimento da pensão a título de dano material.

8. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, para conhecer do recurso apelatório e DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação manejada por Companhia Energética do Ceará - COELCE, adversando a sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Cascavel, que, nos autos de ação de reparação de danos morais proposta em seu desfavor, por MARIA COELHO DE CASTRO, julgou “*parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a empresa ré ao pagamento de indenização no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), bem como de um salário mínimo mensal, com fundamento no Art. 5º, V, e 37, § 6º, da Constituição Federal*” (fls. 560/562).

Alega a autora/apelada que, em 21 de janeiro de 2001, por volta das 05:00 horas, o seu marido, Sr. José Coelho de Castro, faleceu no Sítio Buritizal, na cidade de Cascavel-CE, vítima de choque elétrico (fl. 24) causado por fio elétrico de média tensão da COELCE, que, segundo perícia técnica (fls. 25/30), rompido por fadiga mecânica (fl. 28) e caído no solo, continuou energizado, constatando que o sistema de proteção não funcionou adequadamente.

Na inicial, pleiteou a condenação da requerida “*I) no pagamento de no mínimo R\$ 150.000 (cento e cinquenta mil reais), a título de indenização por danos morais; II) no pagamento de pensão alimentícia, no importe de 01 (um) salário mínimo mensal, a partir da data do evento, até a da sobrevida da vítima, estimada em 80 (oitenta) anos, com as prestações em atraso, pagas de uma só vez e corrigidas ou liquidadas segundo o salário mínimo da época da liquidação, incluindo-se o 13º salário; III) no pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios*” (fl. 16).

A COELCE apresentou contestação (fl. 37/56), alegando 1) existência de litisconsórcio ativo necessário com os possíveis filhos do *de cujus*, 2) ilegitimidade

passiva em virtude do contrato de prestação de serviços firmado com a ARISTEL CONSTRUÇÕES LTDA e 3) necessidade de denúncia da lide a referida empresa.

No mérito, aduziu que 4) o rompimento do fio condutor de energia se deu em decorrência de forças da natureza (força maior) e 5) o evento morte por culpa exclusiva da vítima. Refutou o 6) pedido de pensão alimentícia, afirmando que o *de cujus*, contava 68 anos, quando do falecimento, tendo, portanto, ultrapassado a idade média de vida do brasileiro; que a autora não dependia financeiramente do falecido, por ser aposentada do estado e receber proventos do INSS. 7) Afirmou que, caso devida pensão alimentícia, que seja apurada na base de 2/3 sobre 1 (um) salário mínimo, por não comprovação da renda auferida pela vítima. 8) Quanto ao valor do dano moral, se merecido, assevera que é aplicado analogicamente os arts. 51 e 52 da Lei 5.250/76 – Lei de Imprensa, que tal tese vem sendo aceita pelos pretórios pátrios, “*limitando o valor da indenização por dano moral entre 5 (cinco) e 100 (cem) salários mínimos, de acordo com a intensidade da culpa, o grau da lesão, as condições do ofendido e do ofensor*” (fl. 53).

Por fim, salientou que os juros e a correção monetária devem ser calculados apenas a partir da citação e os honorários advocatícios sobre o valor das prestações vencidas e das 12 (doze) vincendas.

Réplica, às fls. 85/93, contrariou as preliminares e reafirmou a matéria de mérito.

As preliminares foram afastadas durante audiência, (fls. 102), sendo tal decisão agravada de instrumento (fls. 106/117) e pedido de reconsideração negado (fl. 105 e 118).

Às fls. 193/502, cópia do Processo Administrativo Punitivo nº 75.003/2003-03-10, que tramitou perante a ARCE – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará, apresentando o subseqüente parecer:

Conclui-se que a Coelce não mantém sistemática satisfatória para inspeção de suas instalações, tendo em vista, além das constatações levantadas pela própria Coelce, por ocorrências que demonstram a precariedade da rede elétrica, vinculada àquela subestação; e que não dispõe de sistema de proteção sensível para detectar faltas para a terra de alta impedância, confirmando-se a não-conformidade NC.01 do Termo de Notificação. Este é o parecer. (fl. 500).

Memoriais da autora às fls. 524/531 e da parte ré às fls. 535/556.

Em sentença às fls. 560/562, o magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a requerida a pagar à autora a quantia de 01 (um) salário mínimo mensal por toda sua vida e a título de indenização por danos morais, o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), além das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento).

Embargos de declaração interposto pela requerente (fls. 564/566), que

foram julgados procedentes (fl. 606), *in verbis*:

Com efeito a sentença (sic) não foi clara a respeito do termo inicial da pensão em título de alimentos.

Como bem salientado pela embargante, é a data do evento que define aquele (sic) termo inicial (sic), consoante a Súmula 43 do STJ.

No caso em análise o evento morte ocorreu em 21 de janeiro de 2001, incidentes juros de 1% ao mês e correção pelo INPC desde então.

Em seu apelo (fls. 568/599), a Companhia Energética do Ceará -COELCE aduz, preliminarmente, 1) a existência de sentença *ultra petita*, com necessária redução aos limites do pedido vestibular, visto que, condenou a promovida no pagamento a autora de pensão alimentícia no importe de 01 (um) salário mínimo por toda sua vida, sendo que, o pedido se deu, apenas, até a sobrevivência da vítima, estimada em 80 (oitenta) anos.

No mérito, a apelante argumenta 2) ausência de responsabilidade decorrente de caso fortuito e força maior; 3) inexistência denexo causal; 4) que o valor a título de indenização por danos morais, caso seja mantida a condenação, deve ser reduzido, ficando entre 02 (dois) e 100 (cem) salários mínimos; 5) que a pensão alimentícia seja apurada na base de 2/3 sobre 1 (um) salário mínimo, por não comprovação da renda auferida pela vítima; 6) a impossibilidade de aplicação da taxa SELIC para correção do dano material, devendo-se aplicar o percentual de 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês até 11/01/2003 e de 1% (um por cento) ao mês a partir de 12/01/2003; 7) que o termo *a quo* para correção monetária do valor dos danos morais se dá a partir de sua fixação e, por fim, 8) em caso de sucumbência recíproca, os honorários advocatícios deverão ser fixados nos termos do art. 21 do CPC.

Contrarrazões da apelada às fls. 630/638.

Após informações prestadas pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Cascavel, às fls. 624/625, o agravo de instrumento restou julgado extinto, sem resolução do mérito, por perda superveniente do objeto (fls. 646/648).

Inicialmente distribuídos ao Des. Celso Albuquerque Macêdo em 07/07/2010 (fl. 658), os autos foram a mim transferidos, em 09/05/2011 (fl. 659).

É o relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Conheço do recurso apelatório, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

PRELIMINAR

Anoto que a arguição de sentença *ultra petita*, não se trata de questão

preliminar, e sim de mérito, e como tal será analisada.

MÉRITO

Versa a controvérsia sobre a responsabilidade civil da COELCE, ora recorrente, concessionária de serviço público de energia elétrica, pela morte do marido da recorrida, no Sítio Buritizal, na cidade de Cascavel-CE, vítima de eletroplessão (fl. 24) causada por fio elétrico de média tensão, que, segundo perícia técnica (fls. 25/30), se rompeu por fadiga mecânica, mantendo-se energizado ao cair no solo, constatando que o sistema de proteção não funcionou adequadamente.

A Constituição Federal de 1988 adotou a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo, para aferição da responsabilidade civil do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, que aduz: *as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Houve, a partir de então, um alargamento no âmbito de incidência da responsabilidade civil, passando, também, as pessoas jurídicas de direito privado, desde que sejam prestadoras de serviços públicos, como é o caso da recorrente, a responder objetivamente.

A Suprema Corte tem estabelecido que, a responsabilidade civil do Estado, ocorre diante das seguintes situações: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa; esclarecendo que a mesma pode ser excluída, total, ou parcialmente, por culpa da vítima (STF, RE 178806, DJ 30/6/95), bem como pelo caso fortuito, ou força maior (STF, RE 109615, DJ 2/8/96), ou por fato de terceiros ou da natureza (STJ, REsp 44500, DJ 9/9/02), é o que se extrai das seguintes ementas:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. **RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO.** Constituição Federal, art. 37, par. 6. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. II. - **Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.** III. - No caso, não se comprovou culpa da vítima, certo que a ação foi julgada improcedente sobre o fundamento

de não ter sido comprovada a culpa do preposto da sociedade de economia mista prestadora de serviço. Ofensa ao art. 37, par. 6., da Constituição. IV. - R.E. conhecido e provido. (RE 178806, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 08/11/1994, DJ 30-06-1995 PP-20485 EMENT VOL-01793-20 PP-03957)

EMENTA: INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL (...) - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - **O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima** (RDA 137/233 - RTJ 55/50). (...) (RE 109615, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 02-08-1996 PP-25785 EMENT VOL-01835-01 PP-00081).

É a aplicação da chamada teoria do risco administrativo, que preceitua ser objetiva a responsabilidade civil do Estado, desnecessária a comprovação de culpa, sendo afastada, apenas, nos casos de exclusão do nexos causal, fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiros.

Nesse contexto, merece guarida a pretensão autoral, surgindo o dever de indenizar da apelante, por existente a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado, diante das provas constantes nos autos, senão vejamos:

O laudo cadavérico (fl. 24) e o laudo pericial (fls. 25/30) são suficientes para demonstrar ausência de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força

maior, como alega a apelante; e a existência de nexo de causalidade entre a morte do marido da apelada e o que lhe deu causa, vale dizer: morte por eletroplessão somada à existência de fio elétrico energizado de média tensão caído nas adjacências do corpo da vítima. Os citados laudos apontaram as seguintes conclusões:

Laudo Cadavérico

(...) Ao exame cadavérico, verificamos: presença de múltiplas lesões tipo queimaduras de 1º, 2º e 3º graus, localizadas na face anterior do abdome; coxa direita; ambos os cotovelos, lesões escapulares, glúteas e face dorsal dos pés. **As referidas lesões têm características de lesões por entrada e saída de corrente elétrica. (...) Em face ao exposto, concluímos por morte real em decorrência de eletroplessão (...).**

Laudo Pericial

(...) **Apresentava queimaduras com tipicidade daquelas produzidas por efeito da corrente elétrica em várias partes do corpo**, e com rigidez e lividez cadavérica em processo de evolução.

O local é representado por uma área ao abrigo natural coberto por vegetação rasteira, **verificando-se também com pontos de queimadura nas adjacências do cadáver.**

(...) permaneceu a corrente de curto-circuito devido a tensão de retorno dos transformadores instalados posteriormente à posição da ruptura do cabo, proveniente das outras duas fases, **com o que o cabo permaneceu energizado.**

(...)

Ante o visto e examinado, **os peritos apontam que o evento foi causado pelo fenômeno que antecedeu a ruptura do cabo, fadiga mecânica.** A literatura técnica aponta a fadiga mecânica como causa da imprevisível falência de sistemas mecânicos, vez que os sólidos não são idealmente homogêneos.

Acrescenta-se, também, o parecer existente no Processo Administrativo Punitivo nº 75.003/2003-03-10 que tramitou na ARCE – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará, (fls. 193/502), leia-se:

Conclui-se que **a Coelce não mantém sistemática satisfatória para inspeção de suas instalações**, tendo em vista, além das constatações levantadas pela própria Coelce, por ocorrências que **demonstram a precariedade da rede elétrica**, vinculada àquela subestação; e que **não dispõe de sistema proteção sensível para detectar faltas para a terra de alta impedância**, confirmando-se a não-conformidade NC.01 do Termo de Notificação. Este é o parecer.

Assim sendo, não prosperam as teses excludentes de responsabilidade suscitadas pela apelante, de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior, e que *“a COELCE sempre realiza serviços de manutenção independentemente de ser*

acionada, de modo que o serviço é prestado com toda a qualidade não havendo falha alguma, razão pela qual não existindo defeito na prestação do serviço não há qualquer motivo para indenizar” (fl. 576).

Dessa forma, deve a Concessionária, pelo risco inerente ao serviço público de fornecimento de energia elétrica, que é essencial e extremamente perigoso, reparar imediatamente a fiação de tensão que se desprende da rede, ou, dito diversamente, prestar o serviço com qualidade, e, sobretudo, responsabilidade, sanando as imperfeições e resguardando a segurança de todos. É seu dever promover a regular vigilância e inspeção das instalações elétricas, zelando pelas boas condições do posteamento e sustentação dos fios de transmissão de eletricidade, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/95, *in verbis*:

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Nessa perspectiva, ainda que não se considerasse aplicável a teoria da responsabilidade objetiva, resta comprovada nos autos a culpa *in vigilando*, por omissão da recorrente na qualidade de guardiã das linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica, obrigação inerente da Concessionária fiscalizar, frequente e ininterruptamente, as instalações relativas a esse serviço público, sob pena de responder pelos danos resultantes da sua falha.

Nesse sentido, o seguinte julgado do STJ:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. A concessionária de serviço público encarregada do fornecimento de energia elétrica tem a obrigação de zelar pela perfeita manutenção de seus equipamentos e rede; deixando de fazê-lo, responde pelos danos daí resultantes. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 712231/CE, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, DJ 04.06.2007)

Desse modo, a inércia da apelante direciona-se ao comando do art. 37, § 6º, da Carta Magna, que contempla a teoria do risco administrativo, devendo indenizar os danos que as suas atividades, os seus serviços e as suas inações causarem a particulares, bastando, para tanto, a comprovação do efetivo prejuízo e a relação de causalidade.

Repita-se, só ocorre a isenção da responsabilidade civil se restar demonstrado que o fato danoso aconteceu por culpa exclusiva da vítima ou que tenha ocorrido caso fortuito ou força maior, não se verificando qualquer dessas hipóteses no caso em apreço.

Acerca do assunto, colaciono os seguintes arestos:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ART. 37, § 6º, DA CF/88. CHOQUE ELÉTRICO EM FIO DE ALTA TENSÃO. ACONTECIMENTO DANOSO PREVISÍVEL. CARACTERIZAÇÃO DE NEXO CAUSAL. DEVER DE INDENIZAR. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÕES CONHECIDAS E IMPROVIDAS. 1. As empresas concessionárias de serviços públicos são obrigadas a indenizar os danos causados à esfera juridicamente protegida dos particulares, sendo dispensada a comprovação da culpa; 2. O dever de indenizar origina-se da responsabilidade civil contratual; 3. Basta o autor demonstrar a existência do dano, para surgir o dever de reparar; 4. Teoria do risco administrativo. (Inteligência do art. 37, § 6º, da CF/88); [...] (TJCE, Apelação Cível 544795-92.2000.8.06.0001/1, Rel. Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva, 4ª Câmara Cível, julgamento em 29.07.2009)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONARIA DE SERVIÇO PÚBLICO. DESCARGA ELÉTRICA SUPOSTADA EM RAZÃO DO ROMPIMENTO DE FIO DE ALTA TENSÃO. QUEIMADURAS COMPROVADAS. [...] 2. Sendo assim, comprovado o evento danoso e o ato que lhe deu causa, qual seja, o rompimento do fio de alta tensão da rede de energia elétrica da ré, patente se revela a responsabilidade civil da concessionária ré que, por força de sua condição de prestadora de serviço público, é objetiva, na forma do que prescreve o art. 37, § 6º, da CR/88. [...] 5. Trata-se de ato ilícito que merece ser tratado com o maior rigor e severidade, a fim de coibir novos abusos e de reparar os danos suportados, que ultrapassaram, em muito, o liame do mero aborrecimento. 6. O rompimento de cabos faz parte dos riscos inerentes à própria atividade desenvolvida, o que justifica a majoração da verba indenizatória, como forma punitivo-pedagógica da condenação imposta. [...] (TJRJ, Apelação Cível 0007391-35.2006.8.19.0052, Rel. Des. Benedicto Abicair, 6ª Câmara Cível, julgamento em 30.11.2011)

Responsabilidade civil. Concessionária de serviço público. CEMIG. Indenização por danos morais e materiais. Morte. Menor. Descarga elétrica. Fio de alta tensão. A concessionária de serviço público é responsável pela reparação dos prejuízos materiais e morais decorrentes de acidente que vitimou menor por descarga de choque elétrico. [...] (TJMG, Apelação Cível 0818271-57.2006.8.13.0525, Rel. Des. Almeida Melo, 4ª Câmara Cível, julgamento em 26.05.2011, publicação em 11.07.2011)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. CHOQUE ELÉTRICO. COPEL. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA CONFIGURADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA *A QUO*. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do art. 37, §6º da Constituição Federal, a empresa pública prestadora de serviço público de energia responde de forma objetiva pelos danos causados em decorrência do serviço por ela prestado, desde que

caracterizada a ocorrência de um ato comissivo ou omissivo, o dano e o nexo de causalidade. Contudo, inexistente responsabilidade da companhia de energia elétrica se o sinistro ocorreu por culpa exclusiva da vítima que levantou uma vara de metal de três metros de comprimento, atingindo os fios da rede de alta tensão. (TJPR, Apelação Cível 726.481-9, Rel. Des. D^o Artagnan Serpa Sá, 9^a Câmara Cível, julgamento em 31.03.2011, publicação em 19.05.2011)

Portanto, evidenciadas as condições para a configuração da responsabilidade civil, correta a sentença que condenou a apelante a indenizar a apelada pelos danos morais e materiais sofridos.

DO DANO MORAL

Analisando a questão do dano moral, não é difícil imaginar a dor que sentiu a companheira da vítima.

A indenização a título de danos morais, entretanto, não tem por escopo apagar o abalo sofrido, mas objetiva, em verdade, suavizar o sofrimento experimentado.

Por outro lado, a efetividade do dano, em seu aspecto moral, é demonstrável pela simples prova da ocorrência do fato lesivo que trouxe desequilíbrio emocional, uma vez ser impossível se provar a intensidade da dor e da aflição, sentimentos intrínsecos à alma humana.

Assim, postas as premissas necessárias, passo a analisar o valor da indenização arbitrada a título de danos morais.

A avaliação pecuniária do dano moral ainda é objeto de acaloradas discussões doutrinárias, por inexistirem dispositivos legais que estabeleçam critérios objetivos, em razão da sua própria natureza, que, por definição, independe de qualquer vinculação com prejuízo material.

Dessa forma, cabe ao julgador, ao seu prudente arbítrio, guardadas as peculiaridades de cada caso, fixar valor suficiente à reparação do dano, mas que, ao mesmo tempo, não se constitua em instrumento de enriquecimento indevido do ofendido. A indenização deve guardar proporcionalidade entre o sofrimento suportado e as condições econômicas do ofensor e da vítima.

Nessa diretriz, orienta-se a doutrina, com eco na jurisprudência:

A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, **atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido**. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento ilícito, nem tão pequena que se torne inexpressiva. (Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, 2^a ed.

Rio de Janeiro, Forense, 1990, n. 49, p. 67)

O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: **reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir.** (STJ, REsp 734.303/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 15.08.2005)

Em suma, o valor da indenização por danos morais tem que ser estipulado com razoabilidade, observadas as características do caso concreto, entendendo o Superior Tribunal de Justiça que o *quantum* deve ser condizente com a gravidade da situação, conforme atesta a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO CIVIL. MORTE DE FILHO MENOR. CHOQUE ELÉTRICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. [...] II - Dano moral devido como compensação pela dor da perda de filho menor de idade, no equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos, condizente com a gravidade do dano. Precedentes. [...] (STJ, AgRg no REsp 734.987/CE, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, Dje 29.10.2009).

Ademais, sabe-se que a idade não é parâmetro para fixação do valor do dano moral, mas, neste caso, entendo que não há como desconsiderar, totalmente, que a vítima contava 68 anos, ou seja, próxima a expectativa média de vida do brasileiro, consoante decisões do STJ, a seguir:

RESPONSABILIDADE DO ESTADO. TIRO DISPARADO POR POLICIAL MILITAR. INDENIZAÇÃO POR MORTE. NEXO CAUSAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. **PENSÃO**. REDUÇÃO. SÚMULA 7/STJ. **TERMO FINAL: 70 ANOS. POSSIBILIDADE**. PRECEDENTES. I - O aresto recorrido, mantendo as razões expendidas pelo juízo singular, fundamentou a decisão no que diz respeito à verificação do nexo causal entre o tiro disparado pelo policial militar à paisana no veículo da vítima, que culminou com sua morte, não se verificando violação ao artigo 458, II, do CPC. II - Considerando a hipótese dos autos, não se verifica exorbitância ou desproporção na fixação da pensão à viúva em 4 (quatro) salários mínimos, sendo inviável a pretendida discussão frente à Súmula 7/STJ. III - **Possibilidade de determinar como termo final do pagamento da pensão, a data em que a vítima completaria 70 (setenta) anos de idade, em função do caso concreto. Precedentes: REsp nº 164.824/RS**, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 21/06/99, REsp nº 705.859/SP, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 21/03/05. IV - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp 895.225/RN, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/03/2007, DJ 09/04/2007, p. 242).

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL.

ATROPELAMENTO POR COMPOSIÇÃO FÉRREA. VÍTIMA QUE INGRESSA NOS TRILHOS POR PASSAGEM CLANDESTINA. CULPA CONCORRENTE. PRECEDENTES. DANOS MORAL E MATERIAL CONFIGURADOS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. A vítima teve acesso aos trilhos por intermédio de passagem clandestina, ocasião em que foi colhido por composição férrea pertencente à recorrida. Em situações como a relatada nos autos, a jurisprudência desta Corte Superior é tranquila em reconhecer a concorrência de culpa da vítima e da empresa prestadora de serviço público, razão pela qual a recorrente faz jus a indenização por danos morais e materiais.

2. É sólido o entendimento da Turma de que o tempo estimado como sendo de sobrevida da vítima (65 anos), não é absoluto, principalmente em casos como o dos autos, em que o *de cujus* encontrava-se em idade já avançada (77 anos) quando do infortúnio (REsp 164824/RS, Rel. MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/1999). Em regra, os precedentes do STJ determinam a utilização da tabela de sobrevida do IBGE.

3. Contudo, à luz das particularidades do caso concreto e observado o limite do pedido deduzido na inicial, é devido o pensionamento mensal à companheira do *de cujus*, cujo termo *a quo* é a data do acidente e o termo *ad quem* a data em que a vítima completaria oitenta e quatro anos de idade (sete anos após o acidente), em valor equivalente a meio salário mínimo.

4. Estando todas as parcelas relativas ao pensionamento vencidas, resta prejudicado o recurso no que pertine à constituição de capital para garantir o pagamento das vincendas.

5. Não cabe a incidência de décimo terceiro salário ou de férias, à mingua de prova quanto a existência de direito ao seu recebimento por parte da vítima, circunstância que desautoriza a condenação da ré ao pagamento dos aludidos benefícios.

6. Por outro lado, o pedido relativo às despesas com funeral e sepultamento foi afastado pela instância *a quo* ao argumento de inexistirem provas quanto a isso, conclusão que não se desfaz sem o revolvimento do material probatório produzido nos autos, providência vedada pela Súmula 07/STJ.

7. Especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

(REsp 503.046/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 25/05/2009)

Assim, nessa perspectiva, entendo que o Juiz singular bem decidiu a questão, estabelecendo a indenização por danos morais em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), tendo em vista que, esse montante deve ter por base o sofrimento experimentado pela viúva, ora apelada e a capacidade econômica da apelante, de tal sorte que a quantia foi fixada de forma razoável, observado o seu caráter compensatório, devendo, portanto, ser mantida.

Esse valor, levando-se em conta os parâmetros utilizados no caso, inclusive a idade da vítima, está em harmonia com o valor das condenações deste Tribunal que apreciaram questões semelhantes, note-se:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**. PRELIMINAR DE DENUNCIÇÃO DA LIDE REJEITADA. **MORTE EM DECORRÊNCIA DE CONTATO COM FIO ELÉTRICO DE ALTA TENSÃO CAÍDO EM TERRENO VIZINHO AO DO FALECIDO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA COELCE**, NOS TERMOS DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA DE PRESTAR SERVIÇO PÚBLICO EFICIENTE E SEGURO, NOS MOLDES DO ART. 6º, § 1º, DA LEI 8.987/95. *CULPA IN VIGILANDO*. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. INDENIZAÇÃO DEVIDA À COMPANHEIRA DO FINADO, AUTORA DA AÇÃO. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* REPARATÓRIO. FIXAÇÃO, DE OFÍCIO, DOS JUROS MORATÓRIOS. RECURSO IMPROVIDO. (...) 4. **O montante da indenização por danos morais, fixado em 300 salários mínimos, deve ser mantido, vez que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.** 5. Os juros moratórios, fixados de ofício, são devidos a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ, à taxa de 0,5% ao mês até 10 de janeiro de 2003 (início da vigência do Código Civil de 2002) e, a partir de então, à taxa de 1% ao mês, em conformidade com o art. 406 do CC/2002 e com o art. 161, § 1º, do CTN. 6. Apelação conhecida, mas improvida. Apelação cível 18702200280600321 Relator(a): RÔMULO MOREIRA DE DEUS Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 3ª Câmara Cível Data de registro: 10/10/2012.

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. **MORTE POR ELETROPLESSÃO**. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA DOS AUTOS PELO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA DE JULGAMENTO “ULTRA PETITA”. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA APELANTE PELO ÓBITO DO GENITOR DAS REQUERENTES. NEGLIGÊNCIA NA CONDUTA. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. RAZOABILIDADE DA QUANTIA ARBITRADA A TÍTULO DE DANOS MORAIS. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO LESIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA. PARA A PENSÃO, CONSIDERA-SE O VENCIMENTO DE CADA PARCELA. PARA OS DANOS MORAIS, A DATA DA SENTENÇA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Da nulidade da sentença por ausência de apreciação da prova (...) 6. Dos danos morais. Hipótese em que o falecimento de um ente querido, como é um pai, nas condições em que os fatos ocorreram, ensejam indenização por dano moral, que se traduz em uma forma de se amenizar a dor e o sofrimento pela perda precoce e irreparável do chefe de família. 7. No caso concreto, demonstrada a falta de cuidado da concessionária ré, e levando em conta as condições econômicas e sociais das ofendidas, o da agressora; e o sofrimento suportado pelas apeladas com a perda precoce de seu pai; o caráter coercitivo e pedagógico da indenização; os princípios da proporcionalidade e razoabilidade; tratando-se de dano

moral puro; e que a reparação não pode servir de causa a enriquecimento injustificado; **impõe-se a manutenção do montante indenizatório a ser pago pela ré às autoras, a título de reparação por danos morais, em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), conforme fixado na sentença.** (...) 10. Recurso conhecido e parcialmente provido. Apelação 383770200080601151 Relator(a): FRANCISCO SALES NETO Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 1ª Câmara Cível Data de registro: 03/03/2011

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação de REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CHOQUE ELÉTRICO. MORTE. APARELHO TELEVISOR INSTALADO irregularmente EM VIA PÚBLICA. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA (COELSA). RESPONSABILIDADE OBJETIVA nos moldes do art. 37, § 6º, da CF/1988. dever DE FISCALIZAR PERIODICAMENTE SUAS INSTALAÇÕES (precedente: stj). CULPA IN VIGILANDO CONFIGURADA. PRELIMINARES REJEITADAS. Danos materiais mantidos NO IMPORTE fixado em sentença. Danos morais. Proporcionalidade e razoabilidade. Quantum indenizatório majorado. Correção monetária incidente sobre os danos morais. Termo inicial: data do arbitramento (precedente: stj). Recursos conhecidos e providos, em parte. Sentença parcialmente reformada. (...).15. Danos morais: A quantia fixada a título de danos morais afigura-se, no sentir deste relator, irrisória, desarrazoada e inapta a alcançar os fins almejados, sendo insuficiente na tentativa de tutelar o duplo caráter inerente aos danos morais, quais sejam, servir de instrumento inibidor de novas condutas danosas por parte do agressor, de um lado; e, de outro, compensar o promovente pela dor e sofrimento decorrentes do falecimento precoce de seu filho. 16. **Nessa linha, considero a quantia de R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais) dentro dos limites da razoabilidade, proporcional ao sofrimento suportado pelo genitor da vítima, bem como suficiente a coibir novas condutas danosas que eventualmente possam ser perpetradas pela ação ou omissão da promovida, não acarretando, por outro lado, o enriquecimento ilícito daquele (Precedentes: STJ). 17. Termo inicial de incidência da correção monetária sobre os danos morais: É entendimento sedimentado no âmbito do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - inclusive pacificado com a edição da Sum. 362 - que o termo inicial de incidência da correção monetária sobre o valor dos danos morais se dá a partir da data do seu arbitramento. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE. Apelação cível 30917200580601591 Relator(a): FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 2ª Câmara Cível Data de registro: 22/03/2012**

Quanto ao termo inicial da incidência de juros de mora, na hipótese de indenização por dano moral que se origina de responsabilidade extracontratual, a **Súmula 54 do STJ** consolidou o entendimento de que sua fluência tem como marco o evento danoso, devendo-se aplicar o percentual de 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês até 10/01/2003 e de 1% (um por cento) ao mês a partir de 11/01/2003, de acordo com art. 406 do CC/2002.

E a incidência da correção monetária atinente à indenização por dano moral, encontra-se cristalizada na **Súmula 362 do STJ**, segundo a qual:

A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

Tal entendimento se encontra no seguinte julgado do STJ:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. 1. Em casos de indenização por dano moral, o termo inicial para a incidência da **correção monetária é a data da prolação da decisão** em que foi arbitrado o valor da indenização. 2. Na seara da **responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso**, e não a partir da citação. 3. A recusa a cobertura de tratamento de urgência é causa de fixação de indenização a título de danos morais. 4. Embargos de declaração da primeira embargante acolhidos e embargos de declaração do segundo embargante recebido como agravo regimental e desprovido. (STJ - EDcl no Ag: 1370593 RS 2010/0214167-8, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 14/04/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/05/2011)

DO DANO MATERIAL

Quanto à arguição da apelante de sentença *ultra petita*, assiste-lhe razão, visto que, o juízo *a quo* condenou a promovida no pagamento de pensão alimentícia em prol da autora no importe de 01 (um) salário mínimo por toda sua vida, sendo que, o pedido se deu até a sobrevivência da vítima, estimada pela demandante em 80 (oitenta) anos.

Com efeito, a condenação a título de dano material, deve observar os limites do pedido vestibular, na forma do art. 126 da lei adjetiva civil.

De outra sorte, a reparação do prejuízo material, quando inexistente comprovante da renda auferida mensalmente pela vítima, como *in casu*, o pensionamento à beneficiária deve corresponder a 2/3 (dois terços) de um salário mínimo.

É o que se extrai da jurisprudência do STJ e desta Corte de Justiça, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Indenização. **Pensão mensal. Inexistente prova da remuneração da vítima, razoável deferir a título de pensão mensal o equivalente a 2/3 do salário mínimo em favor dos dependentes.** Recurso conhecido em parte e provido. (REsp 450.131/ES, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 16/12/2002 p. 346).

RESPONSABILIDADE CIVIL. LINHA FÉRREA. ACIDENTE ENTRE COMPOSIÇÃO FERROVIÁRIA E AUTOMÓVEL. SINALIZAÇÃO.

RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS FERROVIÁRIOS. CULPA CONCORRENTE. LUTO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. FIXAÇÃO EM PARÂMETRO COMPATÍVEL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA N. 54 DO STJ. 13º SALÁRIO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA. PENSIONAMENTO. MORTE DE FILHO(A) DE COMPANHEIRO(A) E DE GENITOR(A). CABIMENTO DESDE A DATA DO ÓBITO. JUROS COMPOSTOS. VEDAÇÃO. VALOR DO DANO MORAL. SÚMULA N. 7 DO STJ. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. POSSIBILIDADE.

(...)

4. Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ).

5. Possível o pagamento do 13º salário apenas quando comprovado que a vítima exercia atividade remunerada.

6. A jurisprudência do STJ entende que: a) no caso de morte de filho(a) menor, pensão aos pais de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até 25 (vinte e cinco) anos e, a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos; **b) no caso de morte de companheiro(a), pensão ao companheiro sobrevivente de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado)** até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos; c) no caso de morte de genitor(a), pensão aos filhos de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até que estes completem 24 anos de idade.

7. A pensão por morte é devida desde a data do óbito.

(...)

11. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 853.921/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 24/05/2010).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. LESÃO GRAVE E INCAPACITANTE CAUSADA POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. EXPLOÇÃO. EXCESSO NA CARGA DE DINAMITE. IMPERÍCIA. **1. DANO MATERIAL. PENSÃO MENSAL. Não comprovando a vítima a renda mensal auferida, é devida pensão mensal, à razão de 2/3 do salário mínimo, desde a data do evento danoso até a data em que completar 65 anos de idade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.** 2. DANO MORAL. O valor do dano moral tem sido enfrentado com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. Precedentes. 3. Nos casos de responsabilidade extracontratual, juros de mora incidem a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ); a correção monetária, a partir do trânsito em julgado da decisão que arbitrou a indenização. 4. Honorários advocatícios incidem sobre a condenação, assim consideradas as verbas vencidas e doze das prestações vincendas. Precedentes do STJ. 5. Recurso de apelação parcialmente provido. Apelação cível 46058696200080600000 Relator(a): LINCOLN TAVARES DANTAS Órgão julgador: 4ª Câmara Cível Data do julgamento: 26/08/2009 Data de registro: 01/09/2009

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINARES AFASTADAS. INDENIZAÇÃO. MORTE POR ELETROPLESSÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO. CONDENAÇÃO POR DANO MORAL AFASTADA. AUSÊNCIA DE PEDIDO NESSE SENTIDO. **JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. PENSÃO MENSAL CALCULADA COM BASE EM 2/3 DE UM SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.** 1 - Diferentemente do que pretende a apelante, a pretensão autoral encontra-se claramente delimitada em seu pedido, razão pela qual não se mostra inepta a inicial. 2 - A pretensa denunciação da lide também se mostra incabível e deve ser indeferida, já que não se vislumbra no caso qualquer das hipóteses previstas no art. 70, do CPC. 3 - Deve a apelante responder, independentemente de dolo ou culpa em sua conduta, por danos causados à outrem em razão do perigo inerente ao desempenho de sua atividade, aplicando-se a chamada “Teoria do Risco”, prevista em nosso ordenamento jurídico no artigo 927, parágrafo único do Código Civil. 4 - Inexistindo pedido de condenação por dano moral, o deferimento de indenização a esse título revela um julgamento *ultra petita*, implicando na necessidade de readequação do *decisum*. **5 - Quanto à reparação pelo prejuízo material, não havendo comprovação da renda auferida mensalmente pela vítima, o pensionamento ao autor realmente deve partir do valor correspondente a um salário mínimo. Todavia, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário, há presunção de que o de cujus teria um gasto aproximado de 1/3 do valor auferido consigo próprio, razão pela qual deve o valor da pensão mensal devida ser reduzido para a quantia correspondente a 2/3 (dois terços) de um salário mínimo.** Apelação cível 109967200080600321 Relator(a): LINCOLN TAVARES DANTAS Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 4ª Câmara Cível Data de registro: 02/09/2010

Diante disso, merece reduzida a pensão alimentícia para a quantia correspondente a 2/3 (dois terços) de um salário mínimo até a idade que a vítima completaria 70 anos, aplicando-se a taxa de juros moratórios, no percentual de 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês até 10/01/2003 (início da vigência do CC/2002) e, a partir de então, em 1% (um por cento) ao mês, em conformidade com o art. 406 do CC/2002, a contar do evento danoso, por se tratar de responsabilidade extracontratual, nos termos da Súmula 54 do STJ, e incidência de correção monetária na data do vencimento de cada prestação.

Arrematando o tema, a súmula 490 do STF determina que:

A pensão correspondente a indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário-mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.

Nessa linha jurisprudencial, destacam-se:

PREVIDENCIÁRIO. DIFERENÇA DE PENSÃO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*.

1. No período anterior à vigência da Lei 11.960/09, o art. 1º-F da Lei 9.494/97 tinha a seguinte redação: “Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano”. Tal disposição normativa, portanto, não se aplicava, à época, a pagamento de verbas previdenciárias, que se submetia, no particular, ao regime geral do direito civil (art. 1º da Lei 4.414/64, art. 1.062 do CC/16 e art. 406 do CC/2002), observado o princípio *tempus regit actum*. Somente após a vigência da Lei 11.960/09, o art. 1º-F da Lei 9.494/97 passou a regular os encargos incidentes “nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza”, estabelecendo que, “para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”.

2. A jurisprudência do STJ tem entendimento pacificado no sentido de que a correção monetária tem como termo inicial a data do vencimento da prestação a ser corrigida.

3. Recurso parcialmente provido. (REsp 1196882/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 15/06/2012).

ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS**. PRESCRIÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. *QUANTUM* DOS DANOS MORAIS. SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS. MP 2180/35-01. PENSÃO. TERMO *AD QUEM*. DATA EM QUE O *DE CUJUS* COMPLETARIA 70 ANOS.

(...)

7. O critério para determinar o termo final da pensão devida à viúva é a expectativa de vida do falecido. Ela não é indicador estanque, pois é calculado tendo em conta, além dos nascimentos e óbitos, o acesso à saúde, à educação, à cultura e ao lazer, bem como a violência, a criminalidade, a poluição e a situação econômica do lugar em questão.

8. Qualquer que seja o critério adotado para a aferição da expectativa de vida, na hipótese de dúvida o juiz deve solucioná-la da maneira mais favorável à vítima e seus sucessores.

9. A idade de 65 anos, como termo final para pagamento de pensão indenizatória, não é absoluta, sendo cabível o estabelecimento de outro limite, conforme o caso concreto. Precedentes do STJ.

10. É possível a utilização dos dados estatísticos divulgados pela Previdência Social, com base nas informações do IBGE, no tocante ao cálculo de sobrevida da população média brasileira. Em homenagem à alteração gradativa e prospectiva da jurisprudência, bem como aos precedentes referidos pelos recorrentes, o termo *ad quem* para o pensionamento deve ser a data em que o *de cujus* completaria 70 anos.

11. Recurso Especial parcialmente provido para afastar a prescrição, **fixar o termo a quo dos juros incidentes sobre a parcela pretendida**

a partir do evento danoso e estabelecer como termo ad quem para o pensionamento a data em que o de cujus completaria 70 anos. (REsp 1244979/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 20/05/2011).

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS. TERMO FINAL. PENSÃO POR MORTE. EXPECTATIVA DE VIDA DA VÍTIMA. IDADE DO FILHO.

1. Cuida-se de Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais contra o Estado do Rio de Janeiro, em decorrência do óbito de motorista, após colidir o veículo com viatura da Polícia Militar conduzida por agente estadual no exercício da função.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem fixou indenização por danos morais à viúva e ao filho da vítima no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), montante que o recorrente entende excessivo.

3. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que somente em casos excepcionais é possível rever o valor da indenização, quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, o que, *in casu*, não se configura.

4. É entendimento assente neste Tribunal Superior que os juros relativos ao período da mora anterior à data de vigência do novo Código Civil (10.1.2003) devem ser empregados à taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do CC/1916), e aos juros referentes ao período posterior aplica-se o disposto no art. 406 da Lei 10.406, de 10.1.2002.

5. Inexistindo recurso dos particulares, mantém-se o acórdão recorrido na parte que fixou em 1% (um por cento) ao mês os juros de mora a partir do advento do Novo Código Civil.

6. O critério para determinar o termo final da pensão devida à viúva é a expectativa de vida do falecido.

7. A expectativa de vida não é indicador estanque, pois é calculado tendo em conta, além dos nascimentos e óbitos, o acesso à saúde, à educação, à cultura e ao lazer, bem como a violência, a criminalidade, a poluição e a situação econômica do lugar em questão.

8. Qualquer que seja o critério adotado para a aferição da expectativa de vida, na hipótese de dúvida o juiz deve solucioná-la da maneira mais favorável à vítima e seus sucessores.

9. A idade de 65 anos, como termo final para pagamento de pensão indenizatória, não é absoluta, sendo cabível o estabelecimento de outro limite, conforme o caso concreto. Precedentes do STJ.

10. É possível a utilização dos dados estatísticos divulgados pela Previdência Social, com base nas informações do IBGE, no tocante ao cálculo de sobrevivência da população média brasileira.

11. No que respeita ao termo *ad quem* da pensão devida ao filho menor em decorrência da morte do pai, é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que deve alcançar a idade em que os beneficiários completarem vinte e cinco anos de idade, quando se presume terem concluído sua formação, incluindo-se a universidade. Incidência da Súmula 83/STJ.

12. Recurso Especial não provido. (REsp 1027318/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009,

DJe 31/08/2009).

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em relação a alegação de sucumbência recíproca, preveem o art. 21 do Código de Processo Civil e a Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcritos:

Art. 21 CPC. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Súmula 306 STJ. Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

Ocorre que, no presente caso, não há falar em sucumbência recíproca, aplicando-se a Súmula 326 do STJ e **recentes** julgados do STJ:

Súmula 326 do STJ. Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **VALOR DA CONDENAÇÃO A DANOS MATERIAIS INFERIOR À REQUERIDA NA PETIÇÃO INICIAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INEXISTÊNCIA.**

1. A fixação do *quantum*, em ação de indenização por danos morais e materiais, em valor inferior ao requerido não configura sucumbência recíproca, pois o montante deduzido na petição inicial é meramente estimativo.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no AREsp 184.173/CE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, **julgado em 20/06/2013**, DJe 28/06/2013).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. **VALOR DA CONDENAÇÃO EM DANOS MATERIAIS. SÚMULA N. 7/STJ. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PETROBRÁS. ROMPIMENTO DO POLIDUTO “OLAPA” E VAZAMENTO DE ÓLEO COMBUSTÍVEL. DANO AMBIENTAL. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO, EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C. DECISÃO MANTIDA.**

1. O acórdão de origem considerou possível o julgamento antecipado da lide, mencionando a extensão do acidente ambiental e as provas que

confirmam a legitimidade do autor da ação, de modo que o exame do alegado cerceamento de defesa demandaria nova apreciação do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento que não se admite em sede de recurso especial (Súmula n. 7/STJ).

2. No presente caso, o acolhimento da pretensão recursal no tocante à diminuição da condenação a título de danos materiais exigiria o reexame da extensão do prejuízo sofrido pelo recorrido, o que é vedado na instância especial.

3. A fixação do *quantum*, em ação de indenização por danos morais e materiais, em valor inferior ao requerido não configura sucumbência recíproca, pois o montante deduzido na petição inicial é meramente estimativo.

4. A tese contemplada no julgamento do REsp n. 1.114.398/PR (Relator Ministro SIDNEI BENETI, julgado em 8/2/2012, DJe 16/2/2012), sob o rito do art. 543-C, no tocante à teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (arts. 225, § 3º, da CF e 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981), aplica-se perfeitamente à espécie, sendo irrelevante o questionamento sobre a diferença entre as excludentes de responsabilidade civil suscitadas na defesa de cada caso. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 92.652/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 04/03/2013)

Portanto, mantenho o percentual fixado pelo juízo *a quo* de 10% (dez por cento), no que tange aos honorários advocatícios, sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º do CPC.

Ante o exposto, **conheço** do recurso de Apelação para **dar-lhe parcial provimento**, reduzindo a pensão alimentícia para a quantia correspondente a 2/3 (dois terços) de um salário mínimo até a idade que a vítima completaria 70 anos, aplicando-se a taxa de juros moratórios, a contar do evento danoso, no percentual de 0,5% ao mês até 10/01/2003 e, a partir de então, em 1% ao mês e correção monetária no vencimento de cada prestação.

Mantenho a condenação de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais, corrigida monetariamente desde a data do arbitramento, juros moratórios a partir do evento danoso, aplicando-se o percentual de 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês até 10/01/2003 e de 1% (um por cento) ao mês a partir de 11/01/2003.

É como voto.

Fortaleza, 19 de agosto de 2013.

PROCESSO Nº 33-13.2009.8.06.0040/1

PARTES:

RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE ASSARÉ/CE

PROMOVENTE: MUNICÍPIO DE ASSARÉ

PROMOVIDO: ANTÔNIO DJALMA AUGUSTO DIAS

RELATOR: DES. ANTÔNIO SALES NETO

ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. FUNDEF. IMPETRANTES REPRESENTADOS POR SEU SINDICATO, SUPLICANDO REPASSE LEGAL DO FUNDEF E SEUS CONSECTÁRIOS. POSSIBILIDADE. DESATENÇÃO À LEI FEDERAL Nº 9.394/96. ILEGALIDADE. A ALEGAÇÃO DE QUE A MATÉRIA ESTÁ AFETA AOS TRIBUNAIS DE CONTAS NÃO AFASTA OS DESVIOS OU A INAPLICABILIDADE DO FUNDO. *WRIT* CONCEDIDO. A PRÓPRIA DESOBEDEIÊNCIA DA LEI CONDUZ EFEITOS PRÁTICOS E CONCRETOS PRECEDENTES DESTA CÂMARA. SENTENÇA QUE SE REFORMA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da presente Apelação Cível, acordam, por unanimidade de votos, os desembargadores integrantes da 7ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do recurso para LHE DAR PROVIMENTO, confirmando na íntegra a doutra decisão abjurada.

Fortaleza, 20 / 6 / 2012

VOTO

O presente recurso apelatório deve ser conhecido, vez que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade.

No primeiro grau a ação teve por objetivo a cobrança de cumprimento da Lei do FUNDEB - Fundo de Educação Básica - não repassados da forma devida pelo Município apelado aos professores apelantes.

Da sentença vergastada, por outro lado, extraio a sua parte dispositiva, cujo

teor é o seguinte:

“Diante do exposto, hei por bem julgar improcedente a presente ação, por entender primeiro que os fatos articulados não foram comprovados de plano, necessitando dilação probatória, afastando-se assim o direito líquido e certo que pressupõe existente o autor; segundo porque não pode o judiciário, malferindo princípio constitucional, obrigar o chefe do executivo municipal a remeter ou elaborar projeto de plano de cargos e carreiras e salários, interferindo na prerrogativa do prefeito municipal, como gestor da coisa pública de escolher livremente, a conveniência e oportunidade da elaboração do referido plano.”

Contra a decisão em evidência, o sindicato dos professores atravessou a apelação de fls. 109/120, argumentando: que houve descumprimento de Lei Federal, cabendo portanto o mandado de segurança, que os promoventes são funcionários municipais; que os salários a eles pago não são compatíveis com aqueles pagos nos mais diversos municípios do Estado; que há distribuição ilegal, irregular e injusta do FUNDEF, assim como ausência de prestação de contas, não sendo também respeitado o limite mínimo de salário.

Reclamam ainda, a apresentação pela administração do PCC (plano de cargos e carreiras) dos servidores professores da municipalidade o que alegam ser exigência da própria lei de implantação do FUNDEF. Esclarecem que a dilação probatória fora emperrada tão somente pela Administração Municipal que nunca prestou contas de forma total dos recursos do FUNDEF, e que fora requerida a apresentação em juízo da prestação de contas e do PCC, o que não fora atendido.

Requereram ao final, a consideração das provas constantes dos autos, como esclarecedoras da verdade, sendo respeitada a impossibilidade de apresentação das demais provas que estão em poder da Administração Municipal, suplicando ser o executivo compelido, em cumprimento à Lei do FUNDEF nº9394/96, a apresentação do PCC, ao fornecimento pela administração dos balancetes de entrada e saída dos recursos do FUNDEF, bem como respeitado a teto mínimo instituído.

Por outro lado, na contestação ofertada às fls. 83/89, o Município apelante alega, que há carência de ação e que os fatos articulados na inicial não constituem direito líquido e certo.

Inobstante a argumentação do ente municipal, razão assiste aos apelantes, a decisão combatida não merece ser mantida.

Houve descumprimento de Lei Federal o que enseja a concessão do *Writ*. Como se sabe, o art. 60, §5º do ADCT/88 trata da presente questão:

“Art. 60 - Nos dez primeiros anos da promulgação desta Emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o

objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

(...)

§ 5º Uma proporção não inferior a sessenta por cento dos recursos de cada Fundo referido no § 1º será destinada ao pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério.”

A Lei federal nº 11.494/2007 antiga 9394/96 (que regulamenta o FUNDEB) preceitua em seu art. 22, parágrafo único, o seguinte:

“Art. 22. Pelo menos 60% (sessenta por cento) dos recursos anuais totais dos Fundos serão destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, considera-se:

I - remuneração: o total de pagamentos devidos aos profissionais do magistério da educação, em decorrência do efetivo exercício em cargo, emprego ou função, integrantes da estrutura, quadro ou tabela de servidores do Estado, Distrito Federal ou Município, conforme o caso, inclusive os encargos sociais incidentes;

II - profissionais do magistério da educação: docentes, profissionais que oferecem suporte pedagógico direto ao exercício da docência: direção ou administração escolar, planejamento, inspeção, supervisão, orientação educacional e coordenação pedagógica;

III - efetivo exercício: atuação efetiva no desempenho das atividades de magistério previstas no inciso II deste parágrafo associada à sua regular vinculação contratual, temporária ou estatutária, com o ente governamental que o remunera, não sendo descaracterizado por eventuais afastamentos temporários previstos em lei, com ônus para o empregador, que não impliquem rompimento da relação jurídica existente.”

O principal argumento aposto na negativa do direito que ora se combate foi a necessidade de dilação probatória culminando com a imprestabilidade da via eleita, equívoco cometido pelo magistrado e pala Municipalidade.

Esclareça-se que houve descumprimento da Lei, conforme se pode verificar no que consta dos autos, e que a própria Constituição Federal estabelece que 60% (sessenta por cento) dos recursos do fundo sejam destinados ao pagamento dos professores do ensino fundamental.

Ora, se estamos a tratar de uma determinação constitucional, logo após consubstanciada em lei disciplinadora da espécie, e de seu claro descumprimento, os argumentos listados pela edilidade do Município do Crato, não possuem o condão de elidir a avença, visto tratar-se de uma norma de eficácia plena, cuja aplicação é imediata, independentemente de complementação por norma infraconstitucional, por ser revestida de todos elementos necessários à sua executoriedade, tornando possível sua aplicação de maneira direta, imediata e integral.

Nesse sentido, a corte estadual de Justiça de Sergipe assim já se manifestou:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - INOVAÇÃO RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE - APELO NÃO CONHECIDO - REEXAME NECESSÁRIO - LEGITIMIDADE ATIVA - APLICAÇÃO DE VERBAS DO FUNDEF - ART. 60 DO ADCT - INOBSERVÂNCIA PELO RÉU - COMPLEMENTAÇÃO DEVIDA - HONORÁRIOS REDUZIDOS - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

I - (.....);

II - Constatada a legitimidade do sindicato autor, que atua na defesa de seus associados e nos termos do art. 5º, XXI, da Lei Maior, dever ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada;

III - Quanto ao mérito, provado que o requerido não aplicou o percentual mínimo dos recursos do FUNDEF destinados à remuneração dos professores do ensino fundamental municipal, há de se julgar procedente o pleito autoral, em homenagem aos preceitos dos arts. 60 do ADCT e 7º da Lei 9.424/96, que não carecem de regulamentação pela legislação municipal. (grifei) III - (.....);

IV - Recurso não conhecido, reformando-se parcialmente a sentença em sede de reexame necessário.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 4496/2006, PORTO DA FOLHA, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relator: DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO, Julgado em 20/11/2007)

Sabe-se que o ônus da prova no presente caso incube ao apelante, mas que seu direito é claro. As provas trazidas aos autos esclarecem o não cumprimento do que determina a Lei, os recursos em questão devem ser utilizados da forma estabelecida por ela.

Desta feita, entendo ser o mandado de segurança Via correta para pleitear o direito dos autores, sendo determinado que se obedeça o que determina a Lei do FUNDEF.

Ante o exposto, conheço do Apelo para DAR-LHE PROVIMENTO, por entender serem devidos aos professores daquele município os recursos que foram desviados do FUNDEF, REFORMANDO-SE a douda decisão abjurada, julgando em consequência a ação nos termos da inicial.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza 20 de junho de 2012.

PROCESSO Nº 0478865-33.2000.8.06.0000 – APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE: MANOEL UBIRATAN CAVALCANTE PINHEIRO
APELADO: ESTADO DO CEARÁ
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: Des. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE PARECER PRÉVIO DO TRIBUNAL DE CONTAS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. APELAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. Na ação anulatória de parecer prévio do Tribunal de Contas dos Municípios o interesse de agir do autor está na obrigatoriedade de tal manifestação, vez que o parecer dessa Corte não vincula o Poder Legislativo Municipal, quanto à aprovação ou rejeição das contas do Chefe do Poder Executivo.
2. Os atos dos Tribunais de Contas, por serem passíveis de violar direito subjetivo dos agentes fiscalizados, não estão imunes ao controle judicial, por força da garantia positivada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.
3. É de rigor o desprovimento da apelação, quando as razões do pleito recursal não infirmam os fundamentos e as conclusões da sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível, em que figuram as partes acima indicadas, acorda a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade, em conhecer da apelação, PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por MANOEL UBIRATAN CAVALCANTE PINHEIRO, impugnando sentença proferida pelo Juiz da 7ª Vara da

Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária nº 300636-48.2000.8.06.0001/0, em que figura como réu o ESTADO DO CEARÁ, para julgar improcedente o pedido inicial e condenar o promovente “*no pagamento das custas e nos honorários advocatícios*”.

Na inicial da ação proposta no juízo de origem, o apelante afirma que o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará emitiu parecer contrário à aprovação de suas contas, como Prefeito Municipal de Solonópole, referentes ao exercício financeiro de 1992, sem analisar “*suas argumentações*” segundo as quais haveria “*meras atecnias, irregularidades meramente formais como inexistência de prévio empenho de despesas, controle para o transporte de pessoas carentes, etc*”. Ao final, postula a anulação da deliberação administrativa questionada nos autos.

Em sede de contestação, o Estado do Ceará aduz, preliminarmente, ser o autor carecedor de ação e, no mérito, que “*as decisões dos Tribunais de Contas somente podem ser contrasteadas quando contiverem cerceamento ao direito de defesa ou ilegalidade manifesta*”.

O juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido autoral, após concluir ser possível o controle judicial dos atos das cortes municipais de contas, nos casos “*em que não tenha sido oferecida a oportunidade de defesa para o administrador cujas contas estão sendo analisadas, ou mesmo se incorrer o TCM em erro evidente, na elaboração de seu Parecer*”.

A sentença foi impugnada pelo autor através do recurso previsto em lei.

Nas razões do apelo, o recorrente afirma que a “*indevida classificação da origem da receita municipal*”, quando não demonstrado que houve “*subtração, desvio, transferência irregular ou qualquer ilicitude com as receitas públicas*” revela “*uma atecnia de menor importância, desconexa a eventual dano ao patrimônio da Edilidade*” que “*não pode servir de esteio a desaprovação de contas*”. Acrescenta que, relativamente à “*inexistência de prévio empenho, reafirma-se que as despesas realizadas revestiam-se de um carácter público emergencial*”. Menciona ainda que “*a realização de despesas sem a emissão de nota de empenho foi resultado de falhas de controladoria e contabilidade*”.

Não houve resposta ao recurso.

O Ministério Público exarou parecer opinando pela extinção do processo, sem resolução do mérito.

É, no essencial, o que havia a relatar.

Revistos e incluídos em pauta para julgamento.

VOTO

Consoante relatado, insurge-se o apelante contra sentença que julgou improcedente o pedido de anulação da deliberação do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará que emitiu parecer contrário à aprovação de suas contas, como Chefe

do Poder Executivo do Município de Solonópole, referentes ao exercício financeiro de 1992.

Examino, inicialmente, a existência ou não do interesse de agir do autor, enquanto específica condição de ação e matéria de ordem pública, cognoscível de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Registre-se, a esse propósito, que a interpretação conjugada dos arts. 71, inciso I, 75, “caput”, e 31 e seus parágrafos 1º e 2º, todos da Constituição Federal, autoriza concluir que o órgão competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo é o Poder Legislativo respectivo, com o auxílio opinativo do Tribunal de Contas correspondente, no exercício da atribuição de efetuar o controle externo da atividade financeira e orçamentária daquele.

Ante o sistema de controle externo positivado na Constituição Federal, é correto afirmar que o parecer prévio do Tribunal de Contas, ainda que não seja vinculante, é imprescindível para o Poder Legislativo decidir sobre a aprovação ou rejeição das contas do Poder Executivo respectivo.

É o que afirma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

2. Parágrafo 3º do art. 113 da Constituição do Estado de Santa Catarina, que permite que as contas do município sejam julgadas sem parecer prévio do Tribunal de Contas caso este não emita parecer até o último dia do exercício financeiro.

3. Violação ao art. 31 e seus parágrafos da Constituição Federal.

4. Inobservância do sistema de controle de contas previsto na Constituição Federal.

5. Procedência da ação.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 261-9, Rel Min Gilmar Mendes, Pleno, Unânime, DJ 28.02.2003

Infere-se então que o interesse de agir do autor decorre da impossibilidade de a Câmara Municipal de Solonópole apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo sem que o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará sobre elas tenha emitido parecer prévio.

Reconheço, pois, a presença de tal condição de ação.

Analiso, na sequência, a possibilidade jurídica do pedido, é dizer, se os atos dos tribunais de contas são passíveis de controle judicial.

As decisões dos tribunais de contas são decisões administrativas. Como tais, quando aptas a ameaçar ou causar lesão a direito, não estarão excluídas da apreciação do Poder Judiciário, por expressa dicção do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Assim tem decidido esta 3ª Câmara Cível, *verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO

DO TRIBUNAL DE CONTAS. JULGAMENTO DAS CONTAS DE GESTORES PÚBLICOS. SENTENÇA QUE INDEFERE LIMINARMENTE A PETIÇÃO INICIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ART. 5º, XXXV, CF/1988. SENTENÇA ANULADA.

1 - As decisões dos Tribunais de Contas são passíveis de revisão do pelo Poder Judiciário, principalmente quanto a regularidade formal do ato.

2 - O controle externo não exime o Poder Judiciário de apreciar as contas e os contratos sob a ótica da legalidade. Precedentes do STJ e do TJCE.

3 - Sentença anulada.

Apelação Cível nº 32070-58.2005.8.06.0000/0, Rel Des Edite Bringel Olinda Alencar, Terceira Câmara Cível, Unânime, DJ 25.03.2010, p. 21

Idêntica é a orientação do Tribunal Regional Federal da 5ª Região sobre o tema, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ACÓRDÃO DO TCU. PROCEDIMENTO DE TOMADA DE CONTAS. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCABIMENTO.

- O julgamento antecipado da lide, sobre questão exclusivamente de direito, não constitui cerceamento do direito de defesa nem tampouco infringência ao contraditório, sendo irrelevante a concordância das partes.

- As decisões proferidas pelo Tribunal de Contas são de natureza meramente administrativa, ou seja, não têm o caráter da definitividade jurisdicional, portanto, podem ser revistas pelo Poder Judiciário desde que este controle seja realizado sem invadir a discricionariedade do ato administrativo, limitando-se apenas aos aspectos da legalidade.

- O direito à ampla defesa e ao contraditório, questões de ordem pública, foram devidamente asseguradas no procedimento em questão. Restou satisfatoriamente demonstrado que a ora recorrente foi, por diversas vezes, chamada a se defender nos autos do referido processo, chegando, inclusive, a constituir procurador para patrocinar sua defesa na esfera administrativa, como se vê de toda a prova documental colacionada, não havendo, assim, que se falar na ocorrência de cerceamento de defesa.

- Apelação improvida.

Apelação Cível nº 400040/PE, Rel. Des. Federal FRANCISCO WILDO. Primeira Turma, Unânime, DJ 21/12/2006, p. 324.

Nas razões recursais, o apelante afirma que a *“indevida classificação da origem da receita municipal”*, quando não demonstrado que houve *“subtração, desvio, transferência irregular ou qualquer ilicitude com as receitas públicas”*, por revelar mera *“atecnia de menor importância, desconexa a eventual dano ao patrimônio da Edilidade”*, *“não pode servir de esteio a desaprovação de contas”*. Diz mais que a *“inexistência de prévio empenho”* não constitui vício, vez que *“as despesas realizadas revestiam-se de um carácter público emergencial”*. Menciona ainda que *“a realização de despesas sem a emissão de nota de empenho foi resultado de falhas de controladoria*

e contabilidade”.

Ao exame da sentença recorrida, constata-se haver o juiz de primeiro grau ali consignado, como razão de decidir, *verbis*:

... no caso em exame, o TCM teve não somente a noção correta do objeto em exame (prestação de contas), como fez a análise com base na documentação fornecida pelo próprio autor, quando da obrigatoriedade de remessa dos comprovantes de despesas na qualidade de gestor de um Município.

E foi exatamente com essas informações que verificou o TCM as irregularidades cometidas pelo autor. Não houve erro, portanto.

... a decisão do TCM é fundamentada, apoiada inclusive em Parecer emitido pela Procuradoria de Justiça que atua junto ao dito órgão, e tudo dentro das provas que o TCM detinha.

Não há, pois, qualquer vício formal no ato atacado. E, igualmente, houve oportunidade de defesa, e isso o próprio autor reconhece, ao dizer que recorreu administrativamente da referida decisão, para o próprio TCM.

Por tais motivos, não verificando a existência de erro, falta de fundamentação, ou qualquer outro vício formal no ato atacado, não vejo motivos para a sua anulação, razão pela qual julgo improcedente a ação.

In casu, analisado detidamente o conteúdo dos autos, não há como constatar a afirmada ausência de dano ao erário, que tenha havido mera atecnia ou falha do serviço de contabilidade do município e que as despesas tidas como ilegais pela Corte de contas foram de caráter emergencial, por ser absoluta a inexistência de prova do que afirmado nas razões do apelo sobre tais matérias.

Na ausência de tais provas, não há como concluir que o juiz de primeira instância, ao julgar improcedente o pedido inicial, tenha perpetrado equívoco na aplicação do direito à espécie.

Ressalte-se, ademais, que a decisão do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará questionada nos autos, por ser ato administrativo, tem o atributo da presunção de legitimidade e veracidade.

Ante todo o exposto, conheço da apelação, para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 22 de julho de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0520539-02.2011.8.06.0001

APELANTE: ANGÉLICA BRAGA DOS SANTOS

APELADOS: FRANCISCO DAS CHAGAS MAGALHÃES e FRANCISCA MARIA DE SOUSA MAGALHÃES

RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. POSSUIDOR DE BOA-FÉ. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. ALEGAÇÃO NA CONTESTAÇÃO. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DIREITO DE RETENÇÃO. CABÍVEL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.219 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1 – A posse de boa-fé perde esse caráter a partir do momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente (art. 1.202 do CC/2002).

2 – O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis (art. 1.219 do CC/2002), enquanto não revelado o caráter fraudulento da aquisição por ato de terceiro.

3 – Os efeitos da posse no caso *sub judice* em confronto com a higidez da ordem jurídica e com a vedação ao enriquecimento sem causa devem adstringir-se à indenização pelas benfeitorias realizadas, alcançando, ainda, o direito de retenção, por se tratar de ocupação de boa-fé, cabível, portanto, a retenção do bem imóvel até o pagamento de indenização pelas benfeitorias nele erigidas.

4 – Recurso apelatório conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível em que são partes, as acima indicadas, ACORDA a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em CONHECER do recurso de apelação para DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte

desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por ANGÉLICA BRAGA DOS SANTOS, em face da decisão exarada nos autos da Ação de Reintegração de Posse com pedido liminar, fls. 185/190, movida por FRANCISCO DAS CHAGAS MAGALHÃES e FRANCISCA MARIA DE SOUSA MAGALHÃES, que julgou procedente o pedido autoral para declarar injusta a posse exercida pela ré, reconhecendo a titularidade dos requerentes sobre o imóvel em disputa e deixando de condenar a promovida ao pagamento das custas processuais e honorários em vista da concessão da gratuidade judiciária (art. 12, Lei 1.060).

Em suas razões recursais, fls. 194/200, a apelante argumenta que exerceu a posse do imóvel de boa-fé, pois detinha título que acreditou ser legítimo, vez que não contratou de maneira ilegal, sendo vítima de fraude. Alega, ainda, não ser justo perder o que investiu na construção da casa, devendo-lhe ser garantida a indenização decorrente dos frutos, benfeitorias e acessórios. Pugna, ao final, pela reforma da decisão vergastada para julgar parcialmente procedente a presente ação, decretando a boa-fé da apelante e a justa indenização pelas melhorias realizadas no imóvel *sub judice*, bem como a retenção da posse do imóvel até o pagamento.

Em suas contrarrazões recursais, fls. 205/209, os apelados alegam não haver razão para reparo da decisão de primeiro grau. Afirmam que a apelante esbulhou o imóvel de sua propriedade, adentrando-se mediante fraude perpetrada pelo Sr. Francisco Genilson Oliveira de Sousa (fls. 88), que “jamais existiu qualquer relação contratual entre as partes litigantes e a posse da promovida é injusta pois se origina de um negócio nulo de pleno direito baseado em documento fraudado por estelionatário”, descabendo impor o ônus de ressarcimento das benfeitorias realizadas aos autores/apelantes. Alegam, ainda, que a apelante não invocou o direito de retenção no momento oportuno, em sede de contestação.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Conheço do presente recurso, por preencher os requisitos de admissibilidade, observados os pressupostos intrínsecos e extrínsecos (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e dispensa de preparo).

Os apelados alegam, no tocante ao direito de indenização por benfeitorias, deveria a parte recorrente ter relacionado e valorado tais gastos em sua peça contestatória, eis que “*impossível ao magistrado avaliar tal pretensão (embargos de retenção por*

benfeitorias), pois que não teria a necessária segurança para saber quais seriam as benfeitorias pré-existentes à propositura da demanda e aquelas introduzidas após.”

Inferre-se do conteúdo da peça contestatória que a ré postula expressamente a indenização pelas benfeitorias realizadas e comprovadas e, em caso de não ocorrer o ressarcimento, invoca o direito de retenção da posse do imóvel.

Verifica-se, assim, às fls. 79/128 que a ré suscitou na oportunidade, mesmo que de forma genérica, a existência de benfeitorias por ela executadas no imóvel em questão, colacionando aos autos recibos referentes às instalações elétricas e hidrossanitárias, à compra de material de construção, à contratação de pedreiros, não havendo que se falar em preclusão do direito à indenização e retenção da posse do imóvel respectivo.

Na verdade, o juízo *a quo* não reconheceu o direito à indenização e conseqüentemente à retenção do imóvel, por considerar injusta a posse da recorrente, embora de boa-fé.

Diante disso, entendendo não operado o fenômeno da preclusão a obstar que a ré defenda, em sede de apelação, o direito de ser indenizada por benfeitorias implementadas no referido imóvel, não rechaçadas pelos apelados, portanto, incontroversas.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte aresto desta Corte de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO EM AÇÃO REINVIDICATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA DE IMISSÃO DE POSSE. CARÁTER NÃO-EXECUTIVO. DIREITO À RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. ALEGAÇÃO NA CONTESTAÇÃO. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, NOS TERMOS DOS ARTS. 17 E 18, DO CPC. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA FINS DE CUMPRIMENTO DO ACÓRDÃO.

(...) 5. O objeto da ação originária é a obtenção da posse, nunca exercida pelo autor/apelado - que adquiriu o apartamento da Caixa Econômica Federal, devidamente registrado no Cartório competente - com fundamento no domínio (propriedade), cuja nomeação, a meu ver mais correta, seria ação de imissão de posse e não reivindicatória, uma vez que esta última socorre o proprietário não detentor de posse. 6. “Na hipótese dos autos, em se tratando de ação reivindicatória, a ausência de discussão acerca do direito de retenção por benfeitorias no processo de conhecimento não obsta o manejo dos embargos de retenção por benfeitorias. Precedentes.” (AgRg no REsp 652.394/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 06/10/2010). 7. Verifica-se, outrossim, à fl. 73 (4º parágrafo) que o réu suscitou na contestação, mesmo que de forma genérica, a existência de benfeitorias por ele executadas no imóvel em questão, alegativa esta inclusive reconhecida pelo autor à fl. 144 (3º. Parágrafo) e, seguidamente, nas contra-razões, à fl. 206 (3º. Parágrafo). 9. Diante disso, entendendo não operado o fenômeno da preclusão consumativa a obstar que o réu/apelante defenda, em sede

de apelação, o direito de ser indenizado por supostas benfeitorias por ele implementadas no referido imóvel, impondo, assim, à instância recursal a apreciação de tal inconformismo, o que não se confunde com análise de cabimento dos embargos de retenção *in specie*, questão essa, inclusive, já superada quando da admissibilidade - por intempestividade - do agravo de instrumento anunciada às fls. 174/175, no qual o réu pretendeu, sem sucesso, afastar a rejeição liminar dos embargos de retenção (vale dizer, igualmente intempestivos). 10. Incumbe destacar que, tendo em vista os documentos acostados pelo autor/apelado às fls. 17/30 e a absoluta falta de provas do dispêndio e da execução pelo apelante das benfeitorias discriminadas à fl. 116, o qual não se desincumbiu do ônus da prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do apelado (art. 333, II, CPC), entendendo caracterizada a má-fé do apelante na ocupação, clandestina e precária, do imóvel de propriedade inquestionável do apelado. 11. Por derradeiro, impõem-se a condenação do apelante, além dos ônus sucumbenciais, incluídos honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, em LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, esta em 1% (hum por cento) sobre o valor da causa, nos termos dos artigos 17 e 18, do CPC. 12. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA FINS DE CUMPRIMENTO DO ACÓRDÃO.”

(Apelação cível 5788872200680600011, Rel. Des. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES, 2ª Câmara Cível, 30/08/2011)

Destaco, por oportuno, que, no processo, não foram descaracterizadas as benfeitorias realizadas, mui de reverso, há reconhecimento dos autores, que apenas negam o direito de indenização e retenção por parte da ré.

Tal como se pode inferir da leitura da peça inicial (fls. 01/11), na qual os autores/apelados afirmam que “(...) *adquiriram um lote situado à quadra N, nº 35, (...) que os promoventes iniciaram a construção de uma casa no respectivo terreno, todavia os mesmos separaram-se de fato, tendo o Sr. Francisco das Chagas Magalhães viajado para São Paulo no final do ano de 2010.*”; bem como das fotos do imóvel em questão às fls. 32/36, que, apesar de os recorridos terem deixado-o inacabado, encontra-se atualmente em plenas condições de moradia.

Ademais, nos depoimentos das testemunhas arroladas pelos autores, o depoente Paulo Henrique Nunes Pereira, às fls. 47/48, afirmou que “(...) *a casa ainda estava em obras; que na segunda vez, esteve na casa, inclusive para fazer umas medições de vidro para janelas e boxes de banheiros; que não chegou a executar o serviço, apenas fez o orçamento (...)*”, e Alexandre Martins Menezes, às fls. 49/51, declarou que “(...) *a casa ainda estava em obras, com as paredes sendo levantadas e não havia condição de habitação; que o depoente foi uma segunda vez ver a casa, inclusive para fazer umas medições de granito para portas e janelas (...) que da segunda vez que o depoente esteve na casa, faltava concluir o piso, e colocar granito, portas e janelas, mas as paredes já estavam levantadas e a casa já estava coberta (...)*.” Tem-se, outrossim, como prova da realização das benfeitorias, além das fotos e depoimentos supracitados, os recibos das

obras, instalações e contratação de pedreiros às fls. 93/128.

Os apelados, às fls 132/138, reconhecem a realização das benfeitorias por parte da apelante ao afirmarem que *“A presente ação tem como objetivo um terreno urbano, loteado, com início de edificação e em cuja posse os autores sempre estiveram. Não é o fato de não terem terminado a edificação de uma casa residencial no lote que caracteriza a falta de tomada de posse. (...) A própria ré reconhece que encontrou ao terreno com início de edificação. (...) os autores vinham começando a edificar uma casa no terreno, até que depois de uma viagem realizada pelo Autor ao retornar se depararam com a casa construída. Depois da referida aquisição da posse, o imóvel encontrava-se em fase inicial de edificação, não existindo a possibilidade de ocupação para fins de moradia.”*

Evidenciada está nos autos a realização de benfeitorias pela apelante no imóvel em disputa.

A posse da recorrente revestiu-se de caráter de boa-fé, porquanto o imóvel foi adquirido por ela mediante instrumento particular de compra e venda (fls. 89/92) acreditando ser legítimo e lícito, o que foi reconhecido na sentença recorrida.

Porém, o vendedor do imóvel, Sr. Francisco Genilson de Oliveira Sousa, não detinha a propriedade do bem em disputa, pois este se valeu de contrato fraudulento (fls. 56/58), através do qual teria adquirido o terreno de Francisco das Chagas Magalhães e Francisca Maria de Sousa, acertadamente admitida na sentença recorrida.

O Sr. Francisco Genilson também lançou mão de instrumento procuratório (fls. 88) supostamente assinado por Francisca Maria de Sousa, outorgando-lhe poderes para representá-la na prática de qualquer ato relacionado ao imóvel objeto da lide.

A fraude, todavia, só fora evidenciada quando, em sede de réplica à contestação (fls. 132/138), os apelados arguíram o Incidente de Falsidade, questionando a autenticidade das assinaturas apostas nos documentos supracitados.

Diante da alegação dos autores/apelados, o juiz de primeira instância intimou os Oficiais dos Cartórios onde os referidos documentos foram autenticados para esclarecer a controvérsia acerca da veracidade da procuração e do instrumento de compra e venda.

Prestaram depoimentos a titular do Cartório de Registro Civil de Messejana, às fls. 165/168, e o representante do Cartório Martins, às fls. 170/171, ambos alegando que se trata de documentos falsificados, inclusive no que se refere aos selos utilizados, fato constatado nas consultas de distribuição de selos apresentadas pelos dois depoentes às fls. 169 e 172/174.

Configura-se, assim, a boa-fé da apelante, pois não tinha ciência de vício presente no contrato de compra e venda firmado com o Sr. Francisco Genilson de Oliveira Sousa. Para a situação, incide a disposição do art. 1.202 do Código Civil, o qual preleciona:

Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o

momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

A instrução processual comprova a fraude dos documentos apresentados pelo vendedor Francisco Genilson de Oliveira Sousa à apelante Sra. Angélica Braga dos Santos, não sendo possível a esta a detecção dos vícios respectivos, eis que de difícil verificação por alguém sem conhecimento notarial.

A rigor apelante e apelados foram vítimas de fraude perpetrada por terceiro. Em consequência, sobejou prejuízo para ambas as partes, em maior proporção para a apelante com o pagamento do preço do negócio de difícil recuperação, não sendo justo e razoável que os apelados se locupletem com as benfeitorias agregadas ao imóvel que estão a recuperar, através do presente feito.

Diante disso, aplica-se o disposto no art. 1.201 do Código Civil:

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção. (Grifamos)

No que tange às benfeitorias realizadas por possuidor de boa-fé o Código Civil prevê em seu art. 1.255, *caput, in verbis*:

Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização. (Grifamos).

Outrossim, não se pode olvidar que a negativa de indenização à ré/apelante, implicaria enriquecimento sem causa dos autores/apelados, porquanto as benfeitorias, evidentemente, valorizaram o imóvel em questão, que antes estava em fase de construção, estando atualmente em plenas condições de moradia.

Nesse sentindo, são os arestos desta Corte de Justiça:

“REINTEGRAÇÃO DE POSSE - REQUISITOS - ART. 927 DO CPC - OBSERVÂNCIA PELA AUTORA - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS - CARÁTER DÚPLICE DA AÇÃO POSSESSÓRIA - VIABILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...) 3. Comprovado nos autos que a parte autora/apelada logrou êxito em demonstrar sua posse e o esbulho empreendido pelo recorrente, a sentença que determinou a reintegração possessória deve ser mantida. 4. Diante do caráter dúplice das ações possessórias, **se mostra lícito ao demandado requerer, na contestação, o pedido de indenização pelas benfeitorias realizadas. Reconhecido pela própria autora, na exordial, que o demandado empreendeu construções no bem, faz este jus à devida indenização - pleito este também reiterado no recurso apelatório**

-, cujo valor deverá ser apurado em sede de liquidação de sentença, inexistindo, contudo, qualquer direito de retenção, à míngua de pedido expreso nesse sentido. 5. Apelação Cível conhecida e parcialmente provida. Sentença Reformada.”

(Apelação 1359200380600311, Rel. Des. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ, 6ª Câmara Cível, 27/05/2011)

“CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CÓDIGO CIVIL ARTIGO 1.196. POSSE CARACTERIZADA PELA APARÊNCIA DE UM DOS PODERES INERENTES À PROPRIEDADE. TEORIA DE IJHERING. ESBULHO. CLANDESTINIDADE. REINTEGRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE BOA-FÉ. INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS. IMPROCEDÊNCIA. CONCESSÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA. LEI Nº 1060/50, ARTIGO 4º, PARÁGRAFO 1º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. No tocante ao direito à posse, o Código Civil brasileiro se fundamenta na teoria de Rudolf Von Ihering, de modo que esta se caracteriza pela exteriorização do exercício de qualquer um dos poderes inerentes à propriedade, isto é, usar, usufruir, dispor e reivindicar o bem. Preceito contido no artigo 1.196 do CC. 2. Segundo a teoria de Ihering, os elementos caracterizadores da posse são o *animus* (volitivo) e o *corpus* (material), preponderando aquele sobre este. De modo que, o afastamento do possuidor, com intensão de regresso a sua posse, em nada prejudica o seu direito possessório, pois a aparência de um dos requisitos da propriedade há de prevalecer sobre a presença física do possuidor sobre o bem. 3. “In casu”, as provas carreadas aos autos demonstraram ser do conhecimento público, na cidade de Itapipoca, que o terreno pertencia ao autor, ora recorrido. Muito embora os recorrentes tendem descaracterizar o esbulho, alegando que adentraram, pacificamente, no imóvel supostamente abandonado. 4. **Quanto ao pedido de indenização pelas benfeitorias, tenho a dizer que o possuidor de boa-fé tem direito ao que plantou, semeou ou construiu em terreno alheio;** entretanto, no presente caso, não há provas acerca das benfeitorias realizadas, bem como inexistente a boa-fé alegada. 5. Contudo, merece reforma a sentença de primeiro grau ao que diz respeito a condenação em custas e despesas processuais, em face do que preceitua a Lei 1.060/50, em seu art. 4º, parágrafo 1º. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.” (Apelação 858590200080601011, Rel. Des. FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA, 5ª Câmara Cível, 28/07/2010)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. BEM IMÓVEL. PROVA DE TÍTULO DE DOMÍNIO. EXISTÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. PRESENTES OS PRESSUPOSTOS INDISPENSÁVEIS AO MANEJO DA AÇÃO. POSSUIDOR DE BOA-FÉ. BENFEITORIAS. RETENÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO REIVINDICATÓRIO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A ação reivindicatória tem como escopo recuperar o bem reivindicando das mãos de quem injustamente a detenha (art. 1228, CC). 2. Presentes os pressupostos indispensáveis ao manejo da ação reivindicatória (titularidade

do domínio, individualização da coisa e posse exercida em oposição ao título de domínio) deve o pleito ser julgado procedente. 3. **Comprovada a realização de benfeitorias, essas devem ser indenizadas. Não especificadas na sentença as benfeitorias, deverão ser apuradas em liquidação por arbitramento.** 4. Apelo conhecido e desprovido.”

(Apelação 139849200080600951, Rel. Des. CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES, 5ª Câmara Cível, 24/05/2010)

De igual modo, destaco os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“Reintegração de posse. Efeitos da posse. Possuidor de boa-fé. Indenização. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias. As edificações, ou construções, “conquanto acessões industriais, equiparam-se às benfeitorias úteis” (REsp-739); quanto a elas, cabe, também, indenização ao possuidor de boa-fé. Recurso Especial não conhecido.”

(REsp nº 31.708-7/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. Em 09.11.1993).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CABIMENTO – EFEITOS MODIFICATIVOS - INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS E ACESSÕES - DIREITO DE RETENÇÃO. Inexistindo no acórdão embargado contradição, omissão ou obscuridade são incabíveis embargos de declaração. Efeitos modificativos só são possíveis em casos excepcionais. **Sendo consideradas como de boa-fé as benfeitorias e as acessões, têm os seus edificadores direito de retenção.** Embargos rejeitados.”

(EDcl no REsp 260238/ES EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2000/0050476-9, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, 27/11/2000)

Resta, pois, configurada a boa-fé da apelante e, conseqüentemente, assegurado o direito à indenização pelas benfeitorias que realizou no imóvel em disputa.

Passo à análise do direito de retenção do imóvel.

Nos termos do disposto no artigo 1.219 do Código Civil, tem o possuidor de boa-fé direito de retenção do imóvel até que lhe sejam restituídos os valores referentes às benfeitorias realizadas, senão vejamos:

Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis. (Grifamos)

Deve-se ter em mente que a apelante foi vítima de fraude perpetrada por terceiro e realizou as obras de habitabilidade no imóvel sem saber dos vícios de sua

posse, não sendo legítimo destituí-la da garantia de retenção, a viabilizar o recebimento dos valores correspondentes, situação que não se harmoniza com a entrega da tutela jurisdicional efetiva, vez que a devolução imediata do bem aos recorridos dificultaria ainda mais a recuperação do montante investido.

Nesse sentido, seguem os julgados, em casos análogos, nos Tribunais pátrios:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À RETENÇÃO DO IMÓVEL. INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. 1. RECONHECIDO EM FAVOR DOS AGRAVANTES O DIREITO À RETENÇÃO DO IMÓVEL ATÉ O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS ERIGIDAS DE BOA-FÉ, NECESSÁRIA A REINTEGRAÇÃO DOS RECORRENTES NA POSSE DO IMÓVEL ATÉ O RECEBIMENTO DA EFETIVA INDENIZAÇÃO. 2. RECURSO PROVIDO.”

(134141620118070000 DF 0013414-16.2011.807.0000, Rel. Des. MARIO-ZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, 23/03/2012)

“REIVINDICATÓRIA Imóvel Indenização e retenção por benfeitorias Pedido formulado na contestação Sentença de procedência parcial, autorizando a reintegração na posse e ressaltando o direito de indenização e de retenção por benfeitorias. Presunção de boa fé da posse exercida pelo réu Prova em sentido contrário não produzida Sentença mantida Apelação desprovida.”

(APL 54338020098260127 SP 0005433-80.2009.8.26.0127, Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, 4ª Câmara de Direito Privado, 29/07/2011)

“RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E PERDAS E DANOS. CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO RECONHECIMENTO - PRECLUSÃO OPERADA - PARTE INTIMADA QUE NÃO ESPECIFICA PROVAS. ABUSIVIDADES CONTRATUAIS - OCORRÊNCIA - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. BENFEITORIAS - MATÉRIA NÃO TRATADA PELA SENTENÇA - DEVOLUÇÃO INTEGRAL DA MATÉRIA AO TRIBUNAL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 515, § 1º, DO CPC - DIREITO DE RETENÇÃO E INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS ÚTEIS E NECESSÁRIAS – RECONHECIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO A PARA DECLARAR O DIREITO DA APELANTE À INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS ÚTEIS E NECESSÁRIAS, ALÉM DA RETENÇÃO DO IMÓVEL ATÉ SEU PAGAMENTO.”

(Processo: 8436808 PR 843680-8, Des. Rel. Lenice Bodstein, 7ª Câmara Cível, 22/05/2012)

Assiste razão à Apelante também nesse ponto, pois tem direito, além da indenização decorrente das benfeitorias implementadas, à retenção do imóvel, conforme

previsto no art. 1.219 do Código Civil.

Por tais razões, conheço do presente recurso por ser próprio e tempestivo, PARA DAR-LHE PROVIMENTO, reconhecendo o direito à indenização pelas benfeitorias realizadas, apurando-se o *quantum debeat* em liquidação, com a retenção do imóvel em face da comprovação da boa-fé da apelante.

Por serem apelante e apelados vencidos e vencedores na demanda, estabeleço a sucumbência recíproca igualitária entre as partes, com observância do art. 12 da Lei 1.060/50.

É como voto.

Fortaleza, 24 de junho de 2013.

Nº PROCESSO: 0529990-37.2000.8.06.0001

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL – 6ª Vara Cível de Fortaleza

APELANTE: ARCA D'ALIANÇA DISTRIBUIDORA DE CALÇADOS LTDA.

APELADO: CIRIO ADMINISTRADORA DE VALORES LTDA

RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO

AJ002

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VEDAÇÃO A INOVAÇÃO RECURSAL. ART. 515, §1º DO CPC. EXCESSO DE EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADO. JUROS DE MORA EM 1% AO MÊS ADMITIDO.

1. Deixo de conhecer a tese olvidada pela Apelante, no que diz respeito a falta de nomeação de curador especial e quanto mencionado sobre os arts. 319 e 320 do CPC, haja vista que esta matéria não foi arguida perante o Juízo de primeiro grau e ser proibida a inovação em sede recursal, sob pena de supressão de instância.

2. O juízo de origem julgou totalmente improcedente os embargos monitórios, tornando executivos os títulos apresentados, mas por equívoco quando da digitação da sentença, ficou consignado apenas o título de fls. 06. No ensejo, se o juízo monocrático pretendesse validar apenas um, dos dois títulos no processo, a Ação Monitória seria julgada parcialmente procedente, o que não foi o caso. Ressalte-se ainda, que no Mandado de Execução e no de Penhora, ficou consignado o valor dos dois títulos somados, refletindo assim, a verdadeira intenção do Juízo de origem.

3. Já com relação aos juros utilizados na planilha apresentada pelo Apelado, nos autos da Ação Monitória, estes por serem referentes a débitos anteriores a 11 de janeiro de 2003, estão de acordo com o artigo 12, § 3º, da Lei nº 4.591/64.

APELAÇÃO CONHECIDA PORÉM IMPROVIDA.
SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0529990-37.2000.8.06.0001, em que figuram, como Apelante ARCA D'ALIANÇA DISTRIBUIDORA DE CALÇADOS LTDA. e, como Apelado CIRIO

ADMINISTRADORA DE VALORES LTDA, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível nos Embargos à Execução provenientes de ação monitoria interposta por Círio Administradora de Valores Ltda em face de Arca Daliança Distribuidora de Calçados Ltda, onde o autor alega, em síntese, que é credor da requerida na importância de R\$ - 2.437,00 (dois mil quatrocentos e trinta e sete reais), dívida esta comprovada pelos cheques emitidos pela referida empresa, requerendo ao final o pagamentos do valor mencionado corrigido, custas processuais e honorários advocatícios.

Nos embargos, afirma a embargante, que na referida ação monitoria o embargado tentou obter constituição de título executivo e que após seguro o Juízo foi aberta via para oferecimento destes embargos e que embora estivesse o processo de conhecimento eivado de vícios, os embargos só comportariam defesa, se verificadas as hipóteses do art. 741 do CPC.

Alega ele a nulidade da citação e a impossibilidade de haver julgamento à revelia no processo monitorio sem que fosse nomeado curador para defender os interesses do embargante e que não se pode falar em preclusão, face a nulidade da citação, requerendo ao final a nulidade do processo monitorio e a declaração do excesso de execução.

Sentença às fls. 41/43, onde o Juiz de primeiro grau entende que não há que falar-se em nulidade da citação no processo monitorio e que a revelia foi decretada não em face da ausência de defesa, mas de sua apresentação fora do prazo, tendo a sentença transitado em julgado sem qualquer oposição do embargado, só podendo a mesma ser objeto de ação rescisória e que no tocante a alegação de excesso de defesa, esta também foi infeliz.

Alega ainda ser impertinente a tentativa do embargante, em sede de embargos à execução de obter a nulidade do processo monitorio e restabelecer prazos preclusos, rejeitando ao final os embargos e determinando o prosseguimento do processo de execução.

Irresignada com a decisão, a promovida interpôs recurso de apelação onde reafirma o excesso de execução, reconhecimento tácito da procedência dos embargos, não enquadramento da apelada nas ressalvas dos incisos do artigo 320 do CPC, nulidade da citação por hora certa, falta de nomeação de curador especial para a embargante na ação monitoria e manifestação extemporânea da apelante nos autos da monitoria não suprindo o vício e manifesto prejuízo.

É o relatório.

À douta Revisão.

Fortaleza, 15 de Junho de 2012.

VOTO

Antes de qualquer iniciativa, deixo de conhecer a tese olvidada pela Apelante, no que diz respeito a falta de nomeação de curador especial e quanto mencionado sobre os arts. 319 e 320 do CPC, haja vista que esta matéria não foi arguida perante o Juízo de primeiro grau e ser proibida a inovação em sede recursal, sob pena de supressão de instância.

É que o § 1º do art. 515 do Código de Processo Civil – CPC, disciplina o seguinte:

“Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.”

Assim, frente ao dispositivo legal em comento, conclui-se, sem delongas, que apenas poderão ser objeto de apreciação e julgamento pela Segunda Instância as questões suscitadas e discutidas no processo, ou seja, os pontos controvertidos relacionados com a causa de pedir em que se fundam a pretensão esposada na petição inicial e com a contestação apresentada.

No entanto, conheço do recurso, somente no que diz respeito ao alegado excesso de execução.

Alega a Apelante que o juízo de piso validou, transformando-o em título judicial, apenas o título de fls. 06, não se manifestando sobre o título de fls. 09, e, que os juros de mora foram calculados com a taxa de juros de 1% (um por cento) ao mês, quando deveriam ser limitados em 0,5% (meio por cento), configurando assim, excesso de execução.

Primeiramente, cumpre esclarecer que o juízo de origem julgou totalmente improcedente os embargos monitórios, tornando executivos os títulos apresentados, mas por equívoco quando da digitação da sentença, ficou consignado apenas o título de fls. 06.

No ensejo, se o juízo monocrático pretendesse validar apenas um, dos dois títulos no processo, a Ação Monitória seria julgada parcialmente procedente, o que não foi o caso. Ressalte-se ainda, que no Mandado de Execução ficou consignado o valor dos dois títulos somados, refletindo assim, a verdadeira intenção do Juízo de origem.

Já com relação aos juros utilizados na planilha apresentada pelo Apelado,

nos autos da Ação Monitória, estes por serem referentes a débitos anteriores a 11 de janeiro de 2003, estão de acordo com o artigo 12, § 3º, da Lei nº 4.591/64.

Neste sentido, vejamos:

“DESPESAS DE CONDOMÍNIO - COBRANÇA - JUNTADA DA ATA DA ASSEMBLÉIA - DESNECESSIDADE - LICITUDE NA COBRANÇA DOS VALORES APONTADOS NA INICIAL - JUROS MORATÓRIOS DE 1% ANTES DA VIGÊNCIA DO ATUAL CÓDIGO CIVIL - ADMISSIBILIDADE - PREVISÃO LEGAL - ARTIGO 12, § 3º, DA LEI Nº 4.591/64 - RECURSO NÃO PROVIDO”.

(TJ/SP. Apelação Cível nº. 992060190832 SP , Relator: Ferraz Felisardo, Data de Julgamento: 30/06/2010, 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 07/07/2010 – Grifo nosso)

Ante aos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, CONHEÇO da presente Apelação, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a sentença vergastada.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 14 de agosto de 2012.

PROCESSO Nº 0540247-24.2000.8.06.0001

TIPO DA AÇÃO: APELAÇÃO CÍVEL

ORIGEM: AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - 6ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA-CE

APELANTE: MR. DOLPHIN VIAGENS E EMPREENDIMENTOS

APELADO: JOSÉ CLÁUDIO COELHO RIBEIRO

RELATOR: DES. VÁLDSSEN DA SILVA ALVES PEREIRA

ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CANCELAMENTO DE VOO SEM AVISO PRÉVIO. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. INEXISTENTE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO FRUSTRADA. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSUM* DA AGÊNCIA QUE INTERMEDIOU A VENDA DE PASSAGENS AÉREAS. RESPOSNSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR POR PERDAS E DANOS. DANO MORAL. EXCESSO NO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. NÃO VISLUMBRADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. O contrato de prestação de serviço gera obrigação de resultado e, sendo inadimplido, respondem solidariamente pelo dano tanto o prestador como aquele que intermediou o negócio, uma vez que a responsabilidade objetiva do fornecedor independe da sua culpa.
2. Não há dúvidas quanto à existência do vício na prestação de serviço, diante da evidência de voo cancelado.
3. Dano material decorrente do pagamento não ressarcido do valor do pacote e dano moral resultado da frustração pelo cancelamento da viagem com todos os infortúnios decorrentes, caracterizados.
4. Quanto ao nexo causal, é patente que o prejuízo material e os danos morais foram causados pelo cancelamento da prestação de serviço de transporte comercializada pela apelante.
5. O prestador de serviço ou seu intermediário respondem independentemente de culpa por qualquer dano causado ao consumidor, pois, pela teoria do risco, deve assumir o dano em razão da atividade que realiza.
6. Indenização em valor razoável e proporcional ao dano.
7. Sentença mantida.

8. Apelo conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso de Apelação Cível, interposto por MR. DOLPHIN VIAGENS E EMPREENDIMENTOS, negando-lhe provimento, mantendo a decisão recorrida, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais, aviada por JOSÉ CLAUDIO COELHO RIBEIRO, nos termos do voto do relator, o qual faz parte desta decisão.

VOTO

Inicialmente, o promovente alega culpa exclusiva de terceiro, no caso o consumidor, ora apelado, e da TRIP – Transporte Aéreo Regional do Interior Paulista, sob o argumento de que esta não comunicou o cancelamento do voo em horário de expediente comercial, bem como o cliente não foi suficientemente atento para perceber tal imprevisto nos monitores de controle do aeroporto.

Ocorre que a improcedência desta argumentação se justifica por a empresa apelante ignorar o fato de que o recorrido foi lesado não só pela perda da viagem, mas, primordialmente, pela quebra do contrato, frustrando suas expectativas quanto à prestação do serviço contratado.

Segundo determina o Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor culpado, ou não, responderá pelos danos consequentes de defeito relativo a prestação do serviço e que tal defeito poderá ser vislumbrado a partir da insegurança gerada ao consumidor quando da sua utilização, senão vejamos:

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

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

Assim, não há que se falar em ser a apelante vítima do atraso na comunicação do cancelamento por parte da companhia aérea, ou mesmo em ausência do nexo causal

por também não ter sido o cliente, ora recorrido, atencioso o suficiente para perceber que o voo havia sido cancelado, pois este, ao adquirir o pacote, cumpriu sua obrigação contratual, mediante o pagamento e o comparecimento pontual ao aeroporto.

É patente que o prejuízo material, ocasionado pelo não reembolso do valor pago pelo pacote, e os danos morais foram ocasionados pelo cancelamento da prestação do serviço de viagem comercializada pela apelante, sendo esta responsável, como prestadora daquele ou intermediária, pela teoria do risco, devendo assumir o dano em razão da atividade que realiza.

Sobre o tema, já foi decidido por esta e. Corte de Justiça:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. PROCESSO CIVIL. CANCELAMENTO DE VOO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO APELATÓRIO NÃO ACOLHIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA AGÊNCIA DE TURISMO QUE INTERMEDIOU A VENDA DE PASSAGENS AÉREAS, BEM COMO DA EMPRESA QUE OFERTOU PLANO DE ASSISTÊNCIA AO VIAJANTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. *QUANTUM* INDENIZATORIO FIXADO COM BASE NA PROPORCIONALIDADE. 1. Se o Juiz determina a republicação da sentença, em virtude de incorreção da primeira intimação, a partir da segunda é que deve ser contado o prazo recursal.

2. Com supedâneo no Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade das instituições é objetiva, ou seja, independentemente da existência de culpa, responderá o fornecedor de serviços pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, tal qual ocorreu *in casu*. Desta feita, frustrada a prestação de serviço na forma pactuada, há o dever solidário de indenizar tanto para o prestador de serviço como para o intermediário que participou da comercialização e auferiu vantagem financeira.

3. Ambas as recorrentes, a primeira, CASABLANCA, ao comercializar as passagens aéreas e os planos de assistência ao viajante; e a segunda, TRAVEL ACE, ao se responsabilizar pelo reembolso em caso de cancelamento de voos, auferiram vantagem financeira e, assim, assumiram o risco do negócio. Importante salientar que, desde a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, houve a transferência dos riscos de consumo do consumidor para o fornecedor, esposando a teoria do risco do empreendimento em detrimento à teoria do risco do consumo.

4. O valor arbitrado pelo Juiz *a quo* por danos materiais e morais foi proporcional ao abalo suportado pelos apelados. Apelações conhecidas e improvidas.

(Apelação Cível nº 3574555200780600011; TJCE, Rel Manoel Cefas Fonteles Tomaz, 6ª Câmara Cível, 20/09/2010)

Nesse diapasão, cabe ressaltar a hipossuficiência econômica e, principalmente, técnica do consumidor em relação à apelante, o que permite àquele o benefício da inversão do ônus da prova, previsto no art. 6º, VIII, do CDC, e, tendo

o apelado demonstrado todos os fatos alegados, além de todos os depoimentos testemunhais colhidos não se revestirem, posso concluir que a empresa recorrente é objetivamente responsável no caso em comento.

Nesse mesmo sentido, em caso semelhante, este Tribunal já se posicionou:

Ementa: DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. TRANSPORTE AÉREO SUCESSIVO. CANCELAMENTO DE VÔO INTERNACIONAL. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO ÀS PASSAGEIRAS, POR PARTE DA EMPRESA AÉREA RESPONSÁVEL PELO TRECHO NACIONAL. EMBARQUE REALIZADO. DANO MORAL E MATERIAL CONFIGURADOS.

I - O nexo causal da obrigação de indenizar reside na falta de notificação do cancelamento do voo às apeladas e o conseqüente embarque destas para São Paulo.

II - Os prejuízos de ordem econômica e moral decorreram da conjunção de ação e omissão da transportadora apelante.

III - Tese do desconhecimento do cancelamento do voo por parte da apelante afastada, diante das provas acostadas aos autos.

IV - *Quantum* indenizatório arbitrado na observância dos requisitos doutrinários e jurisprudenciais pátrios.

V - Não se caracteriza enriquecimento indevido, muito menos valor exorbitante, uma vez atendidos os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o caráter reparador e repressivo da indenização, levando-se em consideração o porte econômico da empresa apelante.

VI - Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida em todos os seus termos.

(Apelação cível nº 79708503200080600011; TJCE; Rel. Francisco Sales Neto; 1ª Câmara Cível; 18/08/2008)

Quanto a denunciação de excesso no que tange ao *quantum* indenizatório fixado na decisão *a quo*, vale salientar que tal valor deve ser arbitrado sob a égide do Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade e, objetivando afastar qualquer dúvida que ainda paire sobre o assunto, leciona o prof. Carlos Alberto Bittar que o ressarcimento de danos morais deve se erguer sobre dois pontos: a intensidade do dano sofrido e a peculiar situação econômica do agente e seu dolo, sobre esse último ponto ainda acrescenta que tal fixação do *quantum* deve ser criteriosa no sentido de desestimular novas investidas, exatamente como sanção ao ilícito.

Tais critérios encontram fundamento legal a partir da interpretação extensiva do art. 53 da Lei 5.250/67:

“No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua

situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtido pelo ofendido.”

Logo, levando-se em conta a falta de atenção da apelante, o descumprimento do contrato e a frustração encarada pelo apelado quando da espera infrutífera pela viagem, bem como o caráter repressivo e preventivo, além de reparador, da indenização, considerando-se a condição econômica da empresa, considero a condenação no valor de R\$ 23.836,50 (vinte e três mil, oitocentos e trinta e seis reais e cinquenta centavos), para fins de reparação de danos morais, justa, uma vez que foram atendidos os requisitos supra citados e cumprido o fim sancionatório a ser atingido.

Por fim, fala-se, ademais, da existência de uma “indústria do dano moral”, caracterizada pela banalização daquele, que serve-se como ferramenta para o ganho pecuniário injustificado e que deve ser irrefutavelmente rejeitada pelo Judiciário, por isso o justificado cuidado que deve ter o julgador em perceber o preenchimento de todas as condições caracterizadoras do dano. Sobre o tema pondera Orlando Gomes: “há enriquecimento ilícito quando alguém, a expensas de outrem, obtém vantagem patrimonial sem causa, isto é, sem que a tal vantagem se funde em dispositivos de lei, ou em negócio jurídico anterior.”, o contrário do apresentado no caso em comento.

Ante o exposto, cumpre assinalar que o douto juízo singular proferiu decisão que não merece reprimenda, devendo ser mantida a condenação a título de reparação de dano moral, no valor de R\$ 23.836,50 (vinte e três mil, oitocentos e trinta e seis reais e cinquenta centavos), bem como o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no percentual de 15% (quinze por cento), por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Fortaleza, 18 de outubro de 2011.

Nº PROCESSO: 0056670-43.2005.8.06.0001
APELAÇÃO CÍVEL: 17ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA
APELANTE: ROSIANA DA COSTA PEROBA
APELADO: PORTO FREIRE ENGENHARIA E INCORPORAÇÃO LTDA
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ002

EMENTA: PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO IMOBILIÁRIO. INCORPORAÇÃO POR ADMINISTRAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA EM FACE DAS PECULIARIDADES DO CASO. 1. O Contrato foi firmado diretamente com a incorporadora Promovida, também responsável pela edificação do empreendimento e que, inclusive, participou ativamente de outros atos exclusivos do condomínio, razão pela qual se torna, a Recorrida, parte legítima para figurar no polo passivo da demanda. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA ANULADA.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº. 0056670-43.2005.8.06.0001, em que figuram como Apelante ROSIANA DA COSTA PEROBA e, como Apelado PORTO FREIRE ENGENHARIA E INCORPORAÇÃO LTDA, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, para ANULAR a sentença monocrática, determinando o retorno dos autos à origem, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível na Ação Ordinária de Obrigação de fazer com pedido de Perdas e Danos Materiais e Morais cumulada com pedido de tutela antecipada para garantia da proteção contra restrições ao nome da autora ao imóvel dos requerentes, intentada por Rosiana da Costa Peroba em face de Porto Freire Engenharia e Incorporação LTDA – PREVCON, alegando, em síntese, em sua peça inicial, que na busca da realização de seus sonhos, porém desconhecidora da técnica e regra que regem os contratos de financiamento imobiliário, acreditou, nas propagandas da empresa, tomando por base o nome da mesma no mercado imobiliário e firmou contrato padrão do sistema PREVCON, com a promessa de compra e venda para

entrega futura.

Aduz que confiando nos cálculos da ré, a autora aderiu a referido contrato na singela crença de que mantendo o pagamento em dia, quitaria o imóvel que adquirira, no prazo avençado sem maiores dificuldades.

Ocorre que de acordo com a autora, vários foram os dissabores em relação ao empreendimento, tendo havido alteração do projeto de incorporação, sem a sua anuência. Não tendo até a data da entrada na ação recebido o imóvel, mesmo estando rigorosamente em dia com as prestações.

Requeru ao final a revisão dos valores pagos e a indenização pelos danos materiais e morais sofridos.

Contestação às fls.75/91, em que alega o apelante em primeiro momento ilegitimidade ativa da promovida para propositura da ação. No mérito alega que a promovente assumiu obrigações que decorrem de contrato de compra e venda de fração ideal de terreno, construção por administração e adesão a condomínio em edificação, alega ainda que existe contrato que disciplina a construção e contesta a existência de dano material ou moral, pedindo ao final a improcedência do pedido exordial e condenação da promovida nos ônus da sucumbência.

Réplica às fls. 172/179.

Audiência, cujo termo repousa nos autos às fls. 188/189, em que não houve conciliação e foi deferido em parte o pedido de tutela antecipada.

Parecer do Ministério Público às fls. 204 v.

Agravo retido às fls. 210/212.

Sentença às fls. 219/221, tendo o Juiz de primeiro grau Julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC.

Irresignada com a decisão, a promovente interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da decisão recorrida, sob amparo do Código de Defesa do Consumidor, requerendo ser declarada parte legítima para figurar no polo passivo da ação.

É o conteúdo das fls. 224/228.

Contrarrazões às fls. 231/236.

É o relatório.

À doutra Revisão.

Fortaleza, 25 de maio de 2012.

VOTO

Antes de qualquer iniciativa, conheço da Apelação interposta, por estar presentes os requisitos de admissibilidade.

A sentença monocrática extinguiu a ação, por considerar, a Promovida, parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda. No entanto, tenho por incabível

tal argumento, já que, segundo consta dos autos, o contrato foi firmado diretamente com a recorrente, que também era responsável pela construção do condomínio (fls. 26/28).

É de se observar ainda, que no momento da assinatura do contrato sequer existia a constituição do Condomínio, tendo em vista que esta apenas se deu em 11 de setembro de 2004, conforme faz prova o documento de fls. 102/104.

Outros motivos também me levam a este entendimento. Senão vejamos.

No contrato de incorporação, a construção foi contratada pelo regime de administração, conhecida como “a preço de custo”, em que após a venda da fração ideal do terreno, o custeio da construção e do empreendimento ficaria sob a responsabilidade do condomínio, o que retiraria a possibilidade da incorporadora em integrar o polo passivo desta demanda.

Observo que, a princípio, esse entendimento está em consonância ao teor do normativo que rege a incorporação imobiliária, disposto no art. 58 da Lei Nº 4.591/64, a seguir transcrito:

“Art. 58. Nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado “a preço de custo”, será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra, observadas as seguintes disposições:

I - todas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos referentes às transações ou aquisições para construção, serão emitidos em nome do condomínio dos contratantes da construção;

II - todas as contribuições dos condôminos para qualquer fim relacionado com a construção serão depositadas em contas abertas em nome do condomínio dos contratantes em estabelecimentos bancários, as quais, serão movimentadas pela forma que for fixada no contrato”.

Nessa vertente, por assumirem a responsabilidade pelo pagamento do custo integral da obra, a lei chama atenção dos adquirentes “contra a malversação de suas economias, determinando que as faturas, as duplicatas, os recibos e quaisquer documentos sejam emitidos em nome do condomínio dos contratantes, para o que se torna desde logo necessário identificá-lo”.

Contudo, não vislumbro nos autos prova cabal, nem mesmo indiciária, de que, à época do primeiro pagamento realizado pela Recorrente, - maio/2001 - tenha sido o referido condomínio constituído, mesmo que de fato.

Ao revés, os documentos trazidos pela própria promovida, ora recorrida, conduz a entendimento diverso, pois, segundo eles, a existência legal do Condomínio Vila Morena somente se dera em 11/09/2004.

Além do que, de acordo com a mesma documentação que constituiu o condomínio, a participação da incorporadora, também responsável pela edificação, em atos que, a princípio, seriam de responsabilidade do dito Condomínio, é indisfarçável.

Os pagamentos efetuados pela Recorrente foram realizados em prol da Porto Freire Engenharia e Incorporação Ltda., conforme atesta o documento de fls. 16, o que afasta a tese defendida pela Recorrida.

Toda a documentação juntada aos autos, tanto pela Autora quanto pela Promovida, possuem a logomarca (PREVCON) e o slogan da Incorporadora, restando claro a participação desta no negócio efetuado com a ora Recorrente.

Caio Mário da Silva Pereira, ao tratar dos direitos do adquirente em face do incorporador explica:

“A Lei. n. 4.591, de 16 de novembro de 1964, mencionou, então, certas regras, de aplicação obrigatória, que constituem condições legais de incorporação e que se aplicam em relação a qualquer incorporador, seja pessoa física, seja pessoa jurídica (art. 43), que haja contratado a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis. São pois as obrigações do incorporador:

(...)

II - Responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários pelos prejuízos que sofreram com a interrupção das obras ou seu retardamento injustificado. O incorporador não se pode plantar na escusativa de que é mero intermediário. dentro da filosofia da nova lei, é a chave do empreendimento, ao qual se vincula em caráter permanente. Como parte contratante, tem o dever de movimentar a obra e manter a construção em ritmo normal, para que se cumpra a cronograma traçado desde o início. Poderá ocorrer motivo justo de redução da intensidade de trabalho, ou mesmo sua paralisação, como seria uma greve ou a falta de material indispensável, ou mesmo o fato da outra parte, como a cessação dos pagamentos. O que a lei não lhe escusa é o retardamento ou a paralisação injustificada, que erige em fundamento de reparação civil aos adquirentes”. (SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Condomínio e Incorporações. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 282/283)

Neste sentido, este Tribunal já se posicionou:

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO IMOBILIÁRIO. INCORPORAÇÃO POR ADMINISTRAÇÃO. ¹²ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA EM FACE DAS PECULIARIDADES DO CASO. RESCISÃO DO CONTRATO POR INADIMPLÊNCIA DO ADQUIRENTE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. POSSIBILIDADE. MULTA

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

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

COMPENSATÓRIA. REDUÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. NULIDADE. ART. 63 DA LEI Nº 4.591/64. SENTENÇA MANTIDA.

1. O Contrato foi firmado diretamente com a incorporadora promovida, também responsável pela edificação do empreendimento e que, inclusive, participou ativamente de outros atos exclusivos do condomínio, razão pela qual se rejeita a preliminar de ilegitimidade passiva.

2. Embora a rescisão do contrato tenha se dado em razão da inadimplência do autor, tem este direito à restituição das parcelas adimplidas, conforme previsão do § 4º, do art. 63 da Lei Nº 4.591/64.

3. A existência de cláusula abusiva implica na declaração de sua nulidade, aplicando-se ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor.

4. Recurso conhecido, mas desprovido. Sentença mantida. (TJ/CE. Apelação Cível nº. 53164981200080600011. Rel. Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES. Decisão em 30/03/2009 – Grifo nosso)

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, também já se manifestou:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. CONSTRUÇÃO SOB O REGIME DE ADMINISTRAÇÃO (PREÇO DE CUSTO). DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS POR ADQUIRENTE. **LEGITIMIDADE PASSIVA DA INCORPORADORA QUE RESTOU RESPONSÁVEL POR TODA A ADMINISTRAÇÃO DO EMPREENDIMENTO, INCLUSIVE PELO RECEBIMENTO DAS PARCELAS PAGAS PELOS CONDÔMINOS.**

1. Não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. O Eg. Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

2. A construção do imóvel sob o regime de administração (preço de custo), na forma do artigo 58 da Lei nº 4.591/64, é negócio coletivo, administrado pelos próprios condôminos, adquirentes de frações ideais do empreendimento, que, por meio de uma comissão de representantes, recebe, administra e investe os valores vertidos por todos, motivo pelo qual os riscos do empreendimento são de responsabilidade dos próprios adquirentes, sendo incabível, em regra, que a incorporadora figure no polo passivo da ação de devolução das parcelas pagas e administradas pelo condomínio.

3. Contudo, **no caso ora em análise, embora exista a figura do condomínio, os valores devidos para a realização da construção eram pagos diretamente ao alienante das frações ideais, o qual se confunde com os incorporadores, restando ao condomínio, somente, a fiscalização das obras realizadas, razão pela qual não há falar em carência da ação, respondendo os réus, em tese, pela devolução dos valores pagos e pelos eventuais danos decorrentes do alegado inadimplemento da obrigação.**

4. Recurso especial conhecido em parte, e, nesta parte, provido.

(REsp 426.934/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 12/04/2010 – Grifo nosso)

Assim, por evidenciada a direta participação da Porto Freire Engenharia e Incorporação Ltda., entendo caracterizada sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

Ante aos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, hei por bem ANULAR a sentença vergastada, por considerar parte legítima a Porto Freire Engenharia e Incorporação Ltda., determinando o retorno dos autos à origem, para a devida análise do mérito da Ação.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 14 de agosto de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0005787-58.2010.8.06.0182 DE VIÇOSA DO CEARÁ
APELANTE: MARIA DA CONCEIÇÃO SILVA DOS SANTOS
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. MUDANÇA DA PROFISSÃO CONSTANTE DA CERTIDÃO DE CASAMENTO DE DOMÉSTICA PARA AGRICULTORA. PROVA DOCUMENTAL CONFIRMADA POR PROVA TESTEMUNHAL. RECURSO PROVIDO.

1. Consta da certidão de casamento da Apelante que o seu esposo exerce a profissão de lavrador, informação que é corroborada por vários documentos, cabendo ressaltar que, “nos termos da consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qualificação do marido como trabalhador rural é extensível à esposa” (STJ, AgRg no Ag 1410501/GO, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, DJe 29.08.2011).

2. As três testemunhas ouvidas em Juízo afirmaram que a Apelante, antes de casar, trabalhava como agricultora e, depois de contrair núpcias, permaneceu desempenhando a mesma atividade.

3. Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em dar provimento à Apelação, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 20 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por Maria da Conceição Silva dos Santos, adversando a sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Viçosa do Ceará, nos autos de ação de retificação de registro civil proposta pela Apelante.

Na peça exordial (f. 02-05), a Autora argumenta que o cartório de registro civil que lavrou a sua certidão de casamento incorreu em erro ao consignar a sua profissão

como sendo a de doméstica, haja vista que o seu verdadeiro ofício é o de agricultora, postulando a Requerente, então, que fosse determinada a correção da apontada falha.

Sentenciando o feito (f. 35-38), o Juiz *a quo*, asseverando inexistir qualquer equívoco a ser reparado, julgou improcedente o pedido.

Em suas razões recursais (f. 39-41), a Recorrente aduz que o seu pleito encontra amparo na Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), pugnando, enfim, pelo provimento do recurso, para que, reformando-se a sentença fustigada, seja retificada a sua certidão de casamento.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (f. 53-57). Do mesmo modo, opinou o representante do Ministério Público do 1º Grau (f. 33-34).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso merece provimento.

A Autora, ora apelante, alega que o cartório de registro civil, por equívoco, consignou, na certidão de casamento, a sua profissão como sendo a de doméstica, motivo pelo qual deve ser corrigido o aludido documento, visto que o seu ofício é o de agricultora.

O art. 109 da Lei 6.015/73 autoriza a retificação do registro civil, dispondo o seu *caput* que, *in verbis*:

Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

Verifico que consta da certidão de casamento da Recorrente (f. 08) que o seu esposo exerce a profissão de lavrador, informação que é corroborada por vários documentos (f. 10-23), cabendo ressaltar que é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a qualificação do marido como trabalhador rural é extensível à esposa, consoante demonstram os seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO. EXTENSÃO À ESPOSA.
1. A jurisprudência do STJ há muito firmou entendimento de que, diante da dificuldade de comprovação da atividade rural, em especial da mulher, há de se presumir que, se o marido desempenha este tipo de labor, a esposa também o fazia, em razão das características da atividade. [...] (STJ, AgRg no REsp 1309123/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 15.05.2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. PROVA MATERIAL. INÍCIO. QUALIFICAÇÃO DO CÔNJUGE VARÃO. EXTENSÃO À ESPOSA. POSSIBILIDADE. [...]

1. Nos termos da consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qualificação do marido como trabalhador rural é extensível à esposa. [...]

(STJ, AgRg no Ag 1410501/GO, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, DJe 29.08.2011)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL EXTENSÍVEL À ESPOSA. PROVA MATERIAL. [...]

1. A par da dificuldade para a comprovação documental pelos demais membros do grupo familiar, a autora apresentou a certidão de casamento em que consta a qualificação de seu cônjuge como lavrador, tida pela jurisprudência desta Casa como início de prova material extensível à esposa. [...]

(STJ, AgRg no REsp 1252928/MT, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 01.08.2011)

Demais disso, as três testemunhas ouvidas em Juízo afirmaram que a Apelante, antes de casar, trabalhava como agricultora e, depois de contrair núpcias, permaneceu desempenhando a mesma atividade (f. 26-28).

Por oportuno, transcrevo trechos dos depoimentos testemunhais:

a) José Francisco das Chagas: “conhece a autora desde quando tinha quatro anos de idade; a autora quando solteira trabalhava na agricultura, junto com os pais; o marido da autora também trabalha na agricultura; quando a autora casou passou a trabalhar com o marido, plantando milho, feijão, mandioca; o casal não tem outra atividade, senão agricultura” (f. 26);

b) Manoel Cláudio Nogueira Dourado: “conhece a promovente desde quando ela nasceu; solteira a autora trabalhava com os pais; o marido da promovente também sempre trabalhou na agricultura; quando a autora casou, passou a trabalhar com o marido; sempre a autora trabalhou em terras de terceiros; a autora cuidava da casa e trabalhava na agricultura” (f. 27);

c) Raimundo Nonato Vieira de Souza: “conhece a autora desde quando era criança; quando era solteira a autora trabalhava com seus pais na agricultura; quando casou continuou trabalhando na agricultura, juntamente com o seu marido” (f. 28).

Assim sendo, a prova documental, a prova testemunhal e o entendimento do STJ autorizam a procedência do pleito da Recorrente, razão pela qual deve ser reformado o *decisum* que julgou improcedente o pedido inaugural.

Destaco, por fim, que este Tribunal, em caso análogo ao presente, decidiu

da mesma forma, conforme se verifica por meio do seguinte aresto:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. MUDANÇA DE PROFISSÃO EM CERTIDÃO DE CASAMENTO. POSSIBILIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. OCORRÊNCIA. APELO CONHECIDO E PROVIDO.

- Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença que, no bojo de ação de retificação de registro civil, julgou improcedente o pedido de correção do assento de casamento do autor no que diz respeito à profissão exercida pela sua falecida esposa, por considerar insuficientes as provas carreadas.

- O requerente instruiu a inicial com provas documentais de que o *de cuius* sempre exerceu a profissão de agricultora, tendo os depoimentos testemunhais corroborado as suas alegações. No registro de casamento constam, entretanto, como profissões dos cônjuges a de agricultor, no caso do varão, e a de doméstica, quanto à virago.

- “Nos termos da consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qualificação do marido como trabalhador rural é extensível à esposa” (AgRg no Ag 1410501/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 29/08/2011). O entendimento citado aplica-se, à perfeição, à espécie.

- Apelação conhecida e provida. Sentença reformada.

(TJCE, Apelação Cível 22542-68.2003.8.06.0000/0, Rel. Des. Vera Lúcia Correia Lima, 4ª Câmara Cível, registro em 14.11.2011)

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe provimento para, julgando procedente o pedido prefacial, determinar que o cartório competente proceda à retificação da certidão de casamento da Apelante, devendo constar do aludido documento a sua profissão como sendo a de agricultora.

Fortaleza, 20 de maio de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0602568-95.2000.8.06.0001

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO

APELANTES: JURANDIR SEBASTIÃO FREIRE E MARIA GORETTI ARAÚJO FREIRE

APELADO(A): DOMUS CIA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO

RELATOR: DES. VÁLDSSEN DA SILVA ALVES PEREIRA

ÓRGÃO JULGADOR: OITAVA CÂMARA CÍVEL

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. DESCABIMENTO. CONTRATODE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. MÚTUO. IMÓVEL JÁ LEVADO A LEILÃO EXTRAJUDICIAL. ADJUDICAÇÃO PELO AGENTE FINANCEIRO. CARÊNCIA DE AÇÃO POR PERDA DO OBJETO. PRELIMINAR ACOLHIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Possui interesse processual aquele que precisa da atuação jurisdicional para alcançar a tutela pretendida, diante da impossibilidade de composição amigável extrajudicial (necessidade) e, ainda, quando essa tutela revelar-se útil do ponto de vista prático, para fins de obtenção do direito material pretendido (utilidade).

2. No caso em análise, depreende-se dos documentos que instruem os autos que o bem imóvel hipotecado foi levado a leilão extrajudicial aos 18.07.2001, tendo o agente financeiro adjudicado o bem. A carta de adjudicação foi expedida aos 30.10.2001 e registrada no Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona, consoante se vê às fls. 71.

Por sua vez, os apelantes ajuizaram a presente ação aos 03.05.2002, ou seja, cerca de seis meses depois da expedição da carta de arrematação. Portanto, a ação revisional é posterior à execução extrajudicial do contrato.

3. A adjudicação do bem pelo credor acarreta a extinção do contrato, mediante a quitação do saldo devedor. Disso resulta que a revisão das cláusulas contratuais não tem utilidade, pois se trata de contrato quitado, acabado e extinto, em razão de arrematação levada a efeito pelo valor do débito (saldo residual). Destarte, não subsiste o interesse dos apelantes em rever as cláusulas do contrato. Assim, resta caracterizada a carência da ação, por falta de interesse de agir dos suplicantes, ora apelantes. Precedentes do STJ.

4. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0602568-95.2000.8.06.0001, da Comarca de Fortaleza, em que são apelantes JURANDIR SEBASTIÃO FREIRE E MARIA GORETTI ARAÚJO FREIRE e apelada DOMUS CIA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO,

ACORDA a Turma Julgadora da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, em votação unânime, em conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste Acórdão.

Fortaleza, 16 de Março de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto por JURANDIR SEBASTIÃO FREIRE E MARIA GORETTI ARAÚJO FREIRE de sentença do Juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que extinguiu sem julgamento do mérito a ação Revisional de Contrato movida pelos apelantes em desfavor de DOMUS CIA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO.

Aduziram os Autores na peça exordial que aos 27.06.1986 celebraram com a promovida Contrato Particular de Compra e Venda com Subrogação de Dívida Hipotecária, através do Plano de Equivalência Salarial por Categoria – PES –, para aquisição do imóvel localizado na Rua 17, nº 1311, Conjunto Beira Rio, ficando acertado o pagamento de 360 prestações mensais no valor de Cz\$181,72, das quais já foram pagas 268, restando 92. Afirmaram que, devido às constantes mudanças da moeda nacional, o financiamento foi substancialmente modificado devido a juros capitalizados, correção monetária cumulada com juros de mora, multa de 10%, o que gerou locupletamento indevido. Alegam que já pagaram bem mais do que o valor de avaliação do imóvel (R\$20.000,00) e que, passados mais de 16 anos, ainda devem mais de R\$15.000,00. Requereram a revisão do contrato com o expurgo das cláusulas que consideram abusivas. A título de tutela antecipada requereram que a parte adversa seja impedida de praticar qualquer ato de execução do contrato ou qualquer medida administrativa ou judicial contra os autores.

Instruíram a exordial com os documentos de fls. 13/31.

Indeferida a liminar (fls. 32), foi procedida a citação da promovida, que apresentou a contestação de fls. 38/45, arguindo preliminar de carência de ação por falta de interesse processual, vez que o imóvel objeto do contrato não mais pertence

aos suplicantes, tendo sido adjudicado pela suplicada através de execução extrajudicial. No mérito, sustenta que o descumprimento do contrato se deu por culpa exclusiva dos autores, que deixaram de pagar as prestações desde abril de 2000 e que a possibilidade de execução extrajudicial do bem está prevista contratualmente, sendo esta uma prerrogativa do credor. Insurge-se contra o pedido de tutela antecipada sob o pálio de que faltam-lhe os requisitos ensejadores para sua concessão. Requereu a improcedência da ação. Juntaram os documentos de fls. 47/99.

Réplica às fls. 102/104.

Frustrada a tentativa de conciliação, sobreveio a sentença de fls. 148/151, através da qual o magistrado *a quo* extinguiu o feito sem resolução do mérito, acolhendo a preliminar de carência de ação por falta de interesse processual, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Inconformados com o *decisum*, os promovidos interpuseram a presente apelação (fls. 153/159), defendendo a possibilidade de revisão de contratos extintos e repisando as argumentações quanto à alegada abusividade contratual.

Contrarrazões às fls. 167/170.

Remetidos os autos a este Colendo Tribunal de Justiça, foram inicialmente distribuídos aos e. Desembargadores Francisco de Assis Filgueira Mendes (15.12.2008) e Francisco Suenon Bastos Mota (28.05.2010).

Colhido o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, esta não se manifestou sobre o mérito (fls. 191/195).

Por força da Portaria nº 154/2011, foram redistribuídos à minha relatoria, vindo-me conclusos em 1º.12.2011.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Conheço do recurso interposto, uma vez presentes seus requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Em sede de contestação, o banco requereu, preliminarmente, a extinção do processo sem julgamento do mérito, em face da carência de ação por perda do objeto, vez que o imóvel litigioso já foi levado a leilão extrajudicial, tendo sido rescindido e executado o contrato em comento.

A preliminar suscitada pela contestante foi acolhida pelo Juízo Planicial, que extinguiu o feito sem resolução do mérito por carência de ação – falta de interesse de agir.

O interesse de agir constitui condição da ação, cuja presença inafastável relaciona-se com a admissibilidade da prestação jurisdicional (arts. 3º e 267, inciso VI, do Código de Processo Civil).

Traduz-se pela análise da presença do binômio necessidade e utilidade

(adequação).

Dessa forma, possui interesse processual aquele que precisa da atuação jurisdicional para alcançar a tutela pretendida, diante da impossibilidade de composição amigável extrajudicial (necessidade) e, ainda, quando essa tutela revelar-se útil do ponto de vista prático, para fins de obtenção do direito material pretendido (utilidade).

Em outras palavras, há interesse de agir quando houver necessidade da prestação jurisdicional, invocada por um meio adequado, com vistas a atingir um resultado útil.

Nesse sentido é a doutrina de Luiz Rodrigues WAMBIER:

“O interesse processual está presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação (e, conseqüentemente, instaurar o processo) para alcançar o resultado que pretende, relativa à sua pretensão e, ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil sob o aspecto prático. Essa necessidade tanto pode decorrer de imposição legal (separação judicial, por ex.) quanto da negativa do réu em cumprir espontaneamente determinada obrigação ou permitir o alcance de determinado resultado (devedor que não paga o débito no vencimento).”

(WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. Vol. 1, 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 130)

No caso em análise, depreende-se dos documentos que instruem os autos que o bem imóvel hipotecado foi levado a leilão extrajudicial aos 18.07.2001, tendo o agente financeiro adjudicado o bem. A carta de adjudicação foi expedida aos 30.10.2001, na qual consta que integram os autos da execução os avisos enviados pela credora reclamando o pagamento e os editais do leilão, os quais foram publicados nos dias 12, 19 e 28 de junho de 2001, além de prova de quitação dos impostos e outros documentos (vide item 5 da carta de adjudicação às fls. 75). Referida carta de adjudicação foi registrada no Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona, consoante se vê às fls. 71.

Por sua vez, os apelantes ajuizaram a presente ação aos 03.05.2002, ou seja, cerca de seis meses depois da expedição da carta de arrematação. Portanto, a ação revisional é posterior à execução extrajudicial do contrato.

Assim, não cuidaram os apelantes de promover a ação revisional de cláusulas contratuais antes de efetivada a alienação do imóvel, com o depósito da quantia correspondente às prestações que se encontravam em atraso. De modo que a discussão de cláusulas contratuais depois de consumada a execução do imóvel é totalmente impertinente.

Neste sentido, cito julgado deste e. Tribunal de Justiça Alencarino:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. DESCABIMENTO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. MÚTUO. IMÓVEL JÁ LEVADO A LEILÃO EXTRAJUDICIAL. CARÊNCIA DE AÇÃO

POR PERDA DO OBJETO. PRELIMINAR ACOLHIDA. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA.

1. Quanto à preliminar suscitada, já se manifestou o colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “depois de consumada a alienação do imóvel através de procedimento regular, ainda que extrajudicial, é de fato, impertinente a discussão sobre o critério de reajuste das prestações da casa própria.” (RESP nº 46.050-6-RJ).

2. No caso em tela, o contrato de financiamento foi rescindido, com a arrematação do imóvel pelo credor, em face da inadimplência dos autores, restando configurada a carência de ação por perda do objeto, devendo o feito ser extinto, sem exame de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

3. Sucumbência invertida, mas com a ressalva de que essa condenação se faz nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50.

4. Recurso a que se dá provimento.

(Apelação 1566719200280600000; **Relator(a)**: CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES; **Órgão julgador**: 5ª Câmara Cível; **Data do julgamento**: 14/04/2010; **Data de registro**: 03/05/2010)

Na mesma esteira, julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

ACÇÃO REVISIONAL. DESCABIMENTO. NULIDADE DE ARREMATACÇÃO. DECRETO-LEI 70/66. IMPROCEDÊNCIA.

- De acordo com as manifestações do STF e do STJ, afigura-se constitucional e válida, no ordenamento jurídico, a execução extrajudicial, referida no artigo 29 do Decreto-lei 70/66. - Revela-se eficaz a alienação extrajudicial do imóvel hipotecado, se não demonstrada qualquer irregularidade quanto ao seu procedimento. - É juridicamente impossível o tardio pedido de revisão de valores das prestações relativas a contrato de financiamento para aquisição de imóvel, com garantia hipotecária, se elaborado após a alienação extrajudicial do respectivo bem, cabendo ao devedor, em casos tais, manifestar sua discordância antes do leilão.

(TJMG - 1ª Câmara Cível, Apelação nº 349.862-4, Relator; Des. Silas Vieira, publicado no DJ de 02.03.2002) (grifei)

Não se argumente que os apelantes não foram intimados acerca do leilão, vez que tal providência foi tomada, conforme atesta a própria carta de adjudicação.

A adjudicação do bem pelo credor acarreta a extinção do contrato, mediante a quitação do saldo devedor. Disso resulta que a revisão das cláusulas contratuais não tem utilidade, pois se trata de contrato quitado, acabado e extinto, em razão de arrematação levada a efeito pelo valor do débito (saldo residual).

Destarte, não subsiste o interesse dos apelantes em rever as cláusulas do contrato. Assim, resta caracterizada a carência da ação, por falta de interesse de agir dos suplicantes, ora apelantes.

É nesse sentido o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.014.925 - SC (2008/0025860-1)
RELATOR: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR.

DECISÃO. Vistos. Trata-se de agravo de instrumento manifestado pela Caixa Econômica Federal contra decisão que inadmitiu recurso especial, interposto apenas com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, que aponta dissídio jurisprudencial no tocante à inexistência de interesse de agir do mutuário de contrato habitacional em proceder à pretensão revisional mesmo após a extinção do contrato em face da execução extrajudicial. [...] Assiste razão à recorrente. Com efeito, o acórdão atacado encontra-se em confronto com a jurisprudência do STJ sobre o tema, no sentido de que inexistente interesse de agir do mutuário em propor ação de revisão de cláusulas contratuais de financiamento habitacional após a arrematação do imóvel pelo agente financeiro, em execução extrajudicial. Confira: “SFH. MÚTUO HABITACIONAL. INADIMPLÊNCIA. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. PROPOSITURA DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. I - Diante da inadimplência do mutuário, foi instaurado procedimento de execução extrajudicial com respaldo no Decreto-lei nº70/66, tendo sido este concluído com a adjudicação do bem imóvel objeto do contrato de financiamento. II - Propositura de ação pelos mutuários, posteriormente à referida adjudicação do imóvel, para discussão de cláusulas contratuais, com o intuito de ressarcirem-se de eventuais pagamentos a maior. III - Após a adjudicação do bem, com o consequente registro da carta de arrematação no Cartório de Registro de Imóveis, a relação obrigacional decorrente do contrato de mútuo habitacional extingue-se com a transferência do bem, donde se conclui que não há interesse em se propor ação de revisão de cláusulas contratuais, restando superadas todas as discussões a esse respeito. IV - Ademais, o Decreto-lei nº 70/66 prevê em seu art. 32, § 3º, que, se apurado na hasta pública valor superior ao montante devido, a diferença final será entregue ao devedor. V - Recurso especial provido.”(1ª Turma, REsp nº 886.150/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 17.05.2007) [...] Neste mesmo sentido: REsp 1.082.738/SC , Rel. Min. convocado Carlos Mathias, DJ 13.03.2009, REsp n. 1.077.317/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ 03.02.2009; REsp 993.454/PE, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 04.12.2007; REsp 997.743/DF, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 27.11.2007; REsp 49.771/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25.06.2001. Ante o exposto, nos termos do art. 544, § 3º, do CPC, conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial para determinar a extinção do feito sem julgamento de mérito, em razão da ausência de interesse de agir. Custas e honorários advocatícios pelos agravados, estes em 10% sobre o valor dado à causa. Publique-se. Brasília (DF), 17 de março de 2009. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR - Relator . (grifei)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.099.767 - PR (2008/0242590-1) RELATOR:
MINISTRO MASSAMI UYEDA [...] RECURSO ESPECIAL - MÚTUO
HABITACIONAL - SFH - INADIMPLÊNCIA DOS MUTUÁRIOS
- EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL
- CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO EXTINTO -
PROPOSITURA DE AÇÃO REVISIONAL - FALTA DE INTERESSE

DE AGIR - RECURSO PROVIDO. DECISÃO [...] Bem de ver, quanto à carência da ação, que a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que inexistente interesse de agir do mutuário em propor ação de revisão de cláusulas contratuais de financiamento habitacional após a arrematação do imóvel pelo agente financeiro, em execução extrajudicial. [...] Assim, amparado no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dá-se provimento ao recurso especial, para extinguir o processo sem julgamento do mérito por falta de interesse processual (267, VI, CPC). Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2009. MINISTRO MASSAMI UYEDA Relator.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REVISÃO. INTERESSE DE AGIR. SFH. ADJUDICAÇÃO.

1. A orientação firmada no STJ para casos assemelhados está consolidada no sentido de que inexistente interesse de agir dos mutuários na discussão judicial de cláusulas de contrato de financiamento vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação após a adjudicação do imóvel em execução extrajudicial.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Resp 1069460/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 08/06/2009)

RECURSO ESPECIAL. MÚTUO. SFH. REVISÃO DE CONTRATO. INTERESSE DE AGIR APÓS ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL EM EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL.

1. Em casos análogos, o STJ consolidou-se no sentido de que inexistente interesse de agir dos mutuários na discussão judicial de cláusulas de contrato de financiamento vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação após a adjudicação do imóvel em execução extrajudicial.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ - REsp n.º 1.082.738/SC - Rel. Min. CARLOS FERNANDO MATHIAS - Monocrática - J. 13/03/2009).

Face ao exposto, conheço do apelo, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença hostilizada.

É como voto.

Fortaleza, 16 de Março de 2012.

Nº PROCESSO: 0616942-19.2000.8.06.0001
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: FRANCISCO ELIÉZIO ALVES
APELADOS: JOSÉ VILAMAR PORTELA E OUTROS
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ007

EMENTA: DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO. APELANTE CONFERE EM PROCURAÇÃO PÚBLICA PODERES À FILHA PARA ALIENAR IMÓVEL. SUBSTABELECIMENTO DAS PRERROGATIVAS A TERCEIRO. ALIENAÇÃO DO BEM. PROCURAÇÃO PÚBLICA E SUBSTABELECIMENTO VÁLIDOS. PREENCHIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS. ERRO DE VONTADE POR SIMULAÇÃO OU FRAUDE NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE PROVAS APTAS À ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DO TERCEIRO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. APELAÇÃO CONHECIDA, PORÉM IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Inexistindo elementos capazes de comprovar a simulação de negócio jurídico, deve o contrato ser considerado válido. Meras alegações não são suficientes para anular a compra.
2. Somente se pode declarar a nulidade de um instrumento público de procuração se houver prova cabal apta à formação de um verdadeiro juízo de convencimento, o que não é o caso dos autos. (Precedentes deste Tribunal: AP 154273200680600751 - Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES - 1ª Câmara Cível - Data de registro: 01/10/2010; AP 108424200480601731 - Relator(a): JUCID PEIXOTO DO AMARAL - 6ª Câmara Cível - Data de registro: 18/10/2010)
3. Recurso conhecido, porém improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0616942-

19.2000.8.06.0001, em que figuram como apelante FRANCISCO ELIÉZIO ALVES e, como apelados JOSÉ VILAMAR PORTELA E OUTROS. ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível interposta por Francisco Eliézio Alves, com o objetivo de reformar a r. sentença prolatada, que julgou improcedente o pleito autoral objeto da Ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico, ajuizada em face de José Vilamar Portela e Outros. Na exordial de fls. 02/08, o requerente pleiteia a anulação de escritura pública, na qual transferiu a titularidade do imóvel que possui para sua filha, que é uma dos promovidos, alegando erro de vontade por simulação e fraude.

Na sentença de fls. 158/162, o juízo julgou improcedente a ação, com o fundamento de que a procuração outorgada pelo autor à sua filha fora lavrada perante o Tabelião do 9º Ofício de Notas, sendo dotada de fé pública. Além disso, não restou comprovada ou evidenciada qualquer hipótese legal para anulação do negócio jurídico celebrado entre as partes, já que tanto a procuração pública quanto a escritura de transferência do imóvel preencheram todos os requisitos preceituados em lei.

Irresignado com a decisão, o autor interpôs recurso de apelação às fls. 163/178, alegando que o negócio jurídico celebrado ocorreu sob o vício da simulação, do que decorre sua nulidade. Ademais, sustenta que, mesmo válido o negócio, este restou inacabado, já que não fora pago o valor integral do imóvel em questão.

Contrarrazões às fls. 180/192.

Direitos individuais disponíveis dispensam intervenção Ministerial.

Redistribuição dos autos pela Portaria nº 154/2011 às fls. 198.

É o breve relatório.

Fortaleza, 8 de outubro de 2012.

VOTO

Antes de qualquer iniciativa, recebo o presente recurso, por estarem presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

No presente caso, o autor, inconformado com a decisão de 1º grau, que julgou improcedente o pleito autoral, interpôs recurso de apelação, com o objetivo de reformar a sentença exarada. No entanto, admito que nenhum reparo merece o referido *decisum*, pois a juíza utilizou todos os fundamentos jurídicos corretos e necessários à resolução da lide, pelo que passará a ser expendido.

Primeiramente, o apelante suplica pela aplicação dos efeitos da revelia a uma das apeladas, qual seja Antônia de Fátima Cosmo Bertins, também filha do

apelante, já que esta deixou de apresentar contestação. Além disso, o apelante afirma que a douta magistrada deixou de explorar e sopesar essa questão quando prolatou a sentença. Essa alegação, porém, não merece qualquer atenção, tendo em vista que a juíza *a quo* manifestou-se às fls. 82 acerca dessa revelia, utilizando como fundamento o artigo 320, I do CPC, o qual desautoriza a aplicação dos efeitos da revelia, quando houver pluralidade de réus, em que pelo menos um deles haja se manifestado, o que ocorreu no presente caso. Com base nisso, portanto, tenho que foi acertado o posicionamento da magistrada.

Já o cerne da questão gira em torno de ser nulo ou não o ato jurídico que transferiu a propriedade do imóvel em litígio, que era de domínio do apelante e passou para os então apelados.

Pelo que se depreende dos autos, o autor, juntamente com a cônjuge, assinou procuração pública no dia 17 de janeiro de 2000, conforme fls. 11 e 11v., conferindo poderes à filha, para que esta pudesse prometer vender ou alienar o r. imóvel, podendo, ainda, substabelecer, com ou sem reserva de iguais poderes.

Conforme os poderes que a ela foram conferidos, a filha do apelante então substabeleceu tais prerrogativas a um terceiro de nome José Caubi Portela, que é irmão de um dos apelados, pelo que se extrai do conteúdo do instrumento público que repousa às fls. 12 e 12v., lavrada no Cartório Ossian Araripe no dia 21 de janeiro de 2000.

Após tal substabelecimento, o outorgado pela filha do apelante, de acordo com os poderes que recebeu desta, vendeu o imóvel que pertencia ao apelante e à sua esposa, transferindo a titularidade do r. bem aos então apelados. Assim, com a escritura pública de compra e venda do imóvel em litígio, os apelados adquiriram a propriedade desse bem a partir do dia 23 de maio de 2000. A partir disso, então, os requeridos passaram a usar, gozar e dispor do bem como lhes é de direito, haja vista possuírem a titularidade do domínio.

Detentores da propriedade, os apelantes firmaram então contrato de locação com o genro do apelante, sendo este último fiador daquele na referida relação contratual.

Vale ressaltar que os requeridos juntaram cópia do contrato de locação pactuado com o genro do apelante, que repousa às fls. 40/43 dos autos, constando para tanto as assinaturas do apelante como fiador, de sua esposa e de duas testemunhas.

Importante esclarecer que os apelados, em contestação às fls. 25/36, ainda argumentam que o apelante utilizou-se da presente ação na tentativa de se esquivar do ônus de fiador, tendo em vista que, quando da propositura da ação, havia diversas prestações locatícias em atraso. Para comprovar tal afirmação, juntaram inclusive alguns cheques devolvidos por falta de provisão de fundos, todos emitidos pelo apelante.

Hei por bem acolher totalmente a argumentação apresentada pela douta magistrada, que entendeu não haver qualquer erro de vontade por simulação ou fraude no ato de transferência do imóvel em litígio.

Isso porque o contrato de compra e venda celebrado entre as partes foi totalmente legítimo e perfeito, pois atendeu aos requisitos de validade dos negócios

jurídicos estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro. Vejamos o que dispõe o artigo 104 do Código Civil de 2002:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I - agente capaz;
- II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Além disso, o artigo 166 do CC estabelece ainda os casos em que esse negócio jurídico será nulo:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;
- V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Assim, pelo que se extrai dos artigos acima e pelas provas constantes nos autos, percebe-se que a compra e venda do imóvel em questão revestiu-se de todos os requisitos formais necessários e sem qualquer indício de vícios que pudessem causar a nulidade do referido negócio.

Ao contrário, pelas próprias declarações do apelante, pelos depoimentos das testemunhas e outras provas apresentadas, evidencia-se que o autor da ação tinha total conhecimento da venda aos apelados do imóvel que possuía. E mais, pelo que parece, realmente assiste razão aos requeridos, quando, na contestação às fls. 25/36, afirmam que o objetivo do autor era o de se esquivar do ônus que recaiu sobre ele como fiador do genro, já que este estava em mora por dever alguns meses de aluguéis.

Ora, como pode o apelante alegar desconhecer o locatário do referido imóvel, qual seja o sr. Carlos Augusto Santana de Sousa, que é companheiro de sua filha, se assinou o contrato de locação como fiador deste e, ainda por cima, efetuou o pagamento de vários aluguéis, emitindo um cheque seu, que foi juntado pelos apelados às fls. 59.

É de se estranhar que um pai seja enganado pela própria filha, com a qual sempre manteve um bom relacionamento, segundo as afirmações do próprio apelante, nas declarações que prestou em juízo. Tudo isso se depreende do depoimento prestado em juízo pelo autor, constante às fls. 88:

“[...] que é pai de Antônia de Fátima; que outorgou procuração pública para a filha; [...] que Fátima vendeu o imóvel por R\$ 5.000,00; [...] que confiava muito em sua filha; [...] que não conhece Carlos Augusto Santana de Sousa [...]”

É admirável também a atitude do apelante que se declarou semi-analfabeto na exordial, sabendo assinar apenas seu nome, e emitiu um cheque sem saber a destinação deste. Além disso, afirma em juízo que não leu os poderes que concedeu à filha porque não enxerga. Ora, na verdade, já que se declarou semi-analfabeto, o motivo pelo qual teoricamente não leu o conteúdo da procuração é exatamente porque não sabia ler e não porque não enxergava, o que mostra a total contradição dos argumentos.

É imperioso destacar outras contradições que o apelante comete em alguns momentos do processo. Primeiramente, afirma na inicial às fls. 03 que compareceu juntamente com sua esposa no dia 17/01/2000 no cartório do 9º Ofício, onde outorgou a referida procuração pública para a filha. Já em seu depoimento em juízo, diz que não é de seu conhecimento que sua mulher tenha comparecido ao cartório. Pelo que se percebe, o autor, claramente, se contradiz em suas afirmações.

Assim, pelo que se depreende dos autos, o ato jurídico de transferência dessa propriedade foi totalmente legítimo e perfeito, sem eiva de qualquer vício ou maculado pela simulação ou erro de vontade. Pelo contrário, percebe-se que o autor estava ciente da alienação do imóvel e também da posterior locação deste, tanto é que assinou como fiador do genro.

Isso porque a procuração outorgada pelo autor fora lavrada perante o Tabelião do 9º Ofício de Notas, sendo, assim, completamente dotada de fé pública, o que nos cabe reconhecer a veracidade deste documento. Ademais, como bem pontuou a douta magistrada prolatora da sentença, não há prova ou qualquer evidência nos autos de alguma hipótese legal apta a anular o negócio jurídico entre as partes, uma vez que tanto a procuração outorgada à filha do autor quanto a escritura pública de transferência do imóvel em litígio revestiram-se de todos os requisitos preceituados em lei.

Por outro lado, há de se preservar também o interesse do terceiro de boa-fé, que adquiriu o referido imóvel, sem, no entanto, ter conhecimento de qualquer desavença que pudesse existir entre a filha outorgada do apelante e este, levando-a a simular um negócio jurídico apenas com o intuito de prejudicar o próprio pai.

Nesta linha, portanto, não há que se falar em anulação do referido negócio jurídico. Primeiro porque este e todos os atos que o antecederam, como dito anteriormente, respeitaram os requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo e tão importante quanto, porque há de se preservar a vontade do terceiro adquirente de boa-fé, no caso aqui os apelados, que compraram o imóvel em litígio de forma legítima.

A jurisprudência está sedimentada no sentido de entender que somente se pode declarar a nulidade de um instrumento público de procuração se houver prova

cabal apta à formação de um verdadeiro juízo de convencimento, o que não é o caso dos autos, pelo que já foi exposto. Assim, inexistindo elementos capazes de comprovar a simulação de negócio jurídico, deve ser o mesmo considerado válido.

Colacionam-se alguns julgados nesse sentido:

DIREITO CIVIL - MANDATO - DECLARATÓRIA - ANULAÇÃO DE PROCURAÇÃO - VÍCIO DE VONTADE - AÇÃO IMPROCEDENTE - RECURSO IMPROVIDO. Para se declarar a nulidade de um instrumento público de procuração a prova tem que ser cabal para a formação de um seguro juízo de convencimento. As provas constantes dos autos não foram suficientes para ensejar a anulabilidade do ato.

(9101954242009826 SP 9101954-24.2009.8.26.0000, Relator: Clóvis Castelo, Data de Julgamento: 09/05/2011, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/05/2011)

AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA Preliminar de nulidade afastada Mérito - Não configuração de vícios a macular os negócios jurídicos. Falta de prova Inadmissível a presunção dos vícios alegados. Recurso não provido.

(1129322920038260000 SP 0112932-29.2003.8.26.0000, Relator: Luís Francisco Aguilar Cortez, Data de Julgamento: 29/11/2011, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/11/2011)

Em consonância com esta decisão, assim tem se manifestado este Egrégio Tribunal:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO DE COMPRA E VENDA. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. ÔNUS DA PROVA. PARTE AUTORA. NÃO COMPROVAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O contrato de promessa de compra e venda e a escritura pública de cessão de direitos de posse acostados aos autos, em conformidade com os requisitos legais, detêm presunção *juris tantum* de validade.

2. Assim, para anular a referida documentação e, em consequência o negócio jurídico nela consubstanciado, seria necessária a demonstração cabal, pela parte autora, da ocorrência do vício de consentimento por ela alegado, de acordo com o disposto no art.333,I do CPC, o que não ocorreu no caso.

3. Recurso conhecido, porém desprovido.

(TJCE - AP 154273200680600751 - **Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES - Órgão julgador: 1ª Câmara Cível - Data de registro: 01/10/2010**)

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO. ALEGATIVA DE SIMULAÇÃO. INEXISTÊNCIA. FRAUDE CONTRA CREDOR. INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO DE INSOLVÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Inexistindo elementos capazes de comprovar a simulação de negócio

jurídico, deve ser o mesmo considerado válido.

2. Tem-se configurada a simulação do negócio jurídico quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem. O vício negocial se configura quando nos negócios contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira. Inteligência dos incisos I a III do parágrafo 1º do art. 167 do Código Civil.

3. No presente caso, o acordo celebrado e levado à homologação judicial contemplou às pessoas dos acionados, resolvendo à época, acerca da partilha de bens por eles amealhados, não tendo havido participação de terceiros que pudesse dar um resultado diferente do pretendido pelos participantes do pacto.

4. Em relação a existência de declaração, confissão, cláusula ou condição falsa, vê-se que as partes se propuseram em realizar acordo a respeito da divisão dos bens, por ocasião da extinção de relação união estável entre o casal. O objetivo do pacto foi alcançado, tendo havido concordância entre as partes a respeito da partilha de bens. Sendo, ausente, portanto, qualquer vício naquele negócio realizado.

5. Não estando o primeiro demandado em estado de insolvência e, ainda, quando da realização do acordo que se pretende anular, possuindo o demandado bens suficientes para solver a dívida outrora existente, não há que se falar em fraude contra credores.

6. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.

(TJCE - AP 108424200480601731 - **Relator(a):** JUCID PEIXOTO DO AMARAL - **Órgão julgador:** 6ª Câmara Cível - **Data de registro:** 18/10/2010)

Desta feita, impõe-se a manutenção da sentença recorrida, por faltarem provas necessárias à anulação do referido negócio jurídico e por ter este se revestido de todos os requisitos legais.

Ante aos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, CONHEÇO da apelação cível interposta, para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a sentença vergastada.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 08 de outubro de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0006198-25.2010.8.06.0175 DE TRAIRI

APELANTE: VRG LINHAS AÉREAS S/A

APELADO: RONDINELLE PEREIRA DE FREITAS

RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRESA DE TRANSPORTE AÉREO. PASSAGENS NÃO COMPRADAS PELO APELADO. BILHETES ADQUIRIDOS POR TERCEIRO (FALSÁRIO). AUSÊNCIA DAS CAUTELAS NECESSÁRIAS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA APELANTE. DANO MORAL CARACTERIZADO. REDUÇÃO DO QUANTUM REPARATÓRIO. REFORMA, DE OFÍCIO, DA PARTE DA SENTENÇA QUE TRATOU SOBRE O INÍCIO DA CORREÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A responsabilidade da Apelante é objetiva (art. 14, *caput*, do CDC), de modo que somente será afastada quando não se fizerem presentes o dano e onexo causal. Na espécie, o nexode causalidade é evidente, visto que, em razão da conduta negligente da Recorrente, o Apelado teve o seu nome indevidamente inserido em rol de inadimplentes, não merecendo guarida o argumento da Apelante de que não agiu com culpa, porquanto esta reside justamente na falta de cautela quanto à utilização dos dados pessoais do Recorrido, permitindo, assim, que o seu nome, em razão de débito a que ele não deu causa, fosse irregularmente lançado em órgão restritivo de crédito.

2. É firme o entendimento do STJ no sentido de que a simples inclusão indevida nos órgãos de proteção ao crédito gera dano moral, devendo o Apelado, portanto, ser indenizado pelos danos morais experimentados, pois teve o seu nome indevidamente

inserido em lista de maus pagadores, ajustando-se à espécie o art. 186 do Código Civil.

3. O valor da indenização por danos morais deve ser estipulado com razoabilidade, observadas as características do caso concreto, devendo ser reduzido de R\$ 94.685,00 (noventa e quatro mil seiscientos e oitenta e cinco reais) para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), *quantum* que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

4. Reforma, de ofício, da parte da sentença que tratou sobre o início da correção monetária do valor da indenização por danos morais, devendo ser observada, para esse fim, a Súmula 362 do STJ, *in verbis*: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”.

5. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em dar parcial provimento à Apelação e reformar, de ofício, a parte da sentença que tratou sobre o início da correção monetária do valor da indenização por danos morais, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 8 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por VRG Linhas Aéreas S/A, adversando a sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Trairi que, nos autos de ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais com pedido de antecipação de tutela, proposta em seu desfavor por Rondinelle Pereira de Freitas, julgou procedente o pedido.

Na peça exordial (f. 03-17), o Autor alega que, no mês de março de 2010, foi informado, por meio de ligação telefônica da sua agência do Banco do Brasil, de que o seu nome estava inscrito na SERASA, tendo ficado surpreso com a notícia, vez que não havia razão para tanto.

Sustenta o Requerente, demais disso, que, alguns dias após receber o mencionado telefonema do Banco do Brasil e sem se lembrar da informação que lhe fora dada, tentou fazer compra na Loja Jacaúna, por meio de cheque, não havendo, contudo,

logrado êxito, porquanto o estabelecimento recusou o referido título de crédito, sob o argumento de que o nome do Promovente figurava na SERASA.

Afirma o Demandante, ainda, que, objetivando esclarecer a situação, foi à SERASA e descobriu que o seu nome foi negativado pela Demandada, em decorrência de transações realizadas em nome dele no período de 10.02.2007 a 10.10.2008, em valor correspondente a R\$ 4.734,27 (quatro mil setecentos e trinta e quatro reais e vinte e sete centavos), o que lhe causou espanto, eis que nunca havia feito qualquer tipo de negócio com a Promovida.

Argumentando que a indevida inclusão do seu nome na SERASA causou-lhe danos morais, requereu o Autor que, em sede de tutela antecipada, fosse ordenada a imediata retirada do seu nome da citada lista de inadimplentes, postulando, ademais, que, por sentença, fossem declarados inexistentes os débitos em tela e fosse a Requerida condenada ao pagamento, em seu favor, de indenização em montante equivalente a, pelo menos, R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

O Juiz *a quo* deferiu o pleito antecipatório, determinando que o nome do Requerente fosse retirado do aludido rol de maus pagadores, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) e *astreinte* de R\$ 500,00 (quinhentos reais), a contar do segundo dia (f. 33-34).

Sentenciando o feito (f. 80-88), o Magistrado de 1º Grau julgou procedente o pedido, ratificando a liminar concedida, declarando a inexistência dos débitos em discussão e condenando a Promovida a pagar ao Promovente a quantia de R\$ 94.685,00 (noventa e quatro mil seiscentos e oitenta e cinco reais), a título de indenização por danos morais, com correção monetária pelo INPC e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, desde a data do primeiro evento danoso, havendo os honorários advocatícios sido arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Embargos de declaração, através dos quais o Demandante alegou que havia omissão na sentença, pois, no seu modo de entender, o *decisum* não observou, quando deveria ter observado, a Súmula 362 do STJ (que estabelece o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais como sendo a data do arbitramento), foram rejeitados pelo Juiz *a quo*, que, inclusive, aplicou a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, por entender que os aclaratórios eram manifestamente protelatórios (f. 92-93 e f. 95-96).

Em suas razões recursais (f. 99-110), a Apelante aduz, em sinopse, que:

a) as passagens aéreas foram adquiridas por estelionatário, o qual utilizou indevidamente o nome do Apelado, estando afastada, em virtude da ação fraudulenta de terceiro, a sua responsabilidade;

b) não praticou qualquer ato ilícito, vez que a negativação do nome do Recorrido foi motivada por sua inadimplência, o que enseja a improcedência do pleito de indenização por danos morais;

c) ainda que se entenda pela sua condenação, deve ser reduzido o exorbitante *quantum* indenizatório de R\$ 94.685,00 (noventa e quatro mil seiscentos e

oitenta e cinco reais), fixado pelo Juiz de 1º Grau.

Pugna, enfim, a Recorrente pelo provimento do recurso, com a consequente reforma da sentença impugnada, de sorte que seja julgado improcedente o pedido inaugural ou que seja reduzido o montante reparatório.

Em suas contrarrazões (f. 120-127), o Apelado requer o improvimento do apelo, mantendo-se integralmente a sentença atacada.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso merece apenas parcial provimento, ao tempo em que deve ser reformada, de ofício, a parte da sentença que tratou sobre o início da correção monetária do valor da indenização por danos morais.

Verifico que, a despeito de nunca haver adquirido passagens aéreas da Apelante, o Apelado teve o seu nome indevidamente inscrito na SERASA, por meio de 21 (vinte e um) lançamentos (f. 21), atingindo a suposta dívida a cifra de R\$ 4.734,27 (quatro mil setecentos e trinta e quatro reais e vinte e sete centavos).

Sustenta a Recorrente que a sua responsabilidade deve ser afastada, porquanto terceiro de má-fé, utilizando indevidamente o nome do Recorrido, comprou os bilhetes aéreos.

A alegação não merece guarida, vez que a Apelante deve assumir o risco do negócio e tomar todos os cuidados necessários no sentido de evitar fraudes, não podendo a responsabilidade ser transferida para os que são vítimas de ilicitudes.

Assim sendo, embora a Recorrente alegue a ausência de qualquer ilícito por ela praticado, o certo é que ela foi negligente, não impedindo que outrem, no caso o falsário, adquirisse passagens aéreas usando fraudulentamente o nome do Apelado, agindo, dessa forma, com culpa.

De mais a mais, aplica-se à hipótese dos autos o art. 14, *caput*, do CDC¹, na medida em que a Apelante responde, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

Desse modo, a responsabilidade da Recorrente é objetiva, de tal sorte que somente será afastada quando não se fizerem presentes o dano e o nexo causal.

Na espécie, o nexo de causalidade é evidente, visto que, em razão da conduta negligente da Apelante, o Apelado teve o seu nome indevidamente inserido em rol de inadimplentes, não sendo demais reafirmar que improcede a assertiva da Recorrente de que não agiu com culpa, pois esta reside justamente na falta de cautela quanto à utilização dos dados pessoais do Recorrido, permitindo, assim, que o seu

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

nome, em razão de débito a que ele não deu causa, fosse irregularmente lançado em órgão restritivo de crédito.

Dessa forma, deve o Recorrido ser indenizado pelos danos morais experimentados, vez que teve o seu nome indevidamente inserido em lista de maus pagadores, ajustando-se à espécie o art. 186 do Código Civil¹.

Ressalto que é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a mera inclusão indevida nas listas de inadimplentes gera dano moral, consoante demonstram os seguintes arestos:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA DEVEDORA EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL PRESUMIDO. PRECEDENTES. [...] 1.- Esta Corte já firmou entendimento que nos casos de inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*. [...]

(STJ, AgRg no AREsp 171538/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 28.06.2012)

[...] INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO *IN RE IPSA*. [...] 3. Em casos como o dos autos, no qual se discute a comprovação do dano moral em virtude da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o dano moral se configura *in re ipsa*, ou seja, prescinde de prova do dano moral, que é satisfeita com a demonstração da existência de inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes. [...]

(STJ, AgRg no AREsp 42294/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, DJe 25.04.2012).

[...] PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. DANO *IN RE IPSA*, AINDA QUE SOFRIDO POR PESSOA JURÍDICA. [...] 1. Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral configura-se *in re ipsa*, prescindindo de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica. [...]

(STJ, AgRg no Ag 1261225/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 15.08.2011)

[...] INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. INDENIZAÇÃO. [...] 2. O STJ já firmou entendimento que “nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica” (REsp 1059663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 17/12/2008). [...]

(STJ, AgRg no REsp 1186167/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 21.06.2011)

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

[...] RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANOS MORAIS. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. [...] 1. Nos casos de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova. Precedentes. [...] (STJ, AgRg no Ag 1149294/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 18.05.2011)

[...] DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. CARACTERIZAÇÃO *IN RE IPSA* DOS DANOS. [...] 2. Consoante entendimento consolidado desta Corte Superior, nos casos de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes, os danos caracterizam-se *in re ipsa*, isto é, são presumidos, prescindem de prova (Precedente: REsp n.º 1059663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 17/12/2008). [...] (STJ, AgRg no Ag 1152175/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), 3ª Turma, DJe 11.05.2011)

Assim, postas as premissas na avaliação pecuniária do dano moral ainda é objeto de acaloradas discussões doutrinárias, uma vez inexistir dispositivos legais que estabeleçam critérios objetivos, em razão da sua própria natureza, que, por definição, independe de qualquer vinculação com prejuízo material.

Dessa forma, cabe ao julgador, ao seu prudente arbítrio, guardadas as peculiaridades de cada caso, fixar valor suficiente à reparação do dano, mas que, ao mesmo tempo, não se constitua em instrumento de enriquecimento indevido do ofendido. A indenização deve guardar proporcionalidade entre o sofrimento suportado e as condições econômicas do ofensor e da vítima.

Nessa diretriz, orienta-se a doutrina, com eco na jurisprudência:

“A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento ilícito, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.

(Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990, n. 49, p. 67)

“O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir”.

(REsp 734.303/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2005, DJ 15/08/2005 p. 290)

Nesse contexto, o Juiz *a quo* fixou valor mais elevado do que aquele que se mostra apropriado, devendo o montante ser reduzido para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), *quantum* que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

Para ilustrar, trago à baila recentes julgados do STJ, nos quais aquela Corte entendeu que é justa e adequada, não escapando à razoabilidade, a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixada a título de indenização por danos morais, em casos de inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito:

[...] DANO MORAL. INSCRIÇÃO E MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME DA RECORRIDA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. REVISÃO QUE SE ADMITE TÃO SOMENTE NOS CASOS EM QUE O VALOR SE APRESENTAR IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. PRECEDENTES. [...] 1. O entendimento deste Sodalício é pacífico no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso, em que a verba indenizatória, decorrente de indevida inscrição e manutenção do nome da recorrida em cadastro de inadimplentes, foi fixada no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). [...]

(STJ, AgRg no REsp 810585/RS, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 02.08.2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. [...] 1. Segundo os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, não se revela desproporcional a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) fixadas a título de reparação por dano moral em virtude dos danos sofridos pela inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito. [...]

(STJ, AgRg no REsp 1229840/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 01.08.2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REVISÃO DO JULGADO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA STJ/7. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. [...] 3.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, em razão de falha na prestação de serviço bancário, que resultou em inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, foi fixado o valor de indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devido pelo ora Agravante ao autor, a título de danos morais. [...]

(STJ, AgRg no AREsp 150105/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 09.05.2012)

Não tendo o Magistrado *a quo* tratado adequadamente sobre o início da

correção monetária do valor da indenização por danos morais, reformo, de ofício, essa parte da sentença.

A correção monetária do montante reparatório por danos morais deve observar a Súmula 362 do STJ, segundo a qual “a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”, devendo a correção monetária ocorrer, portanto, a partir da prolação do presente acórdão.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe parcial provimento, apenas para reduzir o *quantum* indenizatório por danos morais de R\$ 94.685,00 (noventa e quatro mil seiscientos e oitenta e cinco reais) para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e, de ofício, reformo a sentença combatida para estabelecer o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais como sendo a data do arbitramento, neste Tribunal, nos termos da Súmula 362 do STJ, mantendo, no mais, o *decisum* impugnado.

Fortaleza, 8 de abril de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0631267-96.2000.8.06.0001

APELANTE: TANIA MARIA OLIVEIRA DOS SANTOS

APELADO: ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DES. VÁLDSSEN DA SILVA ALVES PEREIRA

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EQUIPARAÇÃO DE PENSÃO INSTITUÍDA POR POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO “A BEM DA DISCIPLINA” AOS VALORES A QUE ESTE FARIA JUS SE EM ATIVIDADE ESTIVESSE. LEI ESTADUAL Nº 10.972/84. PREVISÃO DE PENSÃO PROPORCIONAL A MILITARES EXPULSOS A BEM DA DISCIPLINA, DESDE QUE COMPLETADOS 10 (DEZ) ANOS DE EFETIVO EXERCÍCIO. PENSÃO CONCEDIDA NA MODALIDADE PROPORCIONAL. HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA RAZOABILIDADE, MORALIDADE E ISONOMIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE.

1. A pensão devida aos dependentes do militar excluído “a bem da disciplina” não pode ser igual à que se concede aos dependentes de servidor falecido, haja vista a incompatibilidade da natureza da inativação, à qual, no último caso, não se deu causa;
2. Previsão legal de pensionamento proporcional aos dependentes de militar que haja sido expulso da corporação “a bem da disciplina” com pelo menos dez (10) anos de efetivo exercício;
3. Acolher o pleito autoral consistiria em estímulo à falta de zelo no exercício laboral, bem como à prática reiterada de infrações, por parte do servidor militar, premiando-o por seu mau comportamento, ao garantir aos dependentes deste a livre e isenta percepção de benefício equivalente ao recebido por familiares de servidores involuntariamente acometidos por óbito. Recurso de Apelação conhecido e parcialmente provido. Sentença reformada em parte.

ACÓRDÃO

ACORDA a Oitava Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso de Apelação Cível, para DAR-LHE PARCIAL PROMOVIÇÃO, a fim de reformar a sentença combatida, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta em face de sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por TANIA MARIA OLIVEIRA DOS SANTOS contra ato ilegal e abusivo do COMANDANTE GERAL DA POLÍCIA MILITAR DO CEARÁ.

Na decisão combatida, o MM. Juiz *a quo* denegou a segurança requestada, por entender não se vislumbrar qualquer ofensa a direito líquido e certo, afigurando-se indetectável qualquer abuso de poder ou de autoridade, posto não poderia o Estado do Ceará pagar à pensionista a totalidade dos vencimentos que o servidor receberia na ativa.

Alega a impetrante, na inicial de fls. 02/13, que é beneficiária de montepio deixado pelo instituidor de seu benefício, Ex-Soldado Policial Militar, Sr. Hildebrando Martins dos Santos, de quem era dependente, e que referido benefício previdenciário teve seu valor bruscamente reduzido. Aduz haver ofensa à CF de 1988, *ex-vi* do art. 40, §7º, posto que o valor do benefício deveria corresponder à totalidade dos proventos daquele militar, se estivesse na ativa. Requer, liminarmente o pagamento da pensão em seu valor integral, para ao fim, pugnar pela procedência da ação, tornando definitiva a liminar, para reconhecer o seu direito líquido e certo.

Junto à inicial, acostou os documentos de fls. 14/45.

Devidamente notificada, a autoridade apontada coatora apresentou as informações pertinentes, às fls. 49/51, alegando que a pensão a que faz jus a parte autora foi instituída devido à exclusão do militar “a bem da disciplina”, e não devido ao evento morte, sendo inaplicáveis os dispositivos constitucionais invocados pela impetrante.

Declinou, o MM. Juiz *a quo*, da competência em favor do Egrégio Tribunal de Justiça, determinando a remessa dos autos à Instância Superior, em despacho de fls. 53/54, face às disposições insertas no art. 108, VII, “b” e “c” da Constituição Estadual, com a redação que lhe foi emprestada pela EC nº 33/97 e, por conseguinte, a do parágrafo único do art. 34 da Lei Estadual nº 13.297, de 07/03/2003.

Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, de fls. 69/83, arguindo a inconstitucionalidade das expressões consubstanciadas nos dispositivos legais ali invocados, e por consequência, a incompetência do Egrégio Tribunal de Justiça para o conhecimento e julgamento da ação mandamental.

Informações, pela autoridade impetrada, reiteradas às fls. 85/94.

Esta Corte de Justiça, em sua composição plenária, declarou à unanimidade e em caráter *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade das expressões referidas alinhadas, para determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, consoante certidão de fls. 101, e Acórdão de fls. 102/105.

Em despacho de fls. 109, o MM. Juiz de piso acolheu a competência para o julgamento do *writ*.

O representante do Ministério Público, em parecer acostado às fls. 110/112, emitiu manifestação de mérito, pela denegação da segurança.

O MM. Juiz de primeiro grau sentenciou, às fls. 114 *usque* 121, denegando a segurança requestada, por entender não se vislumbrar qualquer ofensa a direito líquido e certo, afigurando-se indetectável qualquer abuso de poder ou de autoridade, posto não poderia o Estado do Ceará pagar à pensionista a totalidade dos vencimentos que o servidor receberia na ativa

Apelação, pela impetrante, constante de fls. 123/155, alegando, em suma, que o benefício que lhe vem sendo pago encontra alicerce no art. 15, da Lei nº 10972/84, embora equiparado implicitamente, tendo em vista a exclusão do instituidor da pensão “a bem da disciplina”.

Contrarrazões às fls. 157/166.

Remetidos os autos a esta Instância Superior, foram os mesmos distribuídos à Eminente Desembargadora Maria Celeste Thomaz de Aragão, em 14/03/2007.

Instada a se manifestar, a douta Procuradora Geral de Justiça, em parecer constante das fls. 157/162, opinou pelo conhecimento do recurso, mas para lhe negar provimento, a confirmar a sentença vergastada.

Redistribuídos os autos à Eminente Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima em 14/08/2009. Termo às fls. 184.

Redistribuídos os autos ao Eminente Desembargador José Mário dos Martins Coelho em 29/01/2010. Termo às fls. 187.

Redistribuídos os autos a esta Relatoria em 29/09/2011. Termo às fls. 190.

É o relatório, em síntese.

À douta revisão.

VOTO

Conheço do Recurso de Apelação, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuidam os autos de APELAÇÃO CÍVEL interposta em face de sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, no autos do Mandado de Segurança impetrado por TANIA MARIA OLIVEIRA DOS SANTOS contra ato ilegal e abusivo do COMANDANTE GERAL DA POLÍCIA MILITAR DO CEARÁ, que denegou a segurança pleiteada, por entender

não se vislumbrar qualquer ofensa a direito líquido e certo, afigurando-se indetectável qualquer abuso de poder ou de autoridade, posto não poderia o Estado do Ceará pagar à pensionista a totalidade dos vencimentos que o servidor receberia na ativa.

A impetrante interpôs recurso de Apelação alegando, em suma, que o benefício que lhe vem sendo pago encontra alicerce no art. 15, da Lei nº 10972/84, embora equiparado implicitamente, tendo em vista a exclusão do instituidor da pensão “a bem da disciplina”.

Pleiteia a apelada a equiparação do pensão que recebe a valor equivalente a que faria jus caso estivesse seu esposo no exercício de suas funções, estribando sua pretensão nas disposições constitucionais inseridas no art. 40, §§ 4º, 5º e 6º.

Compulsando os autos, vê-se que as cópias dos documentos colacionados às fls. 18/19 dão conta de não se haver originado o benefício percebido pela recorrida em razão da morte de seu instituidor, mas da exclusão deste “a bem da disciplina” da corporação miliciana estadual.

Os preceitos constitucionais invocados pela impetrante denotam a intenção do constituinte de resguardar os direitos dos pensionistas de servidores estaduais falecidos. Não se enquadra em tal hipótese o caso que ora se analisa, cogitando-se, em verdade, de benefício oriundo não no evento morte, mas sim na exclusão de servidor militar “a bem da disciplina”.

Revela-se como intenção do constituinte a de proteger de eventuais decréscimos vencimentais os beneficiários de pensão concedida por ocasião de infortúnio por estes experimentado em decorrência do falecimento de ente querido, concedendo-lhes pensão na forma integral, como meio de salvaguardar a família.

Afigura-se-nos desarrazoado admitir a utilização de expediente idêntico, a saber, o pleito de equiparação vencimental à percepção de pensão integral, em favor de pensionistas de servidores expulsos dos quadros da Polícia Militar em razão de mau comportamento, representando tal instituto verdadeira afronta aos princípios da moralidade, da razoabilidade e da isonomia.

Acolher o pleito autoral consistiria em estímulo à falta de zelo no exercício laboral, bem como à prática reiterada de infrações, por parte do servidor militar, premiando-o por seu mau comportamento, ao garantir aos dependentes deste a livre e isenta percepção de benefício equivalente ao recebido por familiares de servidores involuntariamente acometidos por óbito.

Enuncia o art. 15 da Lei Estadual nº 10.972/84:

Art. 15 - O oficial da ativa, da reserva remunerada ou reformado, contribuinte obrigatório, que perder posto e patente e, nas mesmas condições, a praça que for excluída a bem da disciplina, com 10 (dez) ou mais anos de efetivo serviço, por efeito de sentença ou em virtude de ato de autoridade competente, deixará aos seus beneficiários a pensão correspondente ao respectivo posto ou graduação.

Da leitura do dispositivo acima, infere-se que deve a pensão para os dependentes de militar excluído a bem da disciplina ser concedida a seus beneficiários de forma proporcional, desde que aquele conte com no mínimo dez anos de efetivo exercício.

A concessão na modalidade proporcional deve ser interpretada, consoante o tem sido no âmbito jurisprudencial, como medida que visa única e exclusivamente à proteção dos familiares do militar expulso, razão por que não se concebe de seu deferimento na forma integral, a constituir um prêmio ao mau comportamento.

Esta Corte já se posicionou neste sentido, conforme se depreende do entendimento expresso nos julgados ementados a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO MILITAR. ESPOSA DE EX-POLICIAL EXCLUÍDO DAS FILEIRAS A BEM DA DISCIPLINA. DIREITO A BENEFÍCIO PROPORCIONAL.

1. A praça que sofreu expulsão, deixará aos seus herdeiros “a pensão militar para que tiver contribuído”.

2. A regra excepcional concede benefício proporcional a dependentes de ex-Policial Militar excluído das fileiras a bem da disciplina, desde que tenha estabilidade assegurada ao tempo da expulsão, nos moldes das disposições da Constituição de 1988.

3. Conceder benefício a cônjuge da praça expulsa a bem da disciplina em valor idêntico ao da pensão por morte viola os princípios da isonomia, razoabilidade, moralidade, premiando o mau comportamento.

4. Apelação improvida.

(Apelação Cível nº 2000.0014.3926-0/0, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. LINCOLN TAVARES DANTAS, julgado em 07/02/2007, DJCE de 12/03/2007, p. 07.)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO MILITAR. ESPOSA DE EX-POLICIAL EXCLUÍDO A CORPORAÇÃO A BEM DA DISCIPLINA. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. DESACOLHIMENTO. MÉRITO. DIREITO A BENEFÍCIO EM IDÊNTICO VALOR AO DA PENSÃO POR MORTE. INADMISSIBILIDADE.

1. O ato violador do direito tido como líquido e certo pela impetrante, em verdade, não se deu quando da concessão do benefício em questão, como afirmado pelo Estado, mas sim a partir da redução da pensão militar pela autoridade impetrada. Com efeito, tanto o prazo decadencial para a impetração do referido *writ* quanto o prazo prescricional quinquenal de fundo de direito foram inegavelmente observados. Preliminar rejeitada.

2. A Constituição Federal, em seu artigo 40, §7º, prevê que o benefício da pensão por morte será igual ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, nada mencionando sobre a pensão militar por motivo de exclusão de praça da referida Corporação.

3. Conceder benefício a cônjuge da praça expulsa a bem da disciplina em valor idêntico ao da pensão por morte viola os princípios constitucionais da

isonomia, razoabilidade e moralidade.

4. Apelação Cível conhecida, porém desprovida. Sentença mantida.

(Apelação Cível nº 2005.0009.0071-9/0, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, julgado em 1º/10/2007)

Assim, é de se reformar a sentença vergastada, concedendo em parte a tutela pleiteada, inadmitindo a equiparação da pensão percebida pela apelada ao equivalente à pensão por morte, baseada nos proventos integrais, mas sim de modo a permitir que esta perceba pensão proporcional ao tempo de serviço desempenhado por seu esposo até sua exclusão “a bem da disciplina”.

Ante todo o exposto, CONHEÇO do Recurso de Apelação interposto, concedendo-lhe PARCIAL PROVIMENTO. Após os cálculos em execução de sentença, da cifra a que faz jus, levando-se em conta sua pensão proporcional, caso seja encontrado montante que lhe seja devido, deve este ser corrigido, com os acréscimos legais, excetuando-se as parcelas atingidas pelo quinquênio prescricional. Sem condenação em honorários advocatícios, a teor da Súmula 512, do Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

Fortaleza, 18 de novembro de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0664483-48.2000.8.06.0001
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: ELEMIRTON CAVALCANTE DE MOURA
REMETENTE: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO
ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. VÁLDSSEN DA SILVA ALVES PEREIRA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA PROMOÇÃO DE MILITAR ESTADUAL. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO CASTRENSE PARA PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE OU MERECEMENTO (LEI N. 10.072/76, ART. 59). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO À INCLUSÃO NO QUADRO DE ACESSO E À PROMOÇÃO EM RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

1. Para a promoção de militar estadual por antiguidade e merecimento, é mister o preenchimento de determinados requisitos previstos na legislação castrense estadual, tais como a existência de vaga no posto hierarquicamente superior, aproveitamento em curso de formação, não sendo suficiente a realização, apenas, de curso de especialização, bom comportamento, inclusão no Quadro de Acesso, aptidão em inspeção de saúde e existência de vaga no grau a que pretende ascender.

2. Para a promoção por merecimento, exige-se, ainda, que o militar estadual esteja classificado pela contagem de pontos da ficha de promoção, no total de vagas a preencher por este critério.

3. Para a inclusão no Quadro de Acesso - condição essencial para promoção, por sua vez, é imprescindível a observância de determinados requisitos, dentre eles, a existência de vaga na graduação a que se pretende ascender, a realização de curso de formação para a graduação superior, observância ao interstício mínimo na respectiva graduação e bom comportamento policial-militar.

4. O promovente não logrou comprovar ter preenchido sequer

os requisitos legais para a sua inclusão no Quadro de Acesso, para, posteriormente, ser promovido por antiguidade ou merecimento.

5. Também não há que se falar em direito à promoção por ressarcimento de preterição, na medida em que não restou comprovada nos autos a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas na legislação, ou seja, no art. 17 tanto do Decreto estadual n.15.275/82, quanto do Decreto estadual n. 26.472/01, que ensejam o direito à promoção por ressarcimento de preterição, dentre elas a ocorrência de erro administrativo. Apelação Cível e Remessa Oficial conhecidas e providas. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

ACORDA a Oitava Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso de Apelação Cível e da Remessa Oficial, para DAR-LHES PROMOVIEMTO, a fim de reformar a sentença monocrática, de conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de processo redistribuído por força da Portaria de nº 154/2011, cuidando-se de APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO, em face de sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária promovida por ELEMIRTON CAVALCANTE DE MOURA contra o ESTADO DO CEARÁ.

Na decisão vergastada, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido autoral, condenando o Estado do Ceará a incluir o nome do Autor, retroativamente, a contar das datas indicadas na peça vestibular, no Quadro de Acesso da Corporação Castrense, nos termos do pedido exordial.

Alega o promovente, na inicial de fls. 2/14, haver ingressado nas fileiras da Polícia Militar do Estado do Ceará em 10/10/1996, na graduação de Soldado PM, passando a integrar o Quadro de Especialistas Motorista/Motociclistas da Corporação, e percebendo a gratificação pertinente. Aduz que, apesar do tempo decorrido, ainda permanece ocupando a graduação de Soldado. Requesta provimento jurisdicional que lhe assegure o direito de ser promovido à graduação de 1º Sargento, com o pagamento das diferenças salariais daí decorrentes.

Com a inicial, foram acostados os documentos de fls. 15/36.

Regularmente citado, o Estado do Ceará contestou a ação, às fls. 43 *usque* 62, sustentando, em preliminar a impossibilidade jurídica do pedido, e no mérito defende

a legalidade da improcedência do pleito autoral, postulando pelo seu indeferimento.

Sem réplica.

O representante do Ministério Público de primeira instância, em parecer acostado às fls. 50/52, pugnando pela improcedência do pleito.

O MM. Juiz *a quo* sentenciou, às fls. 54 *usque* 61, julgando procedente o pleito inicial, condenando o Estado do Ceará a incluir o nome do Autor, retroativamente, a contar das datas indicadas na peça vestibular, no Quadro de Acesso da Corporação Castrense.

O Estado do Ceará interpôs recurso de Apelação, às fls. 63/78, onde, preliminarmente, pleiteia a nulidade da sentença, por falta de enfrentamento de liminar, ausência de fundamentação e contradição quanto aos honorários arbitrados; e sustenta a necessidade do litisconsórcio passivo necessário. No mérito, pugna pela improcedência do pleito autoral, com a reforma *in totum* da sentença monocrática

Sem contrarrazões.

Remetidos os autos a esta Instância Superior, foram os mesmos distribuídos ao Eminentíssimo Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes em 08/01/2010. Termo às fls. 88.

Instada a se manifestar, a douta Procuradora Geral de Justiça, em parecer constante das fls. 92/106, opinou pelo conhecimento do recurso de Apelação, mas pelo seu improvinimento, a ser mantida a sentença monocrática.

Por força da Portaria de nº 154/2011, foram os autos a mim redistribuídos em 20/10/2011. Termo às fls. 109.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Conheço do Reexame Necessário, posto que atendidos os requisitos próprios, nos termos do Art. 475, do CPC, bem como do Recurso de Apelação, visto que presentes os requisitos de admissibilidade.

Cuidam os autos de APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO, em face de sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, que julgou procedente o pleito inicial, condenando o Estado do Ceará a incluir o nome de ELEMIRTON CAVALCANTE DE MOURA, retroativamente, a contar das datas indicadas na peça vestibular, no Quadro de Acesso da Corporação Castrense.

O Estado do Ceará interpôs recurso de Apelação onde, preliminarmente, pleiteia a nulidade da sentença, por falta de enfrentamento de liminar, ausência de fundamentação e contradição quanto aos honorários arbitrados; e sustenta a necessidade do litisconsórcio passivo necessário. No mérito, pugna pela improcedência do pleito autoral, com a reforma *in totum* da sentença monocrática

PRELIMINARES

Aduz o apelante, em sede de preliminar, a nulidade da sentença monocrática, em face ao não enfrentamento de liminar, ausência de fundamentação, e contradição quanto aos honorários arbitrados.

Inicialmente, cabe anotar que o magistrado singular rejeitou, na sentença monocrática, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, por entender que a mesma se confunde com o próprio mérito da demanda.

Assim, o MM. Juiz *a quo* aferiu que todos os questionamentos aduzidos diziam respeito necessariamente ao mérito da demanda, ou seja, a apreciação da preliminar prescindia da análise de questões que se confundem com a parte meritória da ação, motivo pelo qual foi a mesma decidida em conjunto com os fundamentos de mérito.

Quanto à ausência de fundamentação, entendo inexistente, conforme tenta fazer crer o apelante. Em seu *decisum*, o magistrado *a quo* entendeu que, de fato e de direito, ao autor era devida a promoção por ele almejada.

A propósito, o Supremo Tribunal de Justiça entende:

“...o que a Constituição exige, no inciso IX do art. 93, é que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento. A Constituição não exige que a decisão seja amplamente fundamentada, extensamente fundamentada, dado que a decisão com motivação sucinta é decisão motivada”. (RTJ 73/200).

Portanto, não se faz necessário que o julgador, ao lançar sua decisão, se estenda em inúmeras laudas, desenvolvendo um verdadeiro tratado jurídico.

No tocante ao arbitramento de honorários, condenou o magistrado de primeiro grau, o Estado do Ceará, ao “pagamento das custas processuais e demais emolumentos a que deu causa e na verba honorária do advogado que arbitro em 15% do valor da causa”.

Não entendo haver contradição na parte dispositiva do *decisum*, porquanto clara e necessária ao perfazimento da cominação legal.

Assim, pelo exposto acima, rejeito a preliminar de nulidade da sentença vergastada manejada sob os fundamentos de não enfrentamento de liminar, ausência de fundamentação, e contradição quanto aos honorários arbitrados.

Sustenta, ainda, o recorrente a nulidade da sentença atacada sob o fundamento de ausência de citação dos demais militares promovidos e integrantes de quadros de acesso na qualidade de litisconsortes passivos necessários.

A alegação não merece guarida, pois está consolidado o entendimento pretoriano, segundo o qual, quando se cuidar de promoção de militar por ressarcimento de preterição, não há necessidade de citação dos policiais militares promovidos, visto

que, em caso de procedência do pleito, tais militares continuarão na graduação obtida, como excesso de contingente, não se cogitando de desfazimento da situação que lhes é favorável.

No mesmo sentido, também desnecessária é a citação dos demais integrantes do Quadro de Acesso, uma vez que a inclusão no respectivo quadro confere ao ocupante apenas a expectativa de direito à promoção, sendo requisito essencial, porém não suficiente à promoção.

Nesse sentido, colacione-se a seguinte decisão desta Egrégia Corte de Justiça:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PROMOÇÃO EM RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO. PRELIMINARES DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADAS. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CONHECIDOS E PROVIDOS.

1 - A eventual promoção do autor não ensejará, por si só, a desconstituição dos atos de promoção dos policiais militares, que permanecerão em suas respectivas graduações e, no que tange aos demais ocupantes do Quadro de Acesso, estes possuem apenas expectativa de direito, já que a inclusão no Quadro de Acesso é requisito essencial, mas não suficiente, para ser o militar promovido.

2 - Não cabem questionamentos quanto à possibilidade jurídica do pedido autoral, porquanto há previsão legal expressa sobre promoção de militar por ressarcimento de preterição.

3 - A promoção de militar, em ressarcimento de preterição, depende da demonstração dos requisitos objetivos e subjetivos aptos a situar o policial entre os demais concorrentes nas listas de preterição, de modo a fazer jus a uma das vagas ofertadas. PRECEDENTES.

4 - No caso, se o policial militar não demonstra que preencheu os requisitos previstos na lei para obter a promoção pretendida, não há de se falar em direito subjetivo à promoção, devendo ser respeitados os princípios da separação dos poderes, legalidade e igualdade.

5 - Reexame necessário e apelação conhecidos e providos.

(TJCE, Apelação / Reexame necessário 4565225200580600011, Desa. EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR, 3ª Câmara Cível, julgado em 06/12/2010, DJe 14/12/2010)

Afastada, portanto, a preliminar de nulidade da sentença combatida, sob o fundamento acima apreciado.

MÉRITO

A teor dos artigos nºs 58, 59, da Lei 10.072/76, (novo Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Ceará), as promoções de policiais militares serão efetuadas por antiguidade e merecimento, ou ainda, por bravura em casos de guerra externa ou interna

e *post mortem* e, excepcionalmente, por ressarcimento de preterição.

Regulamentando a matéria supracitada, os artigos 12 e 13 do Decreto nº 26.472/2001 dispõem sobre os requisitos indispensáveis para a promoção de Policial Militar, por antiguidade e merecimento, *in verbis*:

Art.12 - São condições cumulativas e imprescindíveis para promoção à graduação superior por antiguidade: I. existência de vaga; II. ter concluído, com aproveitamento, até a data de encerramento das alterações para organizações dos quadro de acesso por antiguidade - QAA e por merecimento - QAM, o curso de habilitação ao desempenho das atividades próprias da graduação superior; III. ter completado, até a data da promoção, o seguinte interstício mínimo: a) de soldado a cabo: mínimo de 8 (oito) anos na graduação de soldado; b) de cabo a Primeiro-Sargento: mínimo de 6 (seis) anos na graduação de cabo; c) de Primeiro-Sargento a Subtenente: mínimo de 2 (dois) anos na graduação de Primeiro-Sargento. IV. estar classificado: a) para promoção à graduação de Cabo: no mínimo, no comportamento "BOM"; b) para promoção às graduações de Primeiro-Sargento e de Subtenente: no mínimo, no comportamento "ÓTIMO"; V. ter sido incluído no Quadro de Acesso (QA); VI. ter sido julgado apto em inspeção de saúde para fins de promoção. (...)

Art.13 - Na promoção por merecimento, além de satisfazer às condições do artigo anterior, a praça deve estar classificada pela contagem de pontos da ficha de promoção, no total de vagas a preencher por este critério.

No tocante à promoção por ressarcimento de preterição, dispõe o Art. 10 do mesmo dispositivo legal, *in verbis*:

Art.10 - A promoção em ressarcimento de preterição, de caráter excepcional, é aquela feita após ser reconhecido, administrativa ou judicialmente, à praça preterida o direito à promoção que lhe caberia para vaga existente na época.

§1º - A promoção em ressarcimento de preterição será efetuada segundo os critérios de antiguidade ou de merecimento, sendo a praça colocada na escala hierárquica da vaga correspondente, como se houvesse sido promovida na época devida, pelo critério em que é feita a sua promoção.

Verifica-se pelos dispositivos acima descritos que para um policial militar poder concorrer à ascensão funcional, em especial à promoção por ressarcimento de preterição, não basta ter apenas o critério de tempo de serviço. É necessário também a demonstração de outros requisitos legais específicos, como: conclusão com aproveitamento do curso de formação para a graduação que pretende atingir; bom comportamento; aptidão em inspeção de saúde; prévia inclusão no quadro de acesso; existência de vagas.

Embora conste dos autos a informação quanto à data do ingresso na Corporação (14/05/1995), deixou o recorrido de comprovar ter concluído, com

aproveitamento, cursos que o habilitam “ao desempenho dos cargos e funções próprias da graduação superior”, como também de informar qual o seu posicionamento em lista de antiguidade ou de merecimento. É que nasce o direito do apelado desde o momento em que figurar na relação de antiguidade ou de merecimento dentre os demais em condições legalmente estabelecidas.

O promovente colacionou nomes de alguns oficiais alegando que tais policiais militares em situações inferiores a sua foram promovidos, fazendo-o, porém, de forma genérica, não apontando sua posição e dos demais na ordem de antiguidade, ou seja, sem comprovar a alegada preterição. Sequer acostou a lista de antiguidade indicando o seu posicionamento e quais os policiais que nela lhe sucediam e lograram antecipada promoção em seu prejuízo, de forma a caracterizar a preterição reclamada.

Relativamente à promoção de ressarcimento de preterição, deve o policial militar demonstrar que reúne todos os requisitos acima descritos, excetuando-se a inclusão no quadro de acesso de sua respectiva qualificação, conforme adiante se vê no artigo 17 do Decreto nº 15.275/82:

Art. 17 - A praça será ressarcida de preterição desde que lhe seja reconhecido o direito à promoção, quando:

(...)

§1º - Para a promoção de que trata este artigo, ficará dispensada a exigência do inciso V do art. 12 deste Regulamento.

Destaca-se, outrossim, como requisito necessário à promoção, a comprovação da existência de vagas na graduação pretendida. Sobre o tema em apreço, vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei complementar estadual. LC nº 206, de 26.06.2001, do Estado do Espírito Santo. Servidor público. Polícia militar e corpo de bombeiros. Praças. Promoção dita “peculiar”. Necessidade da existência de cargo vago na classe ou nível superior da carreira. Interpretação conforme à Constituição, para esse fim. Ação julgada, em parte, procedente. É constitucional lei estadual que regule promoção, dita “peculiar”, de praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros, desde que se lhe subentenda, por interpretação conforme à Constituição, que cada promoção só pode efetivar-se quando exista, na classe ou nível superior, cargo vago.

(ADI 2979, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2004, DJ 04-06-2004 PP-00028 EMENTA VOL-02154-02 PP-00203).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS MILITARES. PROMOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VAGAS NO QUADRO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO DE PLANO. Direito líquido e certo de obter a promoção de Major-Veterinário à graduação de Tenente-Major-Médico da Polícia Militar não comprovado de plano, tendo

em vista a inexistência de vagas no respectivo Quadro.
(RMS. 3594. Min. Félix Fischer. 5ª Turma. DJ.05.08.02. P355).

Esta Egrégia Corte de Justiça já firmou entendimento no sentido de que são imprescindíveis à elevação da patente o preenchimento dos requisitos elencados no Decreto nº 26.472/2001, pelo qual colaciono os seguintes julgados:

EMENTA:CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. PROMOÇÃO DE MILITAR ESTADUAL. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO CASTRENSE PARA PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE OU MERECIMENTO (LEI N. 10.072/76, ART. 59). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO À INCLUSÃO NO QUADRO DE ACESSO E À PROMOÇÃO EM RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, *CAPUT*). NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. REMESSA OFICIAL CONHECIDA E PROVIDA.

(...) 5. Também não há que se falar em direito à promoção por ressarcimento de preterição, na medida em que não restou comprovada nos autos a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas na legislação, ou seja, no art. 17 tanto do Decreto estadual n. 15.275/82, quanto do Decreto estadual n. 26.472/01, que ensejam o direito à promoção por ressarcimento de preterição, dentre elas a ocorrência de erro administrativo. 6. A pretensão autoral também não encontraria respaldo mesmo se incidissem, na espécie, as disposições normativas da revogada Lei estadual n. 226/48 (antigo Estatuto da PMCe). É que também se exigia do especialista curso de formação para a graduação que pretendesse ascender (Lei n. 226/48, art. 168). Ademais, não havia, à época, previsão legal de promoção por ressarcimento de preterição. Remessa necessária conhecida e provida. (Remessa *ex officio* 70345672200080600011. Relator: RAUL ARAÚJO FILHO. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Data do Julgamento: 24/08/2009. Data do registro: 09/09/2009).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - MILITAR - PROMOÇÃO DE PRAÇA À GRADUAÇÃO DE SUBTENENTE

- A promoção de militar depende da demonstração de requisitos objetivos e subjetivos previstos na lei de regência - Revogação da Lei Estadual nº 226/48 pela Lei 10.072/76 - Inexistência de direito adquirido a ser preservado - Ausência de comprovação de cargo vago na classe ou nível superior pretendido - Sentença que comporta reforma - Remessa Oficial e Apelo Voluntários conhecidos e providos.

(Apelação/Reexame Necessário nº 69919394200080600011. Rel.: FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA. 4ª Câmara Cível. Data de registro: 30.03.10).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA PROMOÇÃO DE MILITAR ESTADUAL. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO CASTRENSE PARA

PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE OU MERECIMENTO (LEI N. 10.072/76, ART. 59). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO À INCLUSÃO NO QUADRO DE ACESSO E À PROMOÇÃO EM RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT). NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. REMESSA OFICIAL CONHECIDA E PROVIDA.

1. Para a promoção de militar estadual por antiguidade e merecimento, é mister o preenchimento de determinados requisitos previstos na legislação castrense estadual, tais como a existência de vaga no posto hierarquicamente superior, aproveitamento em curso de formação, não sendo suficiente a realização, apenas, de curso de especialização, bom comportamento, inclusão no Quadro de Acesso, aptidão em inspeção de saúde e existência de vaga no grau a que pretende ascender (Lei estadual n. 10.072/76, art. 59, *caput*, c/c o Decreto estadual n. 15.275/82, arts. 10, 11 e 12).

2. Para a promoção por merecimento, exige-se, ainda, que o militar estadual esteja classificado pela contagem de pontos da ficha de promoção, no total de vagas a preencher por este critério (Decreto estadual n. 15.275/82, art. 12).

3. Para a inclusão no Quadro de Acesso - condição essencial para promoção, por sua vez, é imprescindível a observância de determinados requisitos, dentre eles, a existência de vaga na graduação a que se pretende ascender, a realização de curso de formação para a graduação superior, observância ao interstício mínimo na respectiva graduação e bom comportamento policial-militar (Decreto estadual n. 15.275/82, art. 31).

4. Na espécie, o promovente, ao contrário do que entendeu o MM. Juiz *a quo*, não logrou comprovar ter preenchido sequer os requisitos legais para a sua inclusão no Quadro de Acesso, para, posteriormente, ser promovido por antiguidade ou merecimento. É que não há nos autos nenhum documento que comprove ter o promovente realizado o curso de formação e que exista vaga para as graduações a que pretende ascender. Logo, por não ter o promovente se desincumbido do ônus de comprovar os fatos constitutivos do direito postulado (CPC, art. 333, inc. I), deve o pedido autoral ser julgado improcedente.

5. Também não há que se falar em direito à promoção por ressarcimento de preterição, na medida em que não restou comprovada nos autos a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas na legislação, ou seja, no art. 17 tanto do Decreto estadual n. 15.275/82, quanto do Decreto estadual n. 26.472/01, que ensejam o direito à promoção por ressarcimento de preterição, dentre elas a ocorrência de erro administrativo.

6. A pretensão autoral também não encontraria respaldo mesmo se incidissem, na espécie, as disposições normativas da revogada Lei estadual n. 226/48 (antigo Estatuto da PMCe). É que também se exigia do especialista curso de formação para a graduação que pretendesse ascender (Lei n. 226/48, art. 168). Ademais, não havia, à época, previsão legal de promoção por ressarcimento de preterição.

7. Remessa necessária conhecida e provida.

(TJCE, AC 703456722000.8.06.0001/1. Rel. Raul Araújo Filho. 1ª. Câm. Civ. 24.08.2009).

Portanto, conclui-se que inexistente previsão legal para promoção sem que o policial militar tenha comprovado a implementação de todos os requisitos subjetivos e objetivos previstos em legislação específica.

Isto posto, com arrimo nos fundamentos legais aventados e nas razões expostas acima, conheço do Recurso de Apelação interposto bem como da Remessa Oficial, para DAR-LHES PROVIMENTO, com o fito de reformar a sentença recorrida, julgando improcedente o pedido formulado pelo autor, na forma do art. 269, I, do CPC. Condeno o apelado/promovente ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrando-os em R\$ 100,00 (cem reais). Entretanto, em face da gratuidade judicial deferida, ressalto a necessidade de suspensão da exigibilidade da obrigação ora imposta pelo prazo de cinco (05) anos, a teor do art. 12 da Lei 1060/50

Expedientes necessários.

Fortaleza, 27 de outubro de 2011

PROCESSO Nº 0006830-51.2010.8.06.0175.

NATUREZA: APELAÇÃO CÍVEL.

APELANTE: MITSUI SUMITOMO SEGUROS S/A.

APELADO: BT LOCAÇÃO E LIMPEZA PÚBLICA LTDA.

AÇÃO DE ORIGEM: AÇÃO ORDINÁRIA PAR PAGAMENTO DE SEGURO.

LOCAL DE ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE TRAIRI - CEARÁ.

RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. SEGURO DE VEÍCULO. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR ROUBO – CONTRATAÇÃO PELO “VALOR REFERENCIADO DE MERCADO” – NECESIDADE DE CONSIDERAR A DEPRECIÇÃO DO BEM – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – DIREITO DO CONSUMIDOR - CLÁUSULA ABUSIVA. DEVOUÇÃO DO PRÊMIO REFERENTE A PERÍODO NÃO UTILIZÁVEL – POSSIBILIDADE. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA - PREVISÃO CONTRATUAL – APLICABILIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS – CRITÉRIO NÃO OBSERVADO – INTENCIONALIDADE – AUSÊNCIA – AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO. APELO PROVIDO PARCIALMENTE.

1. Trata-se de recurso de apelação contra a decisão judicial de primeiro grau que determinou à empresa apelante ressarcir o bem segurado pelo valor equivalente a um veículo novo, acrescido da devolução do prêmio não utilizado e multa contratual, além de condená-la em litigância de má-fé.

2. Não constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide se o juiz já possui convicção formada acerca da matéria. Precedentes desta Corte.

3. Na contratação de seguro de veículo pelo “Valor Referenciado de Mercado” deve ser comprovado que o prêmio pago à seguradora considerou a depreciação do bem para permitir pagamento pelo valor médio do mercado, sob pena de constituir cláusula abusiva nos termos do código consumerista.

4. Cabível a devolução proporcional do prêmio pelo período não utilizado após o sinistro como imperativo de equidade

no ajuste, porquanto não se verifica a cobertura pelo tempo integral originalmente previsto.

5. Deve ser aplicada a atualização monetária para manutenção do valor pecuniário, mormente se há previsão contratual para sua aplicação e para determinar o início de sua incidência.

6. Na alteração da verdade dos fatos deve ser evidente a intencionalidade do ato para caracterizar a litigância de má-fé. Apelo provido parcialmente.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatado e discutido o presente recurso de Apelação Cível nº 0006830-51.2010.8.06.0175, em que figuram as partes retro indicadas, ACORDA a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em PROVER PARCIALMENTE a apelação de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Mitsui Sumitomo Seguros S/A contra sentença exarada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Trairi - Ceará, em procedimento de Ação Ordinária para pagamento de seguro que o apelado promoveu contra a empresa apelante – fls. 297/328.

Quanto aos fatos, a apelada mantinha contrato com Bradesco *Leasing* S/A Arrendamento Mercantil para aquisição de um veículo, o qual, segurado pela empresa apelante, foi objeto de roubo.

Alegando pagamento a menor do valor devido, a apelada ajuizou ação ordinária para compelir a empresa de seguro apelante a suprir a contraprestação contratual pelo valor da apólice que, em sua ótica, alcança R\$ 165.000,00 (cento e sessenta e cinco mil reais), acrescido da devolução do prêmio não utilizado (R\$ 9.047,74) e de multa contratual (R\$ 16.500,00), cujo total deve descontar multa de trânsito no valor de R\$ 383,08 (trezentos e oitenta e três reais e oito centavos). Este o pedido contido na demanda original.

Em antecipação de tutela, o magistrado de primeiro grau autorizou o bloqueio e o levantamento da quantia tida como incontroversa, no valor de 138.596,92 (cento e trinta e oito mil quinhentos e noventa e seis reais e noventa e dois centavos), porquanto fora o valor disponibilizado pela seguradora para pagamento do sinistro – vide fls. 81/83 e fls. 175/178.

A decisão atacada julgou parcialmente a ação deferindo o pagamento do sinistro na quantia de R\$ 164.616,92 (cento e sessenta e quatro mil seiscentos e dezesseis reais e noventa e dois centavos), correspondente ao valor pedido na inicial menos o

valor referente à multa de trânsito, com dedução da quantia levantada antecipadamente, e determinando a restituição parcial do prêmio pago antecipadamente, equivalente a R\$ 9.015,48 (nove mil e quinze reais e quarenta e oito centavos), fixando, ainda, os índices de atualização da dívida – fls. 232/247.

Além disso, a decisão condenou a empresa promovida, aqui apelante, em litigância de má-fé por violar o inciso II do art. 17 do CPC, estabelecendo a indenização prevista no artigo 18 do CPC no valor de R\$ 38.000,00 (trinta e oito mil reais), mais multa de um por cento sobre o valor da causa e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), devendo a condenação ser, também, devidamente atualizada.

Nas razões do recurso, a seguradora apelante alega, inicialmente, o cerceamento de sua defesa, porquanto pretendia produzir prova testemunhal para comprovar a impossibilidade de realizar o pagamento da indenização diretamente à apelada, uma vez que na apólice consta o Bradesco *Leasing* como beneficiário do seguro, assim como das formas de contratação de seguro disponíveis no mercado.

No mérito, a apelante se insurge sobre a indenização securitária estabelecida na sentença, argumentando que a contratação se deu pelo valor referenciado de mercado, que serviu de base para a cobrança do prêmio a ser pago pelo segurado abaixo do valor do prêmio se a contratação se desse pelo valor determinado, este indicado na apólice.

Insiste então, a recorrente, que o valor a ser pago pelo seguro decorre de previsão contratual e corresponde, neste caso a 100% (cem por cento) da tabela FIPE na data da liquidação do sinistro.

A empresa apelante alega também a impossibilidade de devolução integral do prêmio, pois tal ressarcimento será devido em caso de sinistro ocorrido no prazo de vigência do contrato e será proporcional ao tempo não utilizado pelo segurado. Assevera, então, que já efetuou o pagamento referente ao terceiro ano do contrato, que, no caso, não foi utilizado, aludindo à comprovação existente nos autos.

A recorrente argumenta ainda sobre a impossibilidade da aplicação de multa pelo inadimplemento contratual. Discorre, então, que foi condenada ao pagamento de multa consubstanciada em juros moratórios de 5% (cinco por cento) ao mês, além de correção monetária, que, em seu sentir, é desarrazoada, uma vez que pagou o valor do seguro no prazo previsto no contrato.

Pelos argumentos expostos até então, a apelante destaca que a decisão, na forma prolatada, caracteriza enriquecimento ilícito da empresa apelada, o que enseja pronta reforma da sentença, e refuta a condenação por litigância de má-fé, porquanto entende que o equívoco quanto ao pagamento do sinistro à Bradesco *Leasing* foi imediatamente comunicado ao juízo de primeiro grau e ao relator do agravo de instrumento, inclusive com solicitação de intervenção nos autos, o que demonstra sua boa fé processual, pelo que é inaplicável a pena imposta.

Requer, por fim, o provimento do recurso para reformar a sentença nos termos argumentados, principalmente no que concerne à litigância de má-fé, com a

consequente inversão do ônus sucumbencial.

Contrarrazões da apelada, impugnando, de início, o efeito suspensivo do recurso, uma vez que em sua visão, não ocorreu danos irreparáveis ou de difícil reparação a justificar sua concessão – fls. 330/342.

A empresa apelada refuta o propalado cerceamento da defesa da apelante, argumentando que é cabível a concessão da tutela antecipada *inaudita altera pars* sem violar o princípio constitucional do contraditório, uma vez que a decisão é provisória e sujeita à reversão.

Quanto à indenização securitária, entende a apelada que não há o que discutir, pois se operou a revelia nos termos ditados na sentença (fl. 236, 1º parágrafo) por não ter sido impugnado, pela contestação, o valor pretendido na inicial.

A seguir, porém, a apelada discorre acerca da forma de contrato celebrado, insistindo que, embora tenha firmado a avença com garantia básica no “valor de mercado referenciado”, a cobrança do prêmio correspondeu a um veículo novo, cujo valor de R\$ 165.000,00 foi informado pela própria seguradora, conforme fl. 61 dos autos.

Assevera então, a apelada, que a cláusula sobre o valor referenciado é abusiva ao inferir pagamento do sinistro inferior ao contratado. Entende ainda que, se há enriquecimento ilícito, este se dá em prol da empresa seguradora pela mesma argumentação.

Por fim, a apelada discorre acerca da litigância de má-fé, considerando a correção da medida, porquanto, em sua ótica, houve efetivamente alteração da verdade dos fatos quanto à informação do pagamento do sinistro. Requer, então, o conhecimento do recurso, mas, no mérito, seu improvimento e seu recebimento apenas no efeito devolutivo.

O magistrado, então, determinou o encaminhamento dos autos a esta Corte, sem, contudo, se pronunciar sobre os efeitos do recurso, e o desentranhamento de documentos acostados por considerar imprópria sua apresentação nesta fase – fl. 342 v.

A empresa apelada junta aos autos, com intuito de comprovação, documentação referente à ação de consignação de pagamento que pôs término à querela referente ao contrato de arrendamento do veículo com a Bradesco *Leasing* – fls. 353/369.

Manifestação da nobre representante do Ministério Público pugnando pela desnecessidade de sua intervenção na presente demanda, uma vez que a querela não se inclui dentre aquelas que exigem efetiva atuação daquela instituição – fls. 383/392.

A seguir, a empresa apelante apresenta “Memoriais de Recurso”, nos quais renova as razões contidas em sua apelação e apresenta novos argumentos acerca da medida antecipatória concedida pelo magistrado de primeiro grau. Junta à petição documento referente à atividade do mencionado magistrado e ata de constituição da empresa – fls. 395/421.

É, no que interessa, o relatório.

À douta Revisão.

VOTO

Trata-se, no caso, de recurso de apelação interposto por Mitsui Sumitomo Seguros S/A, irresignada com a decisão judicial de primeiro grau que determinou à empresa apelante ressarcir o bem segurado pelo valor equivalente a um veículo novo, acrescido da devolução do prêmio não utilizado e multa contratual, além de condená-la em litigância de má-fé.

Em juízo de admissibilidade, recurso que apresenta os requisitos próprios de interposição merecendo ser conhecido.

A princípio, reporto-me à petição inserida às fls. 395/403 denominada “Memoriais de Recurso”. Referida petição reproduz as mesmas argumentações contidas nas razões do recurso e acrescenta insatisfação em relação à medida antecipatória concedida no juízo de primeiro grau.

Efetivamente, os memoriais de recurso são utilizados em substituição à sustentação oral por ocasião do julgamento do recurso, quando, por algum motivo, o representante jurídico da parte não puder comparecer.

No presente caso, os memoriais vieram acompanhados de documentos, os quais deveriam se submeter à apreciação contrária, a teor do que dispõe o artigo 398 do CPC, o que se afigura inaceitável em fase recursal.

Assim, entendo descabida a apresentação da peça, uma vez que não há data determinada para a apreciação do recurso em mesa para considerar a impossibilidade de comparecimento da apelante no dia do julgamento.

Ademais, as argumentações inseridas nos memoriais já se encontram no bojo do recurso, cujo acréscimo referente à medida antecipatória concedida no juízo de primeiro grau não merece guarida por constituir inovações do apelo, sendo inadmissível nesta fase decisória.

Portanto, não conheço do teor da peça denominada “Memoriais de Recurso” acostada às fls. 395/403, assim como dos documentos que a acompanham.

Quanto ao efeito suspensivo pretendido pela apelante, deve ser observado que o despacho de recebimento do recurso foi omissivo em atribuir qualquer efeito para obstar a eficácia da sentença.

Tal decisão permite concluir que foram atribuídos ambos os efeitos ao recurso interposto.

Entretanto, é cediço que o recurso aplicável à decisão interlocutória que trata dos efeitos do recurso é o agravo de instrumento, como estabelece o artigo 522 do CPC, reproduzido adiante.

“Art. 522 – Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de dez (10) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é

recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.”
(destaquei).

Portanto, incabível a apreciação da matéria em recurso diverso, mormente a apelação, que reflete o inconformismo para com a sentença e não para com decisões interlocutórias, como neste caso.

No mérito, a empresa agravante inicia sua insatisfação alegando violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que lhe foi negado o direito de produzir prova testemunhal para comprovar a impossibilidade de pagamento à empresa apelada.

Entendo não caber razão à empresa agravante.

De início, cumpre destacar que as decisões judiciais são calcadas no livre convencimento do Juiz, na valoração das provas e necessidade de sua produção e no princípio da “persuasão racional” expresso no artigo 131 do CPC, que dispõe:

“Art. 131 – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Por outro lado, considerando ser o magistrado o destinatário da prova, cabe-lhe, também, a valoração de sua produção, conforme estabelecido, de maneira geral, no art. 130 do CPC, que inclui o indeferimento de diligências protelatórias. Em se tratando, especificamente, da produção de prova em audiência, como no caso em análise, também ao Juiz cabe aquilatar a necessidade de produzi-la, ou passar ao julgamento direto da lide, conforme o art. 330, I, do mesmo diploma legal:

“Art. 330 – O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:
I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;
II – quando ocorrer a revelia (art. 319)”.

Em casos tais, a parte que requerer produção de provas deverá apresentar argumentos consistentes sobre fato relevante que influenciem o convencimento do juiz e interfiram no julgamento da causa. Lição doutrinária esclarece melhor tal situação:

“O que o sistema não admite, em hipótese alguma, sob pena de cerceamento de defesa, é que o juiz decida a lide antecipadamente em desfavor da parte que requereu e especificou a necessidade de realização de determinada prova, objetivando demonstrar fato relevante que mudaria o curso do julgamento, salvo se os argumentos do postulante não encontrarem ressonância no contexto dos autos”. (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 4, tomo II, coord. Ovídio A. Baptista da Silva. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 488). Grifei.

No presente caso entendo que o magistrado, ao conhecer diretamente do pedido, emitindo sentença, exerceu juízo discricionário quanto ao livre convencimento motivado, quanto à valoração e a necessidade de produção das provas e ainda quanto ao princípio da persuasão racional.

Ademais, deve ser ressaltado que a agravante pretende comprovar fato documentado, uma vez que o contrato de seguro celebrado entre as partes registra como beneficiária a Bradesco *Leasing S/A*, como se vê na proposta de fl. 21, no item “Dados do veículo”.

Também a forma contratada está expressa na continuação da proposta (fl. 22), cuja “cobertura do casco” expressa “100% V.R. (FIPE)”, tratando de “Valor Referenciado” a ser estipulado por consulta à tabela FIPE.

Assim, entendo descabida a comprovação testemunhal pretendida pela apelante se os fatos a que se refere já constam dos documentos acostados.

Portanto, correta a decisão do magistrado em emitir a decisão considerando, implicitamente, desnecessária a prova requerida, o que, à vista da legislação e doutrina citadas, não caracteriza cerceamento de defesa. Julgado deste sodalício o confirma, como abaixo se vê:

“Ementa: CONSUMIDOR. AÇÃO ORDINÁRIA. AGRAVO RETIDO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Do cotejo dos autos, verifica-se que houve correta instrução processual, e tratando-se de matéria que envolve fato e direito que não necessitam de maiores esclarecimentos, seja mediante produção de prova oral e/ou pericial, encontrando-se documentos suficientes para apreciar o mérito, há a desnecessidade de profundo esclarecimento do processo, não se configurando ilegalidade tampouco cerceamento de defesa a decisão que nestes termos é lavrada.

(Apelação 78878297200080600011 Rel.: Vera Lúcia Correia Lima; Órgão: 4ª Câmara Cível; Julg.: 07/04/2010; Data de registro: 08/04/2010).

Por outro lado, a empresa apelada, em suas contrarrazões, argumenta sobre a inexistência do prolapado cerceamento da defesa da apelante sob alegativa de que é possível a concessão de tutela antecipada “*inaudita altera pars*” sem violar o princípio constitucional do contraditório, uma vez que a decisão é provisória e reversível.

Tal alegação não é compatível com as razões da apelante, cujo fundamento adotado para limitação de sua defesa foi a impossibilidade de produzir prova testemunhal, como discorrido alhures.

Ou seja, a fundamentação do apelo não foi impugnada adequadamente pela parte apelada, não merecendo, portanto, acolhida sua argumentação neste ponto.

Porém, ante as considerações acima expostas indefiro a pretensão recursal da empresa apelante neste aspecto.

Quanto ao valor correto da contraprestação contratual referente ao pagamento do veículo sinistrado, afastado, de início, a impossibilidade de apreciação pretendida pela apelada em suas contrarrazões, a qual alega a ocorrência da revelia nos termos ditado pela sentença, por não ter sido objeto da contestação.

É que o artigo 515 do CPC determina que “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”, esclarecendo em seu parágrafo 1º que “serão, porém, objeto da apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.”

Ademais, deve ser ressaltado que a discussão sobre o valor devido pelo veículo sinistrado constitui o cerne das razões do recurso.

Neste tocante, é certo que a contratação se deu pelo “Valor Referenciado de Mercado”, como expressa a proposta de seguro à fl. 22 no item “cobertura do casco”, cujo ressarcimento seria estipulado por consulta à tabela FIPE.

Em suas contrarrazões, a empresa apelada reconhece a contratação na forma indicada pela apelante, mas, em consonância com a sentença recorrida e com base no código consumerista, alega abusividade da cláusula, porquanto o prêmio recebido pela seguradora corresponde à garantia de um veículo novo, não sendo razoável a devolução de quantia equivalente a veículo usado.

Dita matéria já fora enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja decisão reproduzo adiante para melhor esclarecimento.

“Ementa: PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CLÁUSULA DE CONTRATO DE SEGURO. PERDA TOTAL OU FURTO DE VEÍCULO. INDENIZAÇÃO. VALOR DE MERCADO REFERENCIADO. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE. LEGALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

1. [...]; 2. [...]; 3. [...]; 4. [...]; 5. [...];

6. As seguradoras disponibilizam mais de uma espécie de contrato de seguro de automóvel ao consumidor, cada qual com diferentes preços. Há contratos que estabelecem que a indenização do sinistro deve ser feita pelo valor do veículo determinado na apólice e há contratos que determinam que essa indenização securitária seja realizada pelo valor de mercado referenciado. Cabe ao consumidor optar pela modalidade que lhe pareça mais favorável.

7. Não é abusiva, por si só, a cláusula dos contratos de seguro que preveja que a seguradora de veículos, nos casos de perda total ou de furto do bem, indenize o segurado pelo valor de mercado na data do sinistro.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

Outras Informações: (VOTO VENCIDO NO MÉRITO) (MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO) - Constitui cláusula abusiva o dispositivo de contrato de seguro de veículos que permite à seguradora efetuar o pagamento da indenização, nas hipóteses de perda total e furto do veículo, pelo valor de mercado referenciado, porque, no caso, a seguradora paga valor inferior ao *quantum* segurado na apólice, sobre o qual são calculadas as mensalidades, devendo-se ressaltar que para pagar o preço de mercado é necessário a

seguradora comprovar que considerou a depreciação do veículo no cálculo do valor do prêmio, sob pena de evidente enriquecimento sem causa” (STJ; REsp 1189213/GO Recurso Especial 2010/0062053-8; Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO; Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO; Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA; Data do Julgamento 22/02/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 27/06/2011).

Pela análise do aresto acima reproduzido é de fácil verificação que a matéria não é unânime. O voto vencido do Ministro Luiz Felipe Salomão acata a tese de abusividade da cláusula que cobra o prêmio do seguro de um veículo novo e, por ocasião do sinistro, retorna o preço de mercado sem comprovar a devida depreciação do bem.

O voto vencedor, por seu lado, da lavra do eminente Ministro Raul Araújo (relator do acórdão), entende que é opção do segurado a forma de contratação dentre aquelas disponibilizadas pela seguradora, concluindo pela lisura do pagamento equivalente ao valor de mercado, se foi essa a modalidade escolhida.

Embora seja voto vencido, da fundamentação do eminente Ministro Luiz Felipe Salomão emerge questão de fundo que deve ser analisada. É a cobrança do prêmio sem comprovação de que a seguradora considerou a depreciação do bem.

As contratações evidenciadas no julgado são idênticas às formas explicitadas nas razões do apelo. Nestas, a apelante insiste que a empresa apelada optou pelo “Valor Referenciado de Mercado” ao invés de contratar pelo “Valor Determinado” a ser fixado na apólice.

Sob este aspecto, a apelante afirma que a contratação pelo “Valor Determinado” ensejaria acréscimo no valor do prêmio a ser cobrado, cujo cálculo, segundo ela, apelante, restaria na importância de R\$ 17.887,98 (dezessete mil oitocentos e oitenta e sete reais e noventa e oito centavos) quando a modalidade contratual sobre o “Valor Referenciado de Mercado” importaria em R\$ 14.161,92 (quatorze mil cento e sessenta e um reais e noventa e dois centavos), que foi a quantia cobrada por ocasião da celebração do contrato.

Entretanto, carece de comprovação se tal situação foi levada ao conhecimento do segurado. Ou seja, se o contratado foi devidamente informado de que a diferenciação acima estabelecida se refere à depreciação do veículo para a correta opção da forma contratada.

A omissão dessa comprovação permite a ilação de que o segurado ao contratar a garantia de um veículo novo fosse ressarcido por um bem em idênticas condições, uma vez que as cláusulas do contrato levam a crer que o prêmio pago se refere à quantia desembolsada no ato da compra do veículo e da contratação do respectivo seguro.

Assim, compatível com a votação acima reproduzida, entendo que a ausência da comprovação de que a cobrança do prêmio considerou a depreciação do bem caracteriza evidente enriquecimento ilícito da seguradora, devendo, portanto,

ser avaliada tal cláusula como abusiva a teor do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, aplicável à espécie por força do artigo 3º, parágrafo 2º, do mencionado diploma legal.

Compatibilizando, então, a incidência do Código Consumerista ao presente caso, é de fácil verificação que a cláusula contratual na forma editada viola o capítulo VI (da proteção contratual), cujos artigos 46 e 47 dispõem:

“- Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. (Destaquei).

- Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

Portanto, é de se considerar abusiva a cláusula que contratou o prêmio do seguro sem que haja comprovação de que seu valor considerou a depreciação do bem segurado, levando a crer que a garantia se refere ao valor desembolsado para aquisição de um veículo novo.

Deve, então, ser mantida a sentença quanto a esta insurgência.

Merece destaque a argumentação da apelada em suas contrarrazões, que, embora reconhecendo a contratação pelo “Valor Referenciado de Mercado”, assevera a abusividade da cláusula referente ao prêmio cobrado, afirmando que a própria seguradora informa o valor do veículo segurado como sendo R\$ 165.000,00 (cento e sessenta e cinco mil reais), se referindo à fl. 61 dos autos.

Ora, a fl. 61, relacionada por ela, apelada, é o contrato de ‘*leasing*’ celebrado com Bradesco ‘*Leasing*’ S/A Arrendamento Mercantil, através do Banco Alvorada S/A, no qual são firmados o valor do veículo e as prestações referentes à sua aquisição, sem qualquer relação com o contrato de seguro aqui discutido.

Portanto, mais uma vez, não merece acolhida as contrarrazões neste ponto.

Com relação à restituição parcial do prêmio pago, saliento que a sentença determinou o pagamento do valor equivalente ao período não utilizável para cobertura do bem em decorrência do sinistro, cuja quantia corresponde a 23 (vinte e três) meses, considerando a ocorrência do furto do veículo no 13º (décimo terceiro) mês da vigência do contrato celebrado pelo prazo de três anos.

Parece ter havido engano quanto ao valor fixado na sentença, porquanto constou R\$ 9.015,48 (nove mil, quinze reais e quarenta e oito centavos), quantia esta equivalente à franquia do seguro, como estabelecido na proposta de seguro (fl. 22).

Analisando a proposta acima mencionada, verifico que o valor total do prêmio corresponde a R\$ 14.161,91 (quatorze mil, cento e sessenta e um reais e noventa e um centavos), que equivalem a trinta e seis meses de vigência do contrato. A não utilização dos vinte e três meses após o sinistro enseja a devolução de R\$ 9.047,74

(nove mil, quarenta e sete reais e setenta e quatro centavos), como expressa o pedido inicial da empresa autora, aqui apelada.

Em suas razões a apelante discorre sobre a impossibilidade de devolução integral do prêmio recebido, porquanto argumenta que tal restituição deve se referir apenas ao último ano do contrato, que corresponde ao período não utilizável do seguro.

Afirma ainda que assim procedeu com a disponibilização do cheque para o pagamento da devolução pretendida.

Ora, tal argumentação é compatível com a decisão recorrida, uma vez que a atitude da seguradora em pagar o período não utilizável da cobertura é exatamente o que determina a sentença.

Ou seja, não vislumbro contrariedade à sentença apelada neste ponto, motivo pelo qual deve ser mantida a determinação nela contida quanto à devolução do prêmio não utilizável, mesmo porque, embora conste no apelo a demonstração do pagamento acima referido, não há nos autos a devida comprovação deste fato, seja pelo desentranhamento ordenado em despacho de fl. 342 v, seja por simples omissão da apelante.

De qualquer forma é razoável que se mantenha a determinação da sentença, porquanto ou já restou cumprida, conforme afirmação da apelante, ou enseje a devida cobrança, se ainda pendente seu cumprimento.

Outra insurgência do apelo se refere à inaplicabilidade de multa pelo inadimplemento contratual, porquanto, argumenta a apelante, que disponibilizou o pagamento no prazo previsto, o que inviabiliza a pretensão da empresa autora, aqui apelada.

Com efeito, a empresa autora, aqui apelada, requereu a aplicação da referida multa por descumprimento de prazo, no valor de R\$ 16.500,00 (dezesesseis mil e quinhentos reais), conforme consta no pedido inicial, com fundamentação nas cláusulas 7.6 e 7.7 das condições gerais anexadas à proposta de seguro (fls. 26/57).

A sentença recorrida acatou a argumentação acerca do descumprimento do prazo para pagamento da indenização e a fundamentação da cláusula 7.7 para fixar a incidência da correção monetária e dos juros de mora a partir de 07/08/2010, sem, contudo, denominar, ou considerar, multa contratual.

Efetivamente, a cláusula acima mencionada trata de atualização monetária, comumente utilizada para conservação do valor pecuniário de quantias submetidas à transcorrência de lapso temporal para o efetivo pagamento.

A situação aqui delineada decorre de previsão legal contida no novo Código Civil, cujo artigo 772 prescreve o seguinte:

“Art. 772 – A mora do segurador em pagar o sinistro obriga à atualização monetária da indenização devida segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, sem prejuízo dos juros moratórios.”

Por outro lado, a mora do segurador deve se ater a prazo razoável para

pagamento do sinistro. Pertinente, então, a reprodução de posicionamento doutrinário acerca do prazo para efetivação da mora do segurador, como reproduzido adiante:

“... O prazo para pagamento do valor segurado deve vir previsto em contrato, com limite máximo de trinta dias, conforme se prevê em preceito regulamentar (Circular nº 90/99, da Susep), mas com prazos diversos conforme se trate de seguros especiais, como o marítimo (art. 730, do Código comercial, prazo de cinco dias) ou o obrigatório, de responsabilidade civil, para proprietário de autos (Resolução nº 56/012, da Susep, prazo de cinco dias).”

(Godoy, Cláudio Luiz Bueno; comentário art. 772; Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência; Coordenador: Ministro Cezar Peluso; 3ª ed.; Barueri, SP; Manole; 2009; p. 764).

Assim, em cumprimento ao dispositivo legal comentado e por expressa previsão contratual inserida na cláusula 7.7 das condições gerais, deve ser mantida a atualização monetária se houve efetiva mora da seguradora em adimplir a indenização, cuja ocorrência deverá ser objeto da análise adiante.

De início, é razoável considerar que o prazo para pagamento do valor segurado se inicie com a apresentação da documentação, pela qual deve ser aferido o preenchimento dos requisitos contratuais para honrar a cobertura contratada e a complexidade do sinistro, como definida pela cláusula 7.6 das condições gerais.

A sentença apelada considerou a data de comunicação do sinistro em 24/06/2010, confirmada pela recorrente em seu recurso, e fixou o dia 05/07/2010 como término da apresentação dos documentos e início do prazo para pagamento do sinistro, o que não foi contestado pela seguradora apelante.

A seguradora, contudo, pretende que seja desconsiderado os primeiros trinta dias a partir da comunicação do furto, porquanto tal prazo seria necessário para localização do veículo, a teor da cláusula 7.2 das condições gerais.

Além disso, informa a apelante que apenas após a decorrência de trinta dias sem que o veículo segurado fosse localizado é que solicitou o envio dos documentos. Apesar de discorrer acerca da dificuldade em angariar os documentos necessários, a apelante não informa em que data pode ser considerado o cumprimento da tarefa para início do prazo de pagamento da indenização.

Insiste, porém, a empresa recorrente, que disponibilizou o cheque à beneficiária do contrato dentro do prazo, o que, em sua ótica, descaracteriza a mora apontada e a aplicação da multa na forma imposta.

Com relação ao prazo de trinta dias, observo que duas cláusulas regulam sua contagem, quais sejam, a 7.6 que prevê o início da contagem a partir da apresentação dos documentos, e a cláusula 7.2, que, em caso específico de roubo ou furto do veículo, deve ser observado o prazo a partir da comunicação às autoridades para sua localização, a qual, sem êxito, enseja que “... a Seguradora indenizará o Segurado em moeda corrente ou entregar-lhe-á outro veículo equivalente.” (sic).

O que se depreende das argumentações da apelante é que ela quer se beneficiar, ao mesmo tempo, dos prazos estabelecidos nas cláusulas mencionadas, ou seja, pretende a fluência do prazo de localização do veículo inserto na cláusula 7.2, e, só após, que se dê início à coleta dos documentos, para, então, iniciar novo prazo de trinta dias para pagamento do sinistro, como dispõe a cláusula 7.6.

Não se mostra razoável a cumulação dos prazos na forma pretendida pela empresa apelante, porquanto a circular nº 90/99 da Susep, mencionada na reprodução doutrinária anteriormente reproduzida, fixa o limite máximo de trinta dias para pagamento da indenização, ressalvado o tempo suficiente à coleta de documentos. (Destaquei).

A diversidade de prazo contida nas condições gerais do seguro, ambas alcançando o limite de trinta dias, demonstra alternatividade em sua fluência, sendo inteiramente descabida sua cumulação por estender demais o prazo fixado pela referida circular.

Ou seja, a utilização do prazo para localização do veículo, nos casos específicos de roubo ou furto, implicará na indenização imediata se não resultar em êxito a busca do bem, porquanto o fato não carece de maiores avaliações por não demonstrar complexidade em relação a outro tipo de sinistro. Observe-se que a regra é clara ao expressar que “... a Seguradora indenizará o Segurado em moeda corrente ou entregar-lhe-á outro veículo equivalente” caso “... não tenha sido o mesmo apreendido nem localizado oficialmente, mediante comprovação hábil...”.

Por outro lado, ambos os prazos coincidem com o limite máximo determinado em circular pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), a qual, como autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, é o órgão indicado para estabelecer tais diretrizes.

Conclui-se, então, que o prazo para pagamento do sinistro em questão deve fluir de acordo com a cláusula 7.2, por se tratar de regra específica para os casos de roubo ou furto.

Sob tal aspecto, o aviso do roubo do veículo às autoridades policiais se deu através de boletim de ocorrências nº 102-13153/2010, cuja cópia se vê às fls. 18/19 dos autos, onde consta a data da comunicação em 24/06/2010. Pela explanação supra e por previsão contratual da cláusula 7.2 desta data deve fluir o prazo de trinta dias para pagamento da indenização.

A apelante insiste na afirmação de que o pagamento foi efetuado no prazo, com a disponibilização do cheque à “beneficiária” do seguro, a qual seria a Bradesco ‘Leasing’. Pela análise dos documentos acostados pela apelante com sua contestação, mormente o histórico do processo de pagamento do sinistro (fls. 158/174), consta a previsão do pagamento para 16/08/2010 (fls. 161 e 174).

Embora conste tal informação, é certo que o pagamento não se realizou, uma vez que a própria empresa apelada quitou o contrato de ‘leasing’, como comprovam os documentos de fls. 222/224.

De outra sorte, a inclusão da Bradesco ‘Leasing’ como beneficiária do seguro

contrária disposição contratual, inserta na cláusula 7.4 das condições gerais, acerca de veículos alienados, pela qual, via de regra, a indenização integral será direcionada ao segurado para liquidar o saldo devedor da financeira mediante comprovação.

Disposição alternativa da mesma cláusula prevê a liquidação do financiamento pela seguradora e o pagamento da diferença ao segurado.

Ainda pela análise do histórico acima mencionado, existe informação de que o segurado autorizou a quitação do ‘*leasing*’ pela seguradora (fl. 158), porém, tal atitude não justifica o pagamento integral da indenização à empresa arrendadora, uma vez que o saldo final do arrendamento correspondia a cerca de quarenta por cento (R\$ 65.540,51) do total contratado (165.000.00) – vide fls. 222.

Ademais, a intervenção da Bradesco ‘*Leasing*’ deve ser afastada de todo, tendo em vista a comprovação de que o contrato de arrendamento foi resolvido com o julgamento da ação consignatória ajuizada pela empresa apelada – vide fls. 353/369.

Fato inconteste é que o pagamento não se realizou.

Portanto, deve ser mantida a sentença no que diz respeito à atualização dos valores devidos nos termos da cláusula 7.7 das condições gerais, devendo, porém, ser alterada a data do início de sua incidência para 24/07/2010, quando decorreram trinta dias da comunicação do sinistro às autoridades policiais, como previsto na cláusula 7.2 das mesmas condições gerais.

Por derradeiro, a empresa apelante apresenta insurgência quanto à condenação por litigância de má-fé.

A condenação imposta se fundamentou no inciso II do artigo 17 do CPC, porquanto o magistrado de primeiro grau considerou que houve alteração da verdade dos fatos quando a empresa promovida, aqui apelante, informou o pagamento do sinistro sem tê-lo efetuado.

Por sua vez, a apelante argumenta que houvera equívoco quanto à informação do pagamento, e que, ao tomar conhecimento da recalcitrância da beneficiária do seguro (Bradesco ‘*Leasing*’) em receber o valor disponibilizado, imediatamente comunicou ao juízo da causa e ao relator do agravo de instrumento que houvera interposto.

Efetivamente, analisando o histórico do procedimento de liquidação do sinistro (fls. 158/274), se denota que a seguradora, em nenhum momento, se furtou ao pagamento devido. A disponibilização do numerário em 16/08/2010, embora não tendo sido direcionada ao segurado, permite inferir que o pagamento ocorreria.

Tal informação, talvez transmitida de forma açodada ao representante jurídico da empresa, não permite vislumbrar que houve má-fé na condução deste procedimento, principalmente se não houve contrariedade, nem comprovado prejuízo à parte contrária.

Embora, em sua primeira intervenção, a seguradora tenha informado o pagamento (fls. 95/96), e interposto recurso de agravo contra a decisão que determinou o excessivo bloqueio em suas contas (fls. 114/129), contendo a mesma informação, merece destaque sua retratação constando aviso oriundo do departamento de sinistro de

que não houvera o pagamento da indenização – vide fls. 180/183 (relativos ao processo) e cópias de fls. 287/295 (relativos ao agravo).

Veja-se adiante lição doutrinária acerca da tipificação de litigância de má-fé:

“Litigância de má-fé: tipificação: Também a alteração intencional da matéria fática, com descrição de situações não ocorridas fora do processo ou verificadas de forma diversa, implica exposição dos fatos em desconformidade com a verdade, configurando quebra de dever processual (art. 14, I) e, conseqüentemente, litigância de má-fé, como disposto no inciso II do artigo em exame. Nessa linha, não procede com boa-fé a parte que nega fato que sabe existente, ou afirma fato de cuja inexistência tem conhecimento...”

(Bedaque, José Roberto dos Santos – comentário ao artigo 17 *in* Código de Processo Civil Interpretado; Coordenador: Antônio Carlos Marcato; 3ª edição; São Paulo; Atlas; 2008; p. 60/61).

Compatibilizando a exposição doutrinária com o presente caso, entendo não ter havido a exigida intencionalidade para configurar a “alteração da verdade dos fatos” de modo a caracterizar mau comportamento processual.

As retratações mencionadas ressaltam a ocorrência de equívoco, ou demonstram mais certa precipitação na transferência de informações ao representante jurídico da empresa, porquanto a situação delineada apontava para o efetivo pagamento da indenização, de acordo com o histórico de liquidação do sinistro já analisado.

Assim, deve ser afastada a litigância de má-fé na forma imposta pela decisão recorrida, porquanto, em meu sentir, não ficou devidamente configurada a intenção de alterar a informação da realização do pagamento, assim como a afirmação da liquidação parecia conclusão lógica pelo desenrolar do procedimento adotado pela seguradora.

Portanto, considerando a exposição supra, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para afastar a condenação em litigância de má-fé e alterar a data do início de incidência da atualização dos valores devidos, sem, contudo, reconhecer qualquer limitação à defesa da apelante, mantendo, em consequência, a sentença em relação ao valor da indenização e quanto à devolução do valor do prêmio por período não utilizável.

Com este julgamento, entendo despicienda a atribuição do efeito suspensivo ao recurso na forma pretendida.

Esclareço ainda que o valor da indenização deve abater a quantia já levantada pela empresa apelada por força do alvará expedido em conformidade com o expediente de fls. 175/178, se, porventura, tiver sido cumprido.

É como voto.

Fortaleza, 17 de Julho de 2013.

REEXAME NECESSÁRIO Nº 0007553-50.2000.8.06.0101
RECORRENTE: MUNICÍPIO DE ITAPIPOCA
RECORRIDO: VICENTE CARNEIRO DAVID
RELATOR: DES. VÁLDSSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL.

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA SUSCITADA *EX OFFICIO*. ART. 100 CF. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Considera-se título executivo judicial a sentença homologatória de transação.

2. A ausência de intimação do Ministério Público só pode ser suscitada para anular sentença, quando comprovado efetivo prejuízo.

3. Sentença Monocrática reconhece eficácia da sentença como título executivo e não reconhece prejuízo ao ente público.

4. Transação realizada entre ente público e o particular. Ausência de observância ao Art. 100 CF. Matéria de ordem pública. Conhecimento *ex officio*. Inobservância dos Princípios da Legalidade, da Separação dos Poderes e da Supremacia do Interesse Público. Recurso Conhecido e Provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade de votos, em conhecer do apelo, por tempestivo, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator, o qual faz parte desta decisão.

VOTO

O recurso é tempestivo e o Município de Itapipoca está dispensado do respectivo preparo (§ 1º do art. 511, CPC). Presentes os demais requisitos intrínsecos e extrínsecos, passo ao seu conhecimento.

Trata-se de Reexame Necessário contra decisão que indeferiu pedido de inexigibilidade do título proposto nos Embargos de Terceiros. Diante da análise dos autos, observo que o título que embasou a Execução de Sentença Contra à Fazenda Pública, originou-se de transação efetuada entre o Município, no ato representado pelo então prefeito e o particular prestador de serviço público.

Ocorre que a Fazenda Pública, ao contrário dos particulares, possui procedimento próprio para cobrar e pagar suas obrigações com o particular. Interessam, neste momento, os procedimentos estabelecidos pela lei para o pagamento das dívidas públicas.

Tal questão nos remete ao art. 100 da Constituição Federal, que elege o precatório como meio de pagamento das obrigações de valor líquido, certo e exigível, quando decorrentes de ordem judicial:

Art.100: Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à contra dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentais e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Mas ao contrário do que se poderia concluir a partir do caput do artigo, o precatório não foi eleito como único instrumento de pagamento das dívidas decorrentes de decisão judicial, porque o constituinte derivado, através da EC nº. 62/2009, criou outro rito, quando a dívida for considerada de pequeno valor. E o débito será considerado como tal, segundo a definição a ser dada pela lei da respectiva entidade federativa:

§3º O disposto no caput deste artigo relativo à expedição de precatório não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§4º Para fins do disposto no §3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

A sistemática para o pagamento dessas pequenas importâncias, consubstanciadas em títulos judiciais, passou-se a chamar de Requisições de Pequeno Valor (art. 17 da Lei no. 10.259/2001)

Portanto, verifica-se que, seja pela identidade de normas, seja pela disposição dos preceitos reguladores que tratam das modalidades de pagamento de dívidas judiciais pela fazenda pública, precatório e requisição de pequeno valor são espécies de um mesmo gênero.

E para que não haja qualquer dúvida a respeito, basta citar as disposições do art. 17 da Lei nº. 10.259/2001 e art. 13 da Lei no. 12.153/2009, que, quase com identidade textual, admitem que uma dívida a ser paga por precatório, seja cumprida mediante requisição de pequeno valor, desde que o credor renuncie ao excedente àquele definido por lei como dívida de menor valor.

Seria impossível se falar em conversão de um procedimento em outro, se os institutos fossem de naturezas diferentes. O que os diferencia na verdade é o montante da dívida e o procedimento que será adotado pela Fazenda Pública, se de imediato ou mediante ordem de apresentação, considerada a previsão orçamentária para esse fim.

O Brasil é proclamado em sua Constituição como um Estado Democrático de Direito, o que implica na separação dos poderes, no reconhecimento de direitos básicos ou fundamentais contra o estado soberano, enfim, no respeito à lei e nos princípios encartados na Carta Fundamental.

Dentre esses princípios, tem grande relevância o da Legalidade. Elencado dentre os direitos fundamentais, proclama que ninguém é obrigado a fazer ou não fazer, senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF).

Segundo ensinamentos doutrinários, nas lições de Alexandre de Moraes:

[...] tal princípio visa combater o Poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benéfico da lei”.

(Direito Constitucional, Atlas, 5ª Ed., p. 66.)

A obediência à lei, é a segurança da prevalência do interesse público sobre o particular, por ser ela a expressão da vontade popular, a partir de sua criação pelo poder eleito e constituído para tanto. Daí porque, esse princípio é novamente proclamado pela Carta Magna ao tratar da Administração Pública (art. 37, CF).

E nesse particular, a norma tem por escopo limitar à ação do administrador, de modo que sua ação esteja sempre em consonância com o mandamento legal, sob pena do ato se caracterizar como ilícito ou abusivo.

Conforme ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

[...] na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

(Direito Administrativo Brasileiro, Melhoramentos, 21ª Ed., p. 82)

A relevância desse princípio no caso *sub judice*, resulta da pretensão

da Fazenda Pública de transacionar suas obrigações com a particular, ainda que este seja prestador de serviços, deve o credor buscar promover a ação adequada para obter uma sentença judicial, porém é mister que haja a perfeita observância ao art. 100 da Constituição Federal.

Mas a primeira dificuldade no acolhimento desse pleito resulta da própria natureza do título, pois se trata de uma sentença judicial. Ocorre que a mesma representa a homologação de um acordo. Observa-se que texto constitucional que, ao tratar de modalidades de adimplemento obrigacional, possibilitou à fazenda pública apenas se utilizar do instituto da compensação, e ainda se limitou a permiti-la apenas com relação aos precatórios e não ao procedimento para pagamento das obrigações de pequeno valor – leia-se as RPVs (§ 3º). Se o legislador assim podia dispor, mas não o fez, **não é dado ao interprete ampliar as hipóteses de adimplemento obrigacional.**

Entendimento ao contrário, implicaria em violação ao princípio da legalidade estrita, porque se estaria criando, em favor da Fazenda Pública, meios outros para alcançar o pagamento de seus créditos fora o regramento estabelecido por lei.

A matéria não fica restrita ao que foi acima exposto, admitir a transação com a Fazenda Pública, violaria princípios fundamentais, como separação dos poderes.

A tripartição dos Poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário - está atrelado à definição de democracia e na necessidade de limitar a ação do poder público, outrora déspota na imposição de sua vontade.

Diante de tudo que foi exposto, observo que a matéria observada na presente questão é de ordem pública. Sabe-se que as questões de ordem pública são imperativos que norteiam a correta aplicação da atividade jurisdicional. Delas não se podem afastar os litigantes ou o julgador. Portanto, permite a lei que o Magistrado conheça delas *ex officio*, ainda que não suscitadas pelas partes.

No caso em tela, pugna o Município pela inexigibilidade do contrato, fundamentando na necessidade de ouvir o Ministério Público. Porém, observo que não houve prejuízo para o ente público, conforme suscitado na sentença *a quo, in verbis*:

No tocante à alegação de nulidade da aludida sentença homologatória, pela ausência de manifestação do Ministério Público, não foi alegado e nem comprovado que tal omissão causou efetivo prejuízo à defesa dos interesses do município embargante, que no ato do acordo celebrado, foi representado pelo Prefeito Municipal e devidamente assistido por procurador judicial, como bem observou a culta Promotoria de Justiça.

Portanto, os fundamentos suscitados pelo embargante não são hábeis para propiciar o reconhecimento da inexigibilidade do título. Ocorre que por se tratar de matéria de ordem pública, observando a flagrante afronta aos princípios da estrita legalidade, da separação dos poderes e da Supremacia do interesse público reconheço que a sentença não pode ser meio hábil para reconhecer a existência de um crédito em face da fazenda pública.

Diante do exposto, CONHEÇO do presente Reexame Necessário para DAR-LHE provimento, e reconhecer a inexigibilidade do título embasante da Ação de Cumprimento de Sentença nº 7748-35.2000.8.06.0101/0, não por acolher os fundamentos suscitados pelo embargante, mas por se tratar de matéria de ordem pública.

É como voto.

Fortaleza, 20 de setembro de 2011

PROCESSO Nº 0757735-08.2000.8.06.0001

APELAÇÃO CÍVEL

APELANTE: ESTADO DO CEARÁ

APELADO: MÁRCIO ALVES DE MELO TÁVORA

RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA

ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO CAUTELAR. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-ADMINISTRADOR. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. COMPROVADA INFRAÇÃO À LEI PRATICADA PELO DIRIGENTE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA EM RELAÇÃO AOS FATOS GERADORES OCORRIDOS NA ÉPOCA EM QUE ESTEVE À FRENTE DA ADMINISTRAÇÃO. APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.
2. *In casu*, consta dos autos que o apelante era sócio-administrador da referida empresa quando da ocorrência do fato gerador dos créditos tributários objetos do Auto de Infração de n. 267347/96.
3. Apenas sua condição de dirigente já é capaz de revelar a sua ciência do inadimplemento dos tributos, caracterizando, inequivocamente, ato ilícito, porquanto há conhecimento da lesão ao erário, fundamentado na conduta ilegal do administrador e gerentes da empresa, que realizaram aproveitamento de créditos indevidos.
4. Apelo conhecido e provido. Sentença modificada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0757735-08.2000.8.06.0001, em que são partes as acima descritas.

ACORDA a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer e dar provimento ao presente recurso de Apelação,

desconstituindo a sentença *a quo*, para julgar improcedente a Ação Cautelar Preparatória à Ação Anulatória movida por Márcio Alves de Melo Távora, nos termos do voto do e. Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto pelo Estado do Ceará, com o fito de reformar a sentença da lavra do d. Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, que julgou procedente a Ação Cautelar Preparatória à Ação Anulatória movida por Márcio Alves de Melo Távora.

Na exordial da referida Ação Cautelar, o autor, ora apelado, alegou que o Estado do Ceará lhe exige, indevidamente, como co-responsável, o pagamento de crédito tributário oriundo do auto de infração n. 267347, gerado pelo inadimplemento da empresa Big Freezer Indústria e Comércio de Congelados Ltda., da qual figurou como sócio-cotista até o ano de 1996.

Afirmou que tal atitude não encontra substrato legal, posto que afastado há mais de sete anos da empresa quando lavrado o auto de infração. Relatou, ainda, que não foi intimado para nenhum ato do processo administrativo que gerou a inscrição do débito na Dívida Ativa. Pugnou, ao final, pela suspensão do crédito tributário constituído, para que o ente estatal se abstenha de cobrar o referido crédito, até o julgamento final da ação principal.

Contestação apresentada pelo Estado do Ceará, mediante a qual defendeu a legitimidade passiva e subsidiária do autor, como co-responsável pelo pagamento da dívida, bem como salientou a validade da intimação dos atos realizados no procedimento administrativo, eis que a referida empresa foi intimada de todos os atos.

O Ministério Público de primeiro grau opinou pela improcedência da Ação, em conformidade com o parecer de fls. 126/127.

O juiz *a quo* prolatou a sentença de fls. 129/134, julgando procedente a pretensão autoral, a fim de determinar a imediata suspensão do crédito tributários advindo do auto de infração n. 267347, por entender que não ficou demonstrada má gestão por parte do demandante, bem como que o mesmo teve seus direitos de ampla defesa e contraditório cerceados, em virtude da ausência de sua intimação pessoal no processo administrativo.

Irresignado, o Estado do Ceará interpôs o presente Apelo, de fls. 136/148, arguindo, em suma:

a) que, conforme se observa da certidão emitida pela Junta Comercial, o Aditivo ao Contrato Social, mediante o qual o requerente legalmente deixou a condição de administrador da empresa, somente foi registrado em 08 de setembro de 1997;

b) que, portanto, o recorrido exerceu a administração da pessoa jurídica devedora até o momento da ocorrência das infrações descritas no AI n. 267347, posto que refere-se a fato gerador ocorrido no exercício financeiro de 2006;

que, por tais fatos, deve o apelado continuar a constar como coobrigado;
d) que restou sobejamente demonstrada a ação dolosa dos administradores da empresa, pois forjaram operações inexistentes, a fim de obterem créditos tributários indevidos;

e) que não houve cerceamento de defesa, posto que a citada empresa foi intimada dos todos atos realizados no procedimento administrativo.

Pede a reforma integral da decisão investivada.

Contrarrazões às fls. 151/162, salientando o apelado, em síntese, que não é responsável tributário pelas dívidas da empresa, eis que transferiu regularmente suas cotas a terceiro, continuando, com estes, a atividade da sociedade, inexistindo prova de que tenha agido com excesso de poderes, pelo que pugna pela manutenção da decisão *a quo*.

Recebido o recurso em seus efeitos legais, ascenderam os autos a esta e. Corte, ocasião em que foram regularmente distribuídos à e. Des. Maria Nailde Nogueira.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça às fls. 177/180, deixando de emitir parecer de mérito, por entender desnecessária sua intervenção.

Redistribuídos os autos, vieram-me conclusos, por vez primeira, em 09 de agosto de 2011.

É o relato.

À Doutra Revisão.

Fortaleza, 06 de setembro de 2011.

VOTO

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade, conheço do recurso interposto, por apresentar os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

O cerne da contenda cinge-se à análise de plausível existência de responsabilidade do ora apelado face às dívidas fiscais da empresa Big Freezer Indústria e Comércio de Congelados Ltda., da qual este figurava como sócio-cotista.

A responsabilidade do sócio-administrador pelos débitos fiscais da empresa é excepcional. A regra geral, mesmo no âmbito do direito tributário, é a de que não se confundem a sua esfera jurídica com a da sociedade, salvo nos casos de infração à lei, ao contrato social ou estatutos (art. 135, III, do CTN), e em relação aos fatos geradores ocorridos na época em que esteve à frente da administração.

É exatamente o caso dos autos.

Cabe destacar, primeiramente, que não restam dúvidas quanto à constatação de que o apelado era sócio-administrador da empresa devedora à época da infração que gerou a inscrição de seu nome Certidão de Dívida Ativa de fls. 57.

É que, consoante a informação de fls. 76, este apenas efetuou sua saída

da sociedade em 08 de setembro de 1997, havendo o fato gerador da dívida ocorrido anteriormente, posto que o próprio auto de infração foi lavrado em 20 de maio de 1996 (fls. 77).

Destarte, sua posterior saída da sociedade não impede que lhe seja imposta responsabilidade tributária em relação aos fatos geradores ocorridos na época em que esteve à frente da administração.

No tocante ao redirecionamento da execução fiscal, dispõe o art. 135, do Código Tributário Nacional:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Em face do preceituado neste dispositivo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, veja-se:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO. ADMINISTRADOR. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. SÚMULA N. 168/STJ.

1. “Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. **A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente**” (EREsp n. 260.107, Primeira Seção, Ministro José Delgado).

2. “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal firmou-se no mesmo sentido do acórdão embargado” (Súmula n. 168/STJ).

3. Embargos de divergência não conhecidos.

(EREsp n.º 422.732/RS, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 09/05/2005). (Grifou-se)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. **A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.**

2. Em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não são responsáveis pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4, 5, 6 e 7. *Omissis*

8. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 276.779/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2001, DJ 02/04/2001 p. 260). (Grifou-se)

In casu, como já destacado, consta dos autos que o apelante era sócio-administrador da referida empresa quando da ocorrência do fato gerador dos créditos tributários objetos do Auto de Infração de n. 267347/96. Apenas sua condição já é capaz de revelar a sua ciência do inadimplemento dos tributos, caracterizando, inequivocamente, ato ilícito, porquanto há conhecimento da lesão ao erário, fundamentado na conduta ilegal do administrador e gerentes da empresa, que realizaram aproveitamento de créditos indevidos.

Com isso, demonstrada está a sua responsabilidade tributária, eis que claramente comprovada a infração à lei praticada pelo dirigente.

Por todo o exposto, conheço do presente Apelo, para dar-lhe provimento, desconstituindo a sentença *a quo*, para julgar improcedente a Ação Cautelar Preparatória à Ação Anulatória movida por Márcio Alves de Melo Távora.

É como voto.

Fortaleza, 06 de setembro de 2011.

Nº PROCESSO: 0078684-84.2006.8.06.0001

TIPO DO RECURSO: APELAÇÃO

ORIGEM: 24ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA

APELANTE: UNIMED DE FORTALEZA – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA

APELADO: FRANCISCO LOURIVAL LIMA DE ARAÚJO

RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO

ÓRGÃO JULGADOR: 7ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PLANO DE SAÚDE. PUBLICIDADE ENGANOSA. OMISSÃO DE INFORMAÇÃO RELEVANTE, DESDE ANTES DA ASSINATURA DO CONTRATO ATÉ O MOMENTO DA NECESSIDADE DA COBERTURA. INDUÇÃO DO CONSUMIDOR A ERRO. CDC, ART. 37, §§ 1º E 3º. PROVA DOCUMENTAL BASTANTE. SENTENÇA CONFIRMADA.

1 - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (CDC, art. 37, *Caput* e §1º);

2 - Há dois tipos de publicidade enganosa: por comissão e por omissão (CDC, Art. 37, §3º). Constata-se que a publicidade da Unimed é enganosa por omissão de informação relevante, capaz de induzir o consumidor a erro, como de fato ocorreu, consistindo exatamente nisso a conduta ilícita da demandada, o que gerou a obrigação de indenizar.

3 - É o que se verifica por meio do exame do documento de fl. 12, que consiste em publicidade feita na própria própria fatura de pagamento, com finalidade de conseguir adesão ao plano de atendimento domiciliar Unimed Urgente, afirmando o anúncio que, aderindo ao plano, o consumidor poderia “*ter a disposição 24h por dia uma equipe de médicos cooperados especialmente treinados e equipados para prestar atendimento de urgência em qualquer lugar de fortaleza, ou ainda, para transferência entre hospitais credenciados da Unimed de*

qualquer lugar do País”. Referido anúncio não especifica que o atendimento é somente no domicílio do consumidor, que esteja localizado em qualquer lugar de Fortaleza, trazendo, desse modo, uma omissão relevante no entendimento do alcance da cobertura do atendimento.

4 - O Código de Defesa do Consumidor concedeu à propaganda a natureza jurídica de um contrato. Se antes, havia uma mera campanha publicitária, a partir do momento em que o consumidor efetivou o vínculo, através da aquisição do produto, a oferta ganha caráter contratual. Precedentes deste E. Tribunal.

5 – Apelo conhecido e improvido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº. 0078684-84.2006.8.06.0001, em que são partes Unimed de Fortaleza – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda, como apelante, e Francisco Lourival Lima de Araújo, como apelado, ACORDA a Sétima Câmara Cível desta Corte de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Examinado, trata-se de Apelação Cível interposta por Unimed de Fortaleza em face de sentença que julgou parcialmente procedente Ação de Reparação de Danos ajuizada por Francisco Lourival Lima de Araújo.

O mérito autoral se baseia na alegação de que o autor, que seria conveniado da demandada há mais de dez anos, teve o serviço de atendimento urgente negado quando da ocasião em que sofreu acidente na Praia de Caça e Pesca, momento em que se encontrava desassistido e impossibilitado de se locomover por conta própria; que, uma vez atendido pelo CIOPS, foi levado ao hospital da Unimed, que o teria atendido com descaso, razão pela qual teria necessitado retornar ao mesmo, depois de dois dias, para ser devidamente medicado. Requestou, ao final, a condenação da demandada a reparação de danos no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Contestação às fls. 37/57.

Réplica às fls. 122/127.

Na sentença (fls. 134/141), o juízo de origem entendeu como válidas as cláusulas de cobertura de atendimento tal como se encontram no contrato, uma vez que redigidas em termos claros e de fácil compreensão. Entretanto, constatou tratar-se de caso em que o consumidor foi induzido a erro ainda em momento anterior à assinatura

do contrato e durante sua continuidade, razão pela qual julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a demandada à reparação de danos morais, arbitrados no valor de dez salários mínimos, com fundamento no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil c/c o art. 37, §§ 1º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Inconformada, a Unimed interpôs recurso de apelação (fls. 143/160) alegando, em suma, a inexistência de ilícito, suscitando, para isso, a legalidade de estipulação de limitações contratuais; a validade do contrato de adesão; o princípio do *pacta sunt servanda*; inexistência da obrigação de indenizar.

É o que importa relatar.

Ao Revisor.

Fortaleza, 15 de outubro de 2012.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da apelação interposta.

A Unimed interpôs recurso de apelação (fls. 143/160), em face de sentença que julgou parcialmente procedente ação de reparação de danos, alegando, em suma, a inexistência de ilícito, suscitando, para isso, a legalidade de estipulação de limitações contratuais; a validade do contrato de adesão; o princípio do *pacta sunt servanda*; inexistência da obrigação de indenizar.

De todo improcedente. A sentença merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

De logo, cabe salientar que o apelante foi condenado à reparação de danos não em virtude de quebra de contrato, mas sim por prática de publicidade enganosa, que teria induzido o autor, ora apelado, a erro, fazendo-o crer que pagava por um serviço que a Unimed não tinha disposição de fornecer ao mesmo.

Desta feita, desnecessário se faz tergiversar acerca das alegações acerca da licitude das cláusulas contratuais, pois o ilícito reconhecido pelo juízo de origem concerne, como já comentado, à propaganda enganosa que criou, desde antes à assinatura do contrato, uma falsa expectativa no consumidor, e como tal somente se revelou quando o mesmo se viu numa situação real de necessidade de sua prestação.

É o que se verifica por meio do exame do documento de fl. 12, que consiste em publicidade feita na própria fatura de pagamento, com finalidade de conseguir adesão ao plano de atendimento domiciliar Unimed Urgente, afirmando o anúncio que, aderindo ao plano, o consumidor poderia “*ter a disposição 24h por dia uma equipe de médicos cooperados especialmente treinados e equipados para prestar atendimento de urgência em qualquer lugar de fortaleza, ou ainda, para transferência entre hospitais credenciados da Unimed de qualquer lugar do País.*”

Referido anúncio não especifica que o atendimento é em domicílio do

consumidor que esteja localizado em qualquer lugar de Fortaleza, trazendo, desse modo, uma omissão relevante no entendimento do alcance da cobertura do atendimento.

O Código de Defesa do Consumidor proíbe expressamente a publicidade enganosa, pois essa provoca uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos ou serviços que, se estivesse melhor informado, possivelmente não o faria.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Tais dispositivos visam, como as demais normas previstas no código consumerista, proteger, de forma privilegiada, a parte mais fraca da relação de consumo, visando evitar, claramente, abusos dos comerciantes e fabricantes, ou prestadores de serviços, estes visivelmente mais fortes em relação àqueles.

Há dois tipos de publicidade enganosa: por comissão e por omissão. Constata-se que a publicidade da Unimed é enganosa por omissão de informação relevante, capaz de induzir o consumidor a erro, como de fato ocorreu, consistindo exatamente nisso a conduta ilícita da demandada, o que gerou a obrigação de indenizar.

Indubitável é a reparação por perdas e danos, visto que o dano moral revela-se incontroverso, diante dos transtornos e constrangimentos sofridos em decorrência da falsa expectativa de serviço criada pela Unimed, além da frustração causada pela necessidade de uso do mesmo. Nesse sentido este e. Tribunal tem se pronunciado:

CIVIL. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. INOCORRÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O Código de Defesa do Consumidor concedeu à propaganda a natureza jurídica de um contrato. Se antes, havia uma mera campanha publicitária, a partir do momento em que o consumidor efetivou o vínculo, através da aquisição do produto, a oferta ganha caráter contratual;

2. Evidenciado o marketing realizado pela empresa, com o objetivo de alcançar pessoas para o consumo de seus produtos, a empresa se torna responsável por tudo aquilo que propôs, é a chamada “captura consumerista”;

3. O valor do *quantum* indenizatório deve ser fixado de acordo com os princípios da razoabilidade e moderação;

4. Sentença reformada;

5. Apelação provida, em parte.

(TJCE, Apelação cível 59816838200080600011, Relator(a): FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA, Órgão julgador: 4ª Câmara Cível, Data do julgamento: 24/10/2008, Data de registro: 04/11/2008)

Acerca do “*quantum*” arbitrado a título de indenização por danos morais, orienta a jurisprudência pátria que a vítima de lesão a direitos de natureza não patrimonial deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, e arbitradas segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva.

Nesse sentido, a insigne professora MARIA HELENA DINIZ preleciona:

“[...] na reparação do dano moral não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial. O dano moral resulta, na maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade: vida, integridade física, honra, liberdade etc. Por conseguinte, não basta estipular que a reparação mede-se pela extensão do dano. Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante, inibindo comportamentos lesivos. Inserem-se neste contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, com a análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito. Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a ‘‘inibir comportamentos antissociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade’’, traduzindo-se em ‘‘montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo’’.”

(“Curso de Direito Civil Brasileiro”; 18a ed.; Saraiva: São Paulo; 2004, p. 105).

Contudo, o valor da indenização decorrente de danos morais deve ser suficiente para, de um lado, proporcionar à vítima uma satisfação compensadora dos sofrimentos, e de outro, servir como sanção substancial ao causador do dano, de modo que lhe sirva de fator de desestímulo à prática de atos ilícitos desta natureza (teoria do desestímulo), tudo isso considerando a capacidade econômica do ofensor, a posição social da vítima e a extensão do prejuízo causado, bem como as circunstâncias do caso em concreto.

E, em atenção a esses parâmetros face às peculiaridades do caso concreto, afigura-me acertado, por ser razoável, o valor arbitrado no juízo de origem, correspondente à 10 (dez) salários mínimos, a título de reparação por danos morais.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Fortaleza, 17 de setembro de 2012.

Nº PROCESSO: 0094669-59.2007.8.06.0001
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA
COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: HAROLDO RODRIGUES DE ARAÚJO JR E ALICE FESTAS LTDA
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ-005

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE ICMS SOBRE DEMANDA RESERVADA DE ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA SOBRE A DEMANDA CONTRATADA E NÃO SOBRE O CONSUMO EFETIVO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA nº 391 DO STJ. JURISPRUDÊNCIA SATURADA. PRECEDENTES STJ e DESTA CORTE: AGRG NO AG 1.235.384/MG, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 3/8/2010, DJE 17/8/2010; AGRG NO RESP 949.327/MG, DJ DE 28.4.2008, RELATOR MINISTRO JOSÉ DELGADO; RESP 809.753/PR, DJ DE 24.4.2006, RELATOR MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI; ERESP 279491/SP, DJ 8.5.2006, RELATOR PARA O ACÓRDÃO MINISTRO PEÇANHA MARTINS; RESP 861.841/MT, REL. MINISTRO HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJE 23/4/2009. AGRG NO RESP 949.327/MG; TJCE, 1ª CÂMARA CÍVEL, AP. CÍVEL N. 27369-17.2006.8.06.0001/1; TJCE, 1ª CÂMARA CÍVEL, APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO 33241132006 80600011, RELATOR(A): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA. CONHEÇO DO RECURSO, MAS PARA LHE DAR IMPROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0094669-59.2007.8.06.0001, em que figuram como Apelante: Estado do Ceará e como Apelados: Haroldo Rodrigues de Araújo JR e Alice festas LTDA.

ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO do APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e Apelação interposta pelo ESTADO DO CEARÁ contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que, em mandado de segurança, ajuizada por HAROLDO EUCLIDES DE ARAÚJO JUNIOR ME E ALICE FESTAS LTDA, que concedeu a segurança com o fim de determinar a exclusão da hipótese de incidência do ICMS no valor da energia elétrica não consumida, em decorrência do contrato de demanda reservada de potência.

Arguiu o apelante em preliminar, que o autor não produziu prova de que seu consumo é menor que a demanda contratada, concluindo pela falta de interesse processual e da falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo.

Em sede meritória, reitera as alegações apresentadas na proemial acerca da ocorrência de fato gerador, pela simples existência de contratação.

Sustenta, que é sobre o valor da demanda faturada que incide o ICMS respectivo, vez que, a partir do fornecimento, houve circulação de mercadoria, protestando, por fim, pelo conhecimento e provimento do recurso.

Intimado, o apelado apresentou contrarrazões, às fls. 149/165, pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

Parecer da Doutra procuradoria Geral de Justiça, onde pugna pelo conhecimento do recurso, mas por seu improvimento.

É o relatório.

À doutra Revisão.

Fortaleza, 26 de setembro de 2012.

VOTO

Renovando o juízo de admissibilidade recursal quanto ao recurso de apelação em curso nestes autos, verifico o atendimento de todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos que compõem o referido crivo, levando-o ao qualificativo da positividade e, assim, ao conhecimento do recurso.

Com efeito, o referido recurso revela-se, de um lado: cabível, manejado por parte legítima, dotada de interesse recursal (posto sucumbente no feito), e que não praticou qualquer ato que revele a existência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer, a saber, renúncia, aceitação da decisão ou desistência do recurso.

De outro lado, colho dos autos a tempestividade da interposição e, em análise última, a regularidade formal do feito.

Portanto, conheço o recurso.

A preliminar suscitada pelo apelante de que o autor não produziu prova

de que seu consumo é menor que a demanda contratada, onde conclui pela falta de interesse processual e de de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, não deve prosperar, visto que confunde-se com o próprio mérito da demanda. O que se afirma não é se o consumo é menor que a demanda contratada, mas se da mesma incide ou não a prefalada cobrança do ICMS.

A ação mandamental está bem fundamentado e e embasado em provas.

Claro está que, houve reserva de demanda de energia elétrica e que o ICMS incidia sobre esta, o que se constata pelas faturas de energia apresentadas, razão pela qual rejeito as preliminares.

Em sede meritória, temos que segundo a Constituição Federal de 1988 (art. 155, II a XII), o ICMS incide “sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços”. A energia elétrica, apesar de bem imaterial, o produto se enquadra no conceito de mercadoria, o que possibilita a incidência do referido imposto estadual (LC n.87/96). Temos, daí, segundo as lições de Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo, “uma ampliação constitucional, ao submeter o fornecimento de energia elétrica (coisa incorpórea) ao âmbito da incidência do imposto, enquadrando no espectro mercantil (art. 155, parágrafo 3º, CF)” (PAULSEN, Leandro e MELO, José Eduardo Soares de. Impostos Federais, Estaduais e Municipais. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 216).

A discussão gravita sobre a incidência do fato gerador de ICMS sobre demanda de reserva de energia elétrica.

É que no caso de grandes consumidores como as indústrias, a tarifa de energia elétrica é formada por dois elementos, a saber: o consumo e a demanda de potência. O consumo reporta-se ao que é efetivamente consumido e a demanda de potência, fixada no contrato representa a garantia de utilização do fluxo de energia que tem como propósito proporcionar confiabilidade e segurança ao fornecimento para os grandes consumidores.

Fica, então, com a contratação da demanda de potência, à disposição do consumidor, que poderá consumir ou não, mas, no montante expressivo, embora consentâneo com suas necessidades.

Daí, não vejo como considerar que a circulação do produto teria ocorrido além do consumo, simplesmente porque havia contratado quantidade a maior, de vez que estamos diante de um ajuste de compra e fornecimento futuro de energia elétrica. Portanto, não é possível olvidar sobre a imperiosa necessidade de excluir a parte não consumida da base de cálculo do pautado imposto, porque o seu fato gerador pressupõe, invariavelmente, a existência de efetivo consumo de energia, inclusive, já normatizada pelo art. 2º, XII, da Resolução 456/2000 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

O egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por sua vez, coaduna-se à diretriz jurisprudencial supra destacada, consoante entendimento consolidado :

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE E FALTA DE INTERESSE DE AGIR DA RECORRIDA REJEITADA. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA CONTRATADA NÃO EFETIVAMENTE CONSUMIDA. SÚMULA nº 391 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O acolhimento da ilegitimidade ativa do consumidor final para pleitear a base de cálculo do imposto demonstraria flagrante desrespeito ao direito de ação do jurisdicionado, assegurado pelo princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), uma vez que ele é o sujeito processual titular do interesse de agir, pois ele quem efetivamente arca com o ônus tributário.

2. É cediço que o ICMS somente pode incidir sobre operações relativas às efetivas circulações de mercadorias, que se materializa com a saída do estabelecimento fornecedor. Assim, no caso da mera reserva de potência sem o efetivo consumo da energia elétrica, não existe a circulação física do bem, logo não há a incidência deste tributo. Nesse sentido, o enunciado n. 391 da súmula da jurisprudência do STJ.

3. Apelação conhecida e improvida.

(TJCE, 1ª Câmara Cível, Ap. Cível n. 27369-17.2006.8.06.0001/1, registro: 14/set/2011)

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CESSAÇÃO DE COBRANÇA. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA E ATIVA. CONSUMIDOR FINAL. DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. Não procede a alegação da indicação errônea do polo passivo, uma vez que não há como ser identificado o Coordenador da Administração Fazendária que deveria ser designado como impetrado, devido à complexidade e à falta de clareza do Decreto Estadual 27.784/2005, que determina a estrutura organizacional e os cargos existentes na SEFAZ/CE.

2. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito do ICMS, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo, razão pela qual aquele tem legitimidade ativa para pleitear a cessação de cobrança ou a repetição de indébito da exação.

3. A jurisprudência assentada pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do Resp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000, é no sentido de que “o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos”, razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, “a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria”. Afirma-se, assim, que “o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e

entrado no estabelecimento da empresa”.

4. Reexame necessário e apelação conhecidos e desprovidos.

(TJCE, 1ª Câmara Cível, Apelação/Reexame Necessário 3324113200680600011, Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. ENERGIA ELÉTRICA. RESP N. 960.476/SC. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. BASE DE CÁLCULO CORRESPONDENTE À DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. SÚMULA N. 391 DO STJ.

1. Agravo regimental no qual se sustenta a ilegitimidade do consumidor final para o pleito restituitório e a legalidade da inclusão, na base de cálculo do ICMS, da totalidade do valor da operação concernente à demanda de potência de energia elétrica

2. O consumidor final tem legitimidade para propor demanda visando a restituição de valores indevidamente descontados a título de ICMS sobre a demanda de potência de energia elétrica, pois detém a qualidade de contribuinte de fato e de direito, sendo a empresa concessionária de energia a mera responsável pelo recolhimento do imposto. Precedentes: AgRg no Ag 1.235.384/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3/8/2010, Dje 17/8/2010; AgRg no REsp 949.327/MG, DJ de 28.4.2008, relator Ministro José Delgado; REsp 809.753/PR, DJ de 24.4.2006, relator Ministro Teori Albino Zavascki; EREsp 279491/SP, DJ 8.5.2006, relator para o acórdão Ministro Peçanha Martins; REsp 861.841/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 23/4/2009.

3. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 960.476/SC, eleito representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, a Primeira Seção do STJ sedimentou o entendimento de que a base de cálculo do ICMS que incide sobre a energia elétrica corresponde “à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento”, sendo “indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada”.

4. Entendimento que foi sedimentado na Súmula n. 391 do STJ, a qual dispõe que “o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”.

Observemos, para uma elucidação definitiva do posicionamento ora sufragado, o raciocínio jurídico veiculado em recente julgado da Corte Superior de Justiça que se amolda perfeitamente ao caso sob exame:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR FINAL. ENERGIA ELÉTRICA.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é dominante no sentido de que o consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, no caso, do ICMS sobre energia elétrica.

2. Agravo regimental não provido.”

(STJ, AgRg no REsp 949.327/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.04.2008, DJe 28.04.2008).

“TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que “o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos”, razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, “a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria”. Afirma-se, assim, que “o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa”.

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que “não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência”. Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a *contrario sensu*, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada, mas não utilizada.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.”

(REsp 960476/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 13/05/2009)

O caso é, pois, de rejeição da pretensão.

Por todo o exposto, conheço do reexame necessário, do recurso de apelação, mas para negar-lhes provimento, mantendo inalterada a sentença do Juiz singular.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza/CE, 26 de Setembro de 2012.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 22720-75.2007.8.06.0000/0

AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ

AGRAVADO: MUNICÍPIO DE SOLONÓPOLE

RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR. FINALIDADE DE DETERMINAR O RESTABELECIMENTO DO REPASSE DO ICMS AO MUNICÍPIO AGRAVADO TOMANDO-SE COMO BASE O ÍNDICE VIGENTE NO EXERCÍCIO DE 2003. IMPUGNAÇÃO DE ATO DE AUTORIDADE SUJEITA, NA VIA DO MANDADO DE SEGURANÇA, À COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTERLOCUTÓRIA QUE ESGOTOU O OBJETO DA AÇÃO, POSSUINDO NÍTIDO CARÁTER SATISFATIVO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1º, §§ 1º E 3º, DA LEI Nº 8.437/1992. PRECEDENTES. INTERLOCUTÓRIA CASSADA.

I – Na hipótese, o Juiz da causa proferiu decisão liminar, em sede de ação cautelar, determinando que o Estado do Ceará procedesse ao repasse das quotas relativas ao ICMS a que o município agravado teria direito tomando-se como base de cálculo o índice vigente no exercício de 2003.

II – A interlocutória *a quo* mostra-se excessivamente satisfativa, pois esgotou o provimento jurisdicional de mérito postulado na lide acessória, não se sabendo, ao certo, se a principal restou ajuizada.

III – Verifica-se, outrossim, que existe vedação à outorga da liminar sob vergasta porquanto o ato impugnado é típico de autoridades sujeitas, na via do mandado de segurança, à competência originária do Tribunal de Justiça.

IV – Inteligência do art. 1º, §§ 1º e 3º, da Lei nº 8.437/1992.
AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 22720-75.2007.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam

os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do agravo e prover-lhe, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ajuizado contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza e que deferiu, em sede de medida liminar concedida em ação cautelar, o restabelecimento dos repasses do ICMS ao município de Solonópole, considerando os repasses efetuados no ano de 2003.

O agravante pretende ver modificado o *decisum*, suscitando, em síntese, que o autor não demonstrou requisitos indispensáveis na inicial, como o pedido ou a causa de pedir, caracterizando violação aos arts. 282, VI e 801, III, do Caderno de Processo Civil, sendo fácil detectar a inépcia da inicial, com a consequente extinção do feito sem julgamento de mérito. No âmbito meritório, aduz que não restaram provados os requisitos para a concessão da medida cautelar *initio litis*.

Requer, ao final, a concessão do efeito suspensivo e, no mérito, o provimento do presente recurso para reformar a decisão agravada.

Recebidos os autos nesta Corte de Justiça, fui designado Relator.

Requisitei informações e determinei a intimação da contraparte para oferecer resposta (fl. 81).

Informes às fls. 86/87.

Às fls. 92/93 proferi decisão negando a atribuição de efeito suspensivo à liminar *a quo*, admitindo, todavia, o curso do agravo na forma de instrumento.

O agravado não ofereceu resposta (fl. 95).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu o opinativo de fls. 97/101.

É o relatório.

VOTO

Recurso cabível e tempestivo.

De início cabe ressaltar que a apreciação das preliminares atinentes à inépcia da inicial constitui supressão de instância, haja vista que a questão jurídica não foi devolvida ao Tribunal *ad quem*, devendo, primeiramente, ser objeto de manifestação do Juiz da causa.

No que tange ao mérito da interlocutória de primeiro grau, deve-se avaliar a possibilidade de se conceder medida liminar, em sede de ação cautelar, que esgote, no

todo ou em parte, o objeto da ação, tal como previsto no art. 1º, §3º, da Lei nº 8.437/92.

O nomeado diploma legal veda, ainda, a concessão de medida liminar, “quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal”.

Com efeito, o ato judicial agravado determinou o “imediato restabelecimento do índice do repasse do ICMS ao município de Solonópoles, considerando como ano base o ano de 2003”, constituindo, portanto, medida administrativa imputável a autoridade sujeita à competência do Tribunal de Justiça na via do mandado de segurança: Secretário da Fazenda e/ou Governador do Estado.

Por oportuno, cito jurisprudência emanada do c. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO EMANADO DE TRIBUNAL. MEIOS PROCESSUAIS IMPUGNATIVOS. AÇÃO ORDINÁRIA E MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO DE AMBAS AÇÕES. VEDAÇÃO LIMITADA À CONCESSÃO DE MEDIDAS URGENTES NA VIA ORDINÁRIA. LEI N.º 8.437/92. ATO ADMINISTRATIVO DE TRIBUNAL. IRRECORRIBILIDADE POR MEIO DE RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIOS. SÚMULA N.º 733/STF, APLICADA POR ANALOGIA. ATO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 486 DO CPC.

1. De acordo com o regramento constitucional e legal, os atos administrativos emanados dos Tribunais podem ser impugnados judicialmente pela via da ação constitucional do mandado de segurança ou da ação ordinária; ressalvando-se, na segunda hipótese, a vedação contida na Lei n.º 8.437/1992, de deferimento, no juízo de primeiro grau, de medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

2. Segundo o entendimento sufragado na Súmula n.º 733/STF, as decisões prolatadas em sede de precatório, por possuírem natureza exclusivamente administrativa, não são passíveis de impugnação por meio de recursos especiais e extraordinários.

3. Sendo evidente que o ato atacado não possui natureza judicial, mas sim administrativa, aplica-se, por analogia, a Súmula n.º 733/STF, de modo que a impugnação do ato deverá ser realizada por meio da ação judicial cabível (no caso, ação ordinária de anulação), e não por meio de recurso previsto no Código de Processo Civil.

4. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 730.947/AC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 03/08/2009)

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE ATIVA – ASSOCIAÇÃO – COBRANÇA DE TAXA DE OCUPAÇÃO SOBRE BENFEITORIAS – IMÓVEIS SITUADOS EM TERRENOS DE MARINHA – CONCESSÃO DE LIMINAR SEM A OITIVA DO PODER PÚBLICO – ART. 2º DA LEI 8.437/92.

1. Não cabe ao STJ, em sede de recurso especial, examinar possível violação

a dispositivos constitucionais.

2. A relação jurídica decorrente do contrato administrativo de enfiteuse sobre imóveis situados em terrenos de marinha, regulada pelo Decreto-lei 9.760/46, não se enquadra no conceito de relação de consumo, o que afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

3. As associações têm legitimidade ativa para propor ação civil pública visando a proteção de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como substituta processual – legitimação extraordinária, mesmo que não se trate de relação de consumo.

4. A concessão de liminar contra o poder público, quando não esgote o objeto da ação é admitida, na interpretação do art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92.

5. É nula a liminar concedida contra pessoa jurídica de direito público sem a observância da sua oitiva prévia (art. 2º da Lei 8.437/92). Precedentes do STJ.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, parcialmente provido.

(REsp 667.939/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ 13/08/2007, p. 355)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MEDIDA LIMINAR DE NATUREZA ANTECIPATÓRIA. LIMITES DA SUA REVISIBILIDADE POR RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE DE REEXAME DOS PRESSUPOSTOS DA RELEVÂNCIA DO DIREITO E DO RISCO DE DANO.

1. Os recursos para a instância extraordinária (recurso extraordinário e recurso especial) somente são cabíveis em face de “causas decididas em única ou última instância” (CF, art. 102, III e art. 105, III). Não é função constitucional do STF, nem do STJ, no julgamento de recursos extraordinários e recursos especiais, substituir-se às instâncias ordinárias para fazer juízo a respeito de questões constitucionais ou infraconstitucionais que, naquelas instâncias, ainda não tiveram tratamento definitivo e conclusivo.

2. As medidas liminares de natureza cautelar ou antecipatória são conferidas à base de cognição sumária e de juízo de mera verossimilhança (art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, primeira parte, art. 798 e art. 804 do CPC). Por não representarem pronunciamento definitivo, mas provisório, a respeito do direito afirmado na demanda, são medidas, nesse aspecto, sujeitas a modificação a qualquer tempo (CPC, art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, parte final, e art. 807), devendo ser confirmadas ou revogadas pela sentença final. Em razão da natureza precária da decisão, o STF sumulou entendimento segundo o qual “não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar” (súmula 735 do STF). Conforme assentado naquela Corte, a instância extraordinária, tratando-se de decisão interlocutória, está “subordinada - resulta da invariável jurisprudência de priscas eras e dos mestres recordados - à eficácia preclusiva da interlocutória relativamente à questão federal, constitucional ou ordinária, da qual se cogite. Ao contrário, se a puder rever a instância a quo no processo em que proferida - seja ele de que natureza for - dela já não caberá recurso extraordinário, nem recurso especial, não porque seja interlocutória, mas por não ser definitiva. É o que se dá na espécie, na qual - não obstante o tom peremptório com que o enuncia a decisão recorrida - a afirmação sobre a plausibilidade da pretensão

de mérito será sempre um juízo de delibação essencialmente provisório e, por isso, revogável, quer no processo definitivo a ser instaurado, quer mesmo no processo cautelar” (RE 263.038/PE, 1ª Turma, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 28.04.2000).

3. Relativamente ao recurso especial, não se pode afastar, de modo absoluto, a sua aptidão como meio de controle da legitimidade das decisões que deferem ou indeferem medidas liminares. Todavia, a exemplo do recurso extraordinário, o âmbito da revisibilidade dessas decisões, por recurso especial, não se estende aos pressupostos específicos da relevância do direito (*fumus boni iuris*) e do risco de dano (*periculum in mora*). Relativamente ao primeiro, porque não há juízo definitivo e conclusivo das instâncias ordinárias sobre a questão federal que dá suporte ao direito afirmado; e relativamente ao segundo, porque há, ademais, a circunstância impeditiva decorrente da súmula 07/STJ, uma vez que a existência ou não de risco de dano é matéria em geral relacionada com os fatos e as provas da causa.

4. Também não pode ser conhecido o recurso especial quanto à alegação de ofensa a dispositivos de lei relacionados com a matéria de mérito da causa, que, em liminar, é tratada apenas sob juízo precário de mera verossimilhança. Quanto a tal matéria, somente haverá “causa decidida em única ou última instância” com o julgamento definitivo.

5. Ao estabelecer que “não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”, o § 3º do art. 1º, da Lei n. 8.437/92, está se referindo, embora sem apuro técnico de linguagem, às liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, àquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao *status quo ante*, em caso de sua revogação.

6. O exame da reversibilidade ou não da medida liminar concedida implica o reexame do material fático da causa, o que é vedado em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07/STJ.

7. Recurso especial não conhecido.

(REsp 664.224/RJ, Rel. Ministro TEORIALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 01/03/2007, p. 230)

Este sodalício assim vem se pronunciando em casos análogos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CAUTELAR - MEDIDA LIMINAR - SATISFATIVIDADE - IMPOSSIBILIDADE - ADVENTO DA TUTELA ANTECIPADA - VEDAÇÃO LEGAL EXISTENTE NO ART. 1º, §3º, LEI 8.437/92 - RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.

I- Com a introdução do instituto da tutela antecipada, não mais se revela possível a postulação de provimento cautelar de índole satisfativa.

II- De efeito, com a reforma do CPC ocorrida em 1994, que culminou com o surgimento do instituto da tutela antecipada no processo cognitivo, voltou o processo cautelar a destinar-se a tutelar situações de perigo para a efetividade de um outro processo (dito principal), sendo assim cabível o instituto da antecipação de tutela quando o tempo de duração do processo gerar uma situação de perigo para o próprio direito material.

III- Aplicável ainda, como óbice à concessão de medida liminar contra o Poder Público, a vedação legal existente no parágrafo 3º do art. 1º da Lei nº

8.437, de 30 de junho de 1992, o qual reza não ser cabível a concessão de liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

IV- Recurso conhecido, mas desprovido.

(Agravo de instrumentonº 15676-78.2002.8.06.0000/0, rel. Desembargadora Gizela Nunes da Costa, Segunda Câmara Cível, julgado em 30/05/2007)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONTAGEM ESPECIAL DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES INSALUBRES. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. NATUREZA SATISFATIVA. DEMONSTRAÇÃO DE IRREVERSIBILIDADE DA INTERLOCUTÓRIA *A QUO*. DECISÃO QUE ESGOTA O OBJETO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

I - A suspensão da decisão concessiva da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, pelo Presidente do Tribunal de Justiça, não prejudica ou torna sem objeto a apreciação recursal, haja vista que naquela seara especial são apreciadas circunstâncias específicas e relacionadas à preservação da ordem, da saúde, da segurança e da economia públicas, enquanto que o agravo devolve à avaliação do órgão *ad quem* as questões preliminares e meritórias afeitas à decisão recorrida. Inteligência do art. 129 e §2º do RITJ/CE.

II - A Lei nº 9.494/1997 prevê, no seu art. 1º, que as disposições dos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437/1992 são aplicáveis aos pedidos de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

III - Ao tratar acerca da concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público a Lei nº 8.437/1992 veda, no § 3º do art. 1º, a outorga de medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.

IV - A interpretação dos dispositivos legais acima relacionados deve conformar o posicionamento segundo o qual a vedação à concessão de medidas antecipatórias da tutela jurisdicional que possuam natureza satisfativa deve estar relacionada à possibilidade de irreversibilidade do *decisum*.

V - *In casu*, a interlocutória *a quo* possibilitou à parte a contagem de forma especial do tempo de serviço registrado como comum e prestado à autarquia municipal recorrente sob condições insalubres, possuindo nítido caráter satisfativo, pois servirá para o cômputo de vantagens vencimentais e para a concessão de licenças e, principalmente, de aposentadoria.

Agravo de instrumento conhecido e provido.

(Agravo de instrumento nº 12931-23.2005.8.06.0000/0, rel. Desembargador Ademar Mendes Bezerra, Segunda Câmara Cível, julgado em 02/12/2009)

Ementa: CAUTELAR. LIMINAR. ISONOMIA. NATUREZA SATISFATIVA DO PROVIMENTO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA.

1) O processo cautelar tem por escopo assegurar a utilidade e a eficácia do processo principal. A medida cautelar é sempre provisória, e assim não pode ter o conteúdo da medida satisfativa que se procura assegurar. A essência da cautela é assegurar a eficácia do processo principal, mas não o direito substancial.

2) A Lei nº 8.437/92 proíbe a concessão de medida liminar, em sede de ação cautelar que tenha natureza satisfativa, conforme previsto no §3º do art. 1º.

3) Recurso conhecido e provido.

Decisão reformada. (Agravo de instrumento nº 7722-73.2005.8.06.0000/0, rel. Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes, Terceira Câmara Cível, julgado em 22/06/2009)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. POSTO DE COMBUSTÍVEIS. LIMINAR QUE DETERMINA SUA EXPEDIÇÃO. *FUMUS BONIS JURIS* E *PERICULUM IN MORA*. AUSÊNCIA. VEDAÇÃO. ART. 1º, §º 3º DA LEI 8.437. MEDIDA SATISFATIVA. INTROMISSÃO INDEVIDA DO JUDICIÁRIO NO EXECUTIVO. LEGÍTIMO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA PELA MUNICIPALIDADE. PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO. RISCO CONHECIDO. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES. RECURSO PROVIDO.

1. A concessão de medida liminar não pode valer-se de fundamentação abstrata, isto é, que explore aspectos doutrinários, mas não leve em consideração os elementos fáticos da demanda.

2. Não é possível, diante do completo esgotamento do objeto da ação, mormente tratando-se de ação cautelar, o deferimento de liminar com vistas ao funcionamento de posto de combustíveis. Inteligência do art. 1º, §3º, da Lei 8.437/92.

3. Não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à função administrativa para o fim de conceder autorização para funcionamento de Posto de Combustíveis, poder de polícia legitimamente exercido pelo Município, sobretudo quando não há nos autos comprovação de que o Administrador afastou-se de standards aceitáveis de conduta.

4. Tratando-se de atividade sabidamente causadora de dano ambiental, em respeito ao princípio da prevenção, previsto no art. 225, §1º, V, da Constituição da República, faz-se necessário, como condição prévia ao funcionamento do empreendimento, o estudo dos impactos ambientais, bem assim o exercício do poder de polícia ambiental pelo Ente Público, que, após sopesamento dos benefícios e prejuízos, decidirá sobre a concessão do alvará. Antes disso, a cautela recomenda a suspensão da atividade, sob pena de recair sobre a sociedade os riscos da atuação de um particular, em nítida inversão de valores: prevalência do interesse particular em detrimento do público.

5. Recurso conhecido e provido.

(Agravo de instrumento nº 21567-12.2004.8.06.0000/0, rel. Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, Primeira Câmara Cível, julgado em 15/07/2008)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 1º DA LEI 9.494/97. EFEITO VINCULANTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Não se concede tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando presentes as restrições definidas na Lei 9.494/97. Constitucionalidade da referida lei amparada por ordem liminar deferida pelo STF na Ação Declaratória Constitucionalidade n.º 04. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada.

(Agravo de instrumento nº 18867-92.2006.8.06.0000/0, rel. Desembargador

Francisco Sales Neto, Primeira Câmara Cível, julgado em 10/10/2008)

A decisão agravada merece, pois, ser cassada, pois importou em notória irreversibilidade da medida judicial, esgotando o objeto da lide.

Ex positis, em dissonância com o douto parecer do Ministério Público de Segunda Instância, tomo conhecimento do presente agravo de instrumento e lhe dou provimento.

É como voto.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 23436-34.2009.8.06.0000/0

AGRAVANTE: UNIMED DE FORTALEZA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA

AGRAVADO: THOMAZ PINHEIRO POMPEU DE SOUSA BRASIL NETO

RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. COOPERATIVAS COM ATUAÇÃO REGIONAL NO MESMO ESTADO DA FEDERAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO MESMO LOGOTIPO. TEORIA DA APARÊNCIA. NEGATIVA À EXTENSÃO DO TRATAMENTO PARA A CURA DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA. ALEGAÇÃO DE QUE A ATRIBUIÇÃO COMPETE À UNIMED-SOBRAL E NÃO À UNIMED-FORTALEZA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA.

I – *In casu*, a Unimed-Fortaleza autorizou que o autor, ora agravado, se submetesse à sua internação para o tratamento de dependência química, restringindo o prazo em quinze dias, negando-se, contudo, a prorrogar tal lapso sob a alegação de que o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares foi firmado com a Unimed-Sobral, pessoa jurídica distinta.

II – Entretanto, ambas as cooperativas de trabalho médico operam pelo Sistema Nacional Unimed, utilizando-se da mesma logomarca, razão pela qual, apresentando-se ao consumidor como uma única empresa, aplicando-se a teoria da aparência.

III - É de se rejeitar, portanto, a suscitação de que a Unimed Sobral se constitui como uma cooperativa singular e dissociada do Sistema Nacional Unimed, afastando-se a incidência do art. 7º da Lei nº 5.764/1971 para vedar a configuração da verossimilhança das alegações autorais para fins de antecipação da tutela jurisdicional.

IV – Precedentes jurisprudenciais.

Agravo de instrumento conhecido, porém desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento

nº 23436-34.2009.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do agravo e, no mérito, desprover-lhe, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento ajuizado contra decisão proferida pelo Juiz da 28ª Vara Cível de Fortaleza que, na ação cautelar nº 2009.0023.3418-0, concedeu a medida liminar postulada para determinar que a ré, ora agravante, assumia e patrocine o tratamento de dependência química do autor no IVV – Instituto Volta Vida, arcando com todos os custos inerentes.

A recorrente pretende ver modificado o *decisum*, alegando que não possui relação contratual com o autor, considerando que o contrato de prestação de serviços médicos em questão foi celebrado entre o agravado e a Unimed Sobral, pessoa jurídica absolutamente distinta da ora recorrente, sendo a cooperativa de Sobral a única responsável pelo cumprimento das obrigações estipuladas.

Requeru a concessão do efeito suspensivo e, no mérito, o provimento do presente recurso para reformar a decisão agravada.

A petição recursal foi instruída com os documentos de fls. 14/120.

Recebidos os autos, indeferi o pedido de atribuição de efeito suspensivo, requisitei informações ao Juiz da causa e determinei a intimação da contraparte para a apresentação de resposta (fl. 125 e verso).

Informes às fls. 129/131.

Contraminuta às fls. 133/141.

É o relatório.

VOTO

Recurso cabível e tempestivo.

Trata-se de recurso que tem como fundamentação a inexistência de cobertura ao tratamento de saúde de que necessita o agravado, com internação no Instituto Volta Vida para sanar a dependência química que aflige o autor.

No caso em destaque a agravante argumenta que o contrato de assistência médico-hospitalar foi firmado com a Unimed-Sobral, pessoa jurídica distinta da Unimed-Fortaleza, não tendo, com isso, qualquer responsabilidade contratual a menos que aquela primeira cooperativa autorize o tratamento que se fizer necessário.

Da análise das argumentações contidas no agravo chega-se à conclusão de que tanto a Unimed-Sobral como a Unimed-Fortaleza pertencem ao sistema cooperativo

Unimed e que se apresentam perante os consumidores como uma única empresa, sendo difícil a diferenciação por parte dos usuários.

É o que se denomina teoria da aparência.

Veja-se que ambas cooperativas utilizam a mesma logomarca.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, especialmente a da sua Segunda Câmara Cível é pacífica neste ponto:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. PRECITO COMINATÓRIO PARA CUSTEIO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES DO USUÁRIO. RECUSA SOB O PÁLIO DO NOSOCÔMIO NÃO SER FILIADO À UNIMED DE FORTALEZA, MAS SIM À UNIMED DE SÃO PAULO. IMPOSSIBILIDADE. A UNIMED CONSTITUI SISTEMA ÚNICO, SUBDIVIDIDO ADMINISTRATIVAMENTE EM REGIONAIS. PECULIARIDADE QUE NÃO PODE SER INVOCADA PARA FURTAR-SE DE SUA RESPONSABILIDADE. APLICABILIDADE DO CDC NA INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. EXPURGO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. DANO MORAL DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

(Apelação Cível nº 46690-72.2005.8.06.0001-1, Rel. Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, julgado em 24/09/2008)

Ementa: AGRAVO DE SAÚDE. PLANO DE SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO. POSSIBILIDADE. APLICABILIDADE DO CDC NA INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. O SISTEMA UNIMED, EMBORA DIVIDIDO EM COOPERATIVAS REGIONAIS, PARA FINS JUDICIAIS CONFIGURA UMA ÚNICA ENTIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(Agravo de instrumento nº 20503-35.2002.8.06.0000-0, Rel. Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, julgado em 23/09/2009)

O certo é que a experiência judicante impõe o reconhecimento de que os tratamentos médico-hospitalares dos consumidores que contratam as empresas que compõem o Sistema Nacional Unimed possam ser atendidos em todos os municípios onde elas exerçam ou venham a exercer atividade.

Tanto é certo que o agravado teve o seu tratamento autorizado pela Unimed-Fortaleza por intermédio da guia de fl. 21, ficando internado por quinze dias no Instituto Volta Vida.

É de se rejeitar, portanto, a suscitação de que a Unimed Sobral se constitui como uma cooperativa singular e dissociada do Sistema Nacional Unimed, afastando-se a incidência do art. 7º da Lei nº 5.764/1971 para vedar a configuração da verossimilhança das alegações autorais para fins de concessão da tutela jurisdicional antecipada.

Isto posto, conheço do agravo, mas para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 24718-44.2008.8.06.0000/0

AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ

AGRAVADO: MARIA MADALENA PINHEIRO DO NASCIMENTO

RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

I – A jurisprudência pátria é assente no sentido de permitir a concessão de medidas liminares, cautelares ou antecipatórias da tutela jurisdicional nos casos em que se postulam o fornecimento de medicamentos aptos ao tratamento de saúde, objetivando tutelar dois princípios constitucionais fundamentais: o direito à vida e à saúde.

II – Inteligência dos artigos 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196 da Carta Republicana.

III – O art. 23, II, da CF/1988 erige que se trata de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde, motivo pelo qual o Estado do Ceará não pode se esquivar da responsabilidade para o fornecimento do medicamento na intensidade prescrita no receituário médico que instruiu a inicial.

Agravo de instrumento conhecido, todavia improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 24718-44.2008.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do agravo mas negar-lhe provimento, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 7ª Vara da Fazenda Pública desta comarca que, nos autos da ação ordinária nº 55231-89.2008.8.06.0001/0, concedeu a antecipação de tutela com a finalidade de determinar ao Estado do Ceará que forneça à promovente os medicamentos RAMIPRIL 5mg, INDAPEN SR 1,5mg e LIPITOR 40mg, pelo tempo que se fizer necessário ao seu tratamento de saúde.

O agravante pretende ver modificado o *decisum*, alegando, em síntese, que o Estado nunca se negou a fornecer medicamentos à autora. Entretanto, como é natural não apenas no serviço público de saúde ou em qualquer área, para que o Estado possa prestar um serviço como o pleiteado, há de necessariamente avaliar a sua necessidade, até porque a administração trabalha com o interesse público e por isso mesmo não pode agir de forma irresponsável ou leviana. Entende que é do dever da recorrente cumprir os procedimentos legais, pois há verba pública envolvida na questão.

Requer o acolhimento da preliminar arguida, a revogação da decisão *a quo* em face à flagrante incompetência do juízo, tendo em vista a necessidade da integração da União Federal ao pólo passivo da demanda (art. 109, CF/88), e superadas estes questionamentos, afastar a obrigação do Estado de adquirir os medicamentos solicitados pela recorrida, eis que os nomeados fármacos já são fornecidos na rede pública. Pugna pelo provimento do recurso para reformar a decisão agravada.

A contraminuta e as informações não foram apresentadas (fl. 74).

À fl. 75 e verso decidi denegar a concessão de efeito suspensivo.

Parecer da d. PGJ às fls. 79/88 opinando pelo improvimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

Recurso conhecido e cabível.

Inicialmente, resta afirmar que os requisitos necessários ao manejo do agravo, na modalidade instrumental, encontram-se presentes, motivo pelo qual conheço da irresignação.

A concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional depende da observância dos pressupostos constantes do artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam a existência de prova inequívoca, a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso em análise, tais requisitos encontram-se presentes ante o direito inalienável à vida e à saúde, dispostos nos artigos 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196, todos da Constituição Federal em cotejo com a necessidade de administração dos medicamentos em favor do recorrido e postulados na lide principal, cuja demora ou negativa judicial de concessão da tutela antecipada e do julgamento do mérito pode importar em dano

irreparável aos direitos fundamentais inicialmente suscitados.

Veja-se que em relação à relevância do pedido as Cortes Constitucional e Infraconstitucional possuem o seguinte entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. SÚMULA N. 636 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes.

2. Incidência da Súmula n. 636 do STF: “não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 616551 AgR, Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/10/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00092 EMENT VOL-02301-15 PP-03120)

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos

que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (RE 393175 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO DE ANGIOPLASTIA BILATERAL. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

1. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.
2. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Angioplastia Bilateral.
3. O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que legítima a pretensão quando configurada a necessidade do recorrido.
4. O Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para

figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles.

Precedentes: REsp 878080 / SC; Segunda Turma; DJ 20.11.2006 p. 296; REsp 772264 / RJ; Segunda Turma; DJ 09.05.2006 p. 207; REsp 656979 / RS, DJ 07.03.2005.

5. Assentado o acórdão recorrido acerca da necessidade dos medicamentos pleiteados na inicial, não cabe ao STJ conhecer do recurso. As questões que levam à nova incursão pelos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial, consoante previsto na Súmula 7/STJ.

6. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ.

7. Precedentes jurisprudenciais: (REsp 505729/RS, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 23/06/2003; REsp 190686/PR, Ministro Relator Franciulli Netto, 2ª turma, DJU 23/06/2003; MC 2615/PE, Ministro Relator Francisco Falcão, 1ª Turma, DJU 19/08/2002; AGA 396736/MG, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 25/02/2002; REsp 373775/RS, Ministro Relator Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJU 01/07/2002; REsp 165339/MS, Ministro Relator Jorge Scartezini, 5ª Turma, DJU 05/03/2001; AGA 199217/SP, Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJU 17/02/1999).

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1044354/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 03/11/2008)

Não há se falar que falece responsabilidade ao Estado do Ceará para o fornecimento dos medicamentos nas intensidades prescritas nos receituários médicos que instruíram a inicial, pois se trata de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, segundo previsto no art. 23, II, da CF/1988.

Presentes a verossimilhança do direito e o receio de dano irreparável à saúde da autora, mitigando-se a irreversibilidade do provimento jurisdicional por se tratar do direito constitucional à vida e à saúde (artigos 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196).

Ex positis, em harmonia com a douta promoção do Ministério Público de segundo grau, conheço do agravo, todavia para desprovê-lo.

É como voto.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO: Nº 0027536-90.2013.8.06.0000

AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ

AGRAVADO: JACQUELINE MENESES DE ANDRADE

ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE RECEBE APELAÇÃO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO. POSSIBILIDADE. FLEXIBILIZAÇÃO DO ART. 2º-B DA LEI Nº 9.494/1997. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. REINTEGRAÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO AO CARGO. RESTABELECIMENTO DO *STATUS QUO ANTE*. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A vedação à execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública deve se ater às hipóteses expressamente previstas no artigo 2º.-B da Lei 9.494/97, flexibilizada em casos de reintegração de servidores. Precedentes do STJ.
2. Não se verifica contagem nova para a servidora na decisão recorrida, mas sim restabelecimento do *status quo ante*.
3. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o A TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER do Agravo de Instrumento, PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento autorado pelo ESTADO DO CEARÁ, contra decisão proferida pelo juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da “*Ação Ordinária de Reintegração Com Pedido de Antecipação dos Efeitos da Tutela*”, promovida, em seu desfavor, por JACQUELINE MENESES DE ANDRADE (Processo nº 0032804-98.2008.8.06.0001)

A antecipação de tutela foi deferida na sentença (fls. 112/117), versada nos termos subseqüentes:

“ISTO POSTO, considerando os fatos e fundamentos jurídicos esposados e o mais que dos autos consta, **julgo procedente** o pedido autoral, e o faço com escopo no art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil, declarando a estabilidade excepcional da autora que tem como fundamento o art. 19 do ADCT, determinando a imediata reintegração da mesma ao cargo de Socióloga, junto à Secretaria de Recursos Hídricos do Estado do Ceará, função que exercia em outubro de 2006, quando foi demitida ilegalmente, **o que faço a título de tutela antecipada.**

Condeno, ainda, o Estado do Ceará a proceder ao pagamento de todas as vantagens pecuniárias a que a que a autora teria direito referente ao período em que esteve afastada, qual seja, desde outubro de 2006, até a data em que se efetivar a reintegração determinada neste *decisum*, sendo que os valores serão pagos devidamente atualizados monetariamente.

Considerando a sucumbência, condeno o réu ao pagamento dos honorários advocatícios, fixando-os, atendendo às prescrições legais e grau de zelo dos profissionais, em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Sem custas (Art. 10 da Lei Estadual nº 12.381, de 09 de dezembro de 1994). Após as anotações e comunicações necessárias, proceda-se à remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça, tendo em vista que a causa enseja reexame necessário, conforme o art. 475 do CPC.

P.R.I.

Fortaleza, 27 de outubro de 2009.

Francisco Luciano Lima Rodrigues

JUIZ DE DIREITO TITULAR DA 8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA”
(Grifei)

Inconformado, o ente público aviou recurso apelatório (fls. 125/140). Em juízo de admissibilidade, o magistrado *a quo* recebeu o recurso somente no efeito devolutivo, intimando a parte apelada para, querendo, contrarrazoar e promover a execução provisória da obrigação de fazer, sendo essa a decisão agravada (fl. 303), vazada nos termos subseqüentes:

“Processo nº: 0032804-98.2008.8.06.0001

Classe - Assunto: Procedimento Ordinário - Reintegração

Requerente: Jacqueline Meneses de Andrade

Requerido: Estado do Ceará

R.H.

Ao analisar os presentes autos, verifico que a execução provisória da sentença se opera em manifesto descompasso com a norma processual vigente, notadamente em face das disposições do artigo 475-O e seguintes do Código de Processo Civil.

Em face do exposto, chamo o feito à ordem para que se adotem as seguintes providências:

I - Recebo o recurso de apelação (eventos 113/128), no seu efeito devolutivo, devendo a parte apelada ser intimada para, querendo, contra-arrazoá-lo no prazo legal;

II - Intime-se a parte exequente para promover a execução provisória da obrigação de fazer na forma dos artigos acima indicados.

Expedientes necessários.

Fortaleza (CE), 26 de março de 2013.

Francisco Eduardo Torquato Scorsafava - Juiz de Direito”

O agravante arrazoa a possibilidade de “*Lesão Grave ou de difícil reparação*”, ante o fato de estar suportando um ônus injustificável, posto que a matéria não transitou em julgado, restando assim o “*periculum in mora reverso*”.

Por fim, pediu a este juízo “*liminarmente efeito suspensivo à apelação interposta pelo Estado do Ceará nos autos do processo nº 0032804-98.2008.8.06.0001/0, com supedâneo nos arts. 1º e 2-B da Lei 9.494/97, bem como da referida medida, principalmente em resguardo do interesse e patrimônio públicos, ameaçados pelos efeitos da decisão agravada...*”.

Contrarrazões às fls. 316/324, pugnando pelo improvimento do recurso.

Instado a se manifestar, nesta instância, o representante do Ministério Público declarou falta de interesse na lide (fls. 328/331).

Sem manifestação do magistrado da origem (fl. 326).

Este o relatório, no que tem de essencial.

Inclua-se o feito em pauta de julgamento.

Fortaleza, 09 de julho de 2013.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos do recurso, passo ao exame meritório.

O cerne do Agravo de Instrumento incide no fato do recebimento do recurso somente no efeito devolutivo, possibilitando à agravada o direito de promover a execução provisória do julgado.

A querela no juízo de piso contempla pedido de reintegração da autora/ agravada ao cargo público que exercia na Secretaria de Recursos Hídricos do Estado do Ceará desde o ano de 1983 até o mês de outubro 2006, quando foi demitida. A sentença considerou injusto o ato demissional declarando a estabilidade da servidora.

Questões meritórias da sentença posta no agravo de instrumento não serão analisados nesse azo, por serem próprias do recurso apelatório, sobejando a questão

apontada pelo agravante “...*inconformado com a sentença de mérito proferida pelo juízo a quo, o Estado do Ceará interpôs recurso de apelação, o qual, no entanto, foi injustificadamente recebido tão somente no efeito devolutivo. E contra esta decisão é que se interpõe o presente agravo de instrumento.*” (fl. 2, parte final do item 1 da petição inicial).

Ao final, o agravante pugna pela atribuição liminar de efeito suspensivo à apelação com fundamento nos arts. 1º e 2º-B da Lei nº 9.494/1997, combinado com o inciso III do art. 527 do CPC, e provimento do recurso.

Destaca-se abaixo os arts. 1º e 2º-B da Lei nº 9.494/1997, invocados pelo recorrente, *in verbis*:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

A sentença impugnada não enseja liberação de recurso, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagem à recorrida, mas sim ao restabelecimento do *status quo ante*, reintegração da servidora/agravada.

Nada obstante, a norma do art. 2º-B da Lei nº 9.494/1997, pode ser flexibilizada, segundo o entendimento do STJ, conforme arestos, *in verbis*:

Processo: AgRg no AgRg no REsp 1033355 / PB
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: 2008/0038662-7
Relator(a): Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (1150)
Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA
Data do Julgamento: 05/03/2013
Data da Publicação/Fonte: DJe 11/03/2013
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. SUPRESSÃO DE PARTE DOS PROVENTOS. REDUTOR CONSTITUCIONAL. ATO REPUTADO ILEGAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. MERO RESTABELECIMENTO DE VALORES. INEXISTÊNCIA DE AUMENTO DE VENCIMENTOS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA

DO ART. 2º-B DA LEI Nº 9.494/97.

1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a interpretação da norma inscrita no art. 2º-B da Lei nº 9.494/97 deve ser restritiva. Assim, quando se tratar de restabelecimento de valores anteriormente percebidos por servidor público, é possível o cumprimento imediato (execução provisória) da ordem concedida em mandado de segurança, mesmo que seja em desfavor do ente público, visto que não há, na hipótese, real aumento de vencimentos.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Processo: AgRg na MC 19896 / MS

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR: 2012/0187816-7

Relator(a): Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133)

Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento: 02/10/2012

Data da Publicação/Fonte: DJe 08/10/2012

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ART. 2º-B DA LEI 9.494/97. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. DECISÃO QUE DETERMINA A REINTEGRAÇÃO DE SERVIDOR. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A vedação à execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública deve se ater às hipóteses expressamente previstas no artigo 2º.-B da Lei 9.494/97. Precedentes do STJ.

2. Esta Corte já teve a oportunidade - e assim o fez - de estabelecer a possibilidade de execução provisória do julgado que determina a reintegração de Servidor, uma vez que tal situação não representa a criação de uma nova relação jurídica; pelo contrário, apenas revigora relação jurídica que deixou de existir de forma ilegal. Em outras palavras, a reintegração não implica na inclusão em folha de pagamento, mas, sim, no retorno de quem nela já se encontrava. Precedentes: REsp. 1.090.425/AL, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 19.09.2011; Rcl 2.307/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 26.02.2007, p. 541; Rcl 1.827/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 05.02.2007, p. 190.

3. Agravo Regimental do ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL desprovido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Processo: AgRg no AREsp 167161 / MS
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL:
2012/0085339-3
Relator(a): Ministro HUMBERTO MARTINS (1130)
Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA
Data do Julgamento: 26/06/2012
Data da Publicação/Fonte: DJe 29/06/2012
Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ART. 2º-B DA LEI N. 9.494/97. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. SÚMULA 83/STJ.

1. A ordem concessiva, consistente na citada obrigação de fazer, não encontra resistência no art. 2º-B da Lei n. 9.494/97 - “A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado” - uma vez que não trata das restrições nele contidas.

2. “À regra contida no art. 2º-B da Lei n.º 9.494/97 deve ser dada exegese restritiva, no sentido de que a vedação de execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública deve se ater às hipóteses expressamente elencadas no referido dispositivo, não sendo aplicável nos casos em que o Impetrante busca o restabelecimento de vantagem anteriormente percebida. Precedentes.” (REsp 862.482/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/03/2009, Dje 13/04/2009.)

Agravo regimental improvido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco.” Os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sonante aos arestos acima do STJ é o posicionamento do eminente Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, membro desta 3ª Câmara Cível, *in verbis*:

Apelação 2566855200580600011

Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES

Comarca: Fortaleza

Órgão julgador: 3ª Câmara Cível

Data de registro: 21/09/2011

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. RESTABELECIMENTO DE GRATIFICAÇÃO ANTERIORMENTE PERCEBIDA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. A execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública somente é indevida quando determina a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidor público, nos termos do art. 2º-B da Lei nº 9.494/97, não se aplicando em caso de restabelecimento de situação anterior, na hipótese, pagamento de gratificação já percebida pelas autoras/recorridas. Precedentes do STJ.

Ressaem, outros arestos deste Sodalício, *in verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITOS CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - SENTENÇA PROFERIDA EM SEDE DE AÇÃO MANDAMENTAL QUE DETERMINOU O PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO DE SERVIDORAS PÚBLICAS DO MUNICÍPIO DE CARIRIAÇU NÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL - GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO AO MÍNIMO EXISTENCIAL PARA A SOBREVIVÊNCIA - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR - ART. 7º, INCISO IV, E ART. 39, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - APELAÇÃO RECEBIDA SOMENTE EM SEU EFEITO DEVOLUTIVO, POSSIBILITANDO, ASSIM, A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - INCIDÊNCIA NÃO REVESTIDA DE CARÁTER ABSOLUTO DO ART. 2º-B, DA LEI 9.494/97 E DO ART. 7º, §2º, DA LEI 12.016/09 - POSSIBILIDADE DE SUA RELATIVIZAÇÃO EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE, OU, MAIS AINDA, QUANDO A SITUAÇÃO CONCRETA ESTIVER EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - JUÍZO DE PONDERAÇÃO PARA EVITAR DANOS IRREPARÁVEIS AOS PARTICULARES - PRECEDENTES DO STF E DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA - AGRAVO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO -

1- Pretende a reforma da decisão que recebeu o apelo somente no efeito devolutivo e mandou implementar as remunerações dos servidores agravados, que percebem valores inferiores ao salário mínimo vigente.

2- Consoante dispõe o art. 7º, inciso IV da Constituição Federal, o salário mínimo constitui, para o trabalhador, remuneração destinada a atender suas demandas vitais básicas, de modo que seu pagamento a menor, viola, entre outros princípios constitucionais, aquele relativo à dignidade da pessoa humana.

3- Na hipótese, esta reposição remuneratória, de ordem eminentemente alimentar, não constitui aumento de vencimentos ou qualquer das hipóteses previstas no art. 2º-B da Lei nº 9.474/97, que dispõe sobre a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, ou no art. 7º, § 2º da Lei nº 12.016/09, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, podendo, inclusive, ser concedida por medida liminar.

4- Considerando a natureza restritiva destas normas é preciso interpretá-las sempre com o cuidado de não resultar na violação de direitos fundamentais.

5- Sobre a matéria, cito precedentes dessa egrégia corte, in verbis: “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA - MEDIDA LIMINAR - CABIMENTO DO SALÁRIO MÍNIMO - ILEGALIDADE - 1- Possível a concessão de liminar em mandado de segurança no visio de recompor a remuneração do servidor público ao mínimo determinado pela Constituição Federal . 2- É manifestamente inconstitucional a remuneração de servidor público inferior ao salário mínimo. Precedentes do STJ. 3- Apelação e remessa oficial conhecidas, porém desprovidas.” Apelação cível 444-84.2000.8.06.0165/1. Relator: JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA. Órgão julgador: 3ª Câmara Cível. Data do julgamento: 08/09/2008.

“REEXAME OBRIGATÓRIO - APELAÇÃO CÍVEL - REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO ESTABELECIDO () CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA POSSIBILIDADE (...) A norma jurídica restritiva de liminar não pode ter uma aplicação indiscriminada, sob pena de causar em determinados casos uma injustiça tal capaz de menosprezar todo o Estado de Direito e violar a própria Constituição Federal . O art. 7º, IV, da CF/88, destaca ser direito do trabalhador urbano ou rural a percepção do salário mínimo fixado nacionalmente, de modo que tal remuneração garanta a satisfação das necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, resguardando-lhes a dignidade humana (...)” (Apelação / Reexame Necessário 514-04.2000.8.06.0165/1- Relator(a): MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA - Órgão julgador: 2ª Câmara Cível - Data do julgamento: 13/10/2009 - Data de registro: 14/10/2009).

6- Daí porque, não enxergo razões para a concessão pretendida do efeito suspensivo, posto que, nestes casos, é possível a execução provisória da decisão mandamental, à exceção das hipóteses referidas no § 3º, do art. 14, da nona lei do mandado de segurança .

7- Escorrei, neste sentido, julgado desta 1ª Câmara Cível, na relatoria do eminente Desembargador Francisco Sales Neto, ipsis litteris: “Ementa: REMESSA OFICIAL. APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - REINCLUSÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO - POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA (...) Nos termos do § 3º do art. 14 c/c §2º do art. 7º da Lei nº 12.016/09, a sentença que concede a segurança pode ser provisoriamente executada, exceto nos casos em que versar sobre compensação de créditos tributários, entrega de mercadorias e de bens provenientes do exterior, reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (...)” (Apelação / Reexame Necessário

47788586200080600000- Relator(a): FRANCISCO SALES NETO - Comarca: Fortaleza - Órgão julgador: 1ª Câmara Cível - Data de registro: 27/09/2011).

8- Agravo de instrumento conhecido, mas desprovido, mantendo-se inalterada a decisão agravada que recebeu a apelação somente no efeito devolutivo. (TJCE - AI 0078598-09.2012.8.06.0000 - Rel. Emanuel Leite Albuquerque - DJe 08.04.2013 - p. 20)

PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE DESAFIAVA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO STJ - NEGATIVA DE SEGUIMENTO - LEI 9.494/97 - LIMITAÇÃO IMPOSTA PELO ART. 2º-B - ROL TAXATIVO DA NORMA - ÓBICE QUE NÃO ALCANÇA O CASO DOS AUTOS - PRECEDENTES - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO - DECISÃO INALTERADA -

1- O cerne da presente irresignação recursal repousa na suposta impossibilidade, in casu, de execução provisória da sentença, dada a limitação que seria imposta pelo comando normativo contido no art. 2º-B da Lei nº 9.494/97.

2- O Superior Tribunal de Justiça, contudo, já sedimentou entendimento segundo o qual “à regra contido no art. 2º-B da Lei nº 9.494/97 deve ser dada exegese restritiva, no sentido de que a vedação de execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública deve se ater às hipóteses expressamente elencadas no referido dispositivo, não sendo aplicável nos casos em que o Impetrante busca o restabelecimento de vantagem anteriormente percebida. Precedentes.” (REsp 862.482/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/03/2009, DJe 13/04/2009).

3- No caso dos autos, a decisão objeto da execução provisória consubstancia-se em obrigação de fazer, que não encontra previsão na norma limitadora multicitada.

4- Destarte, mostra-se plenamente viável a execução provisória da sentença, tal qual procedeu o juízo a quo, inexistindo razões para a modificação do decisum vergastado.

5- Decisão monocrática mantida. Agravo Regimental conhecido e improvido. (TJCE - AG 0076930-03.2012.8.06.0000/50000 - Rel. Teodoro Silva Santos - DJe 11.09.2012 - p. 41)

Vislumbra-se, no presente caso, que a situação está inarredavelmente em consonância com o posicionamento jurisprudencial do STJ e deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Dito isso, é coerente o recebimento do recurso apelatório somente no efeito devolutivo, em casos que tais, não merecendo reforma o decisum vergastado.

Ante o exposto, considerando os precedentes da legislação e da jurisprudência acima, CONHEÇO DO RECURSO PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Fortaleza, 22 de julho de 2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0027995-92.2013.8.06.0000

AGRAVANTE: ENGEXATA ENGENHARIA LTDA.

AGRAVADA: LAVANDERIA SÃO JOSÉ SERVIÇOS LTDA.

LOCAL DE ORIGEM: 8ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA

AÇÃO DE ORIGEM: EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONEXÃO ALEGADA EM EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – POSSIBILIDADE. NOTIFICAÇÃO JUDICIAL – MEDIDA CONSERVATIVA DE DIREITO – AUSÊNCIA DE PREVENÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO A SER DISTRIBUIDA LIVREMENTE. RECURSO PROVIDO.

1. Conquanto a exceção de incompetência, via de regra, não deva servir como meio para arguição da existência de conexão, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas e diante da inexistência de prejuízo para a parte adversa, referida matéria pode vir a ser decidida nos autos do incidente. Entender de outra forma representaria apego ao excesso de rigor, o que afronta a efetividade e a celeridade processual. Precedentes do STJ.

2. O instituto da conexão objetiva garantir a celeridade processual e evitar decisões conflitantes. Daí a necessidade de reunião das ações, para que tenham julgamentos simultâneos.

3. No caso em análise, a agravada requereu em Juízo a notificação judicial da recorrente, a fim de lhe dar ciência de que pretende ver cumprido integralmente o contrato locatício firmado entre as partes. Tratando-se, pois, de procedimento meramente conservativo de direito, sem qualquer cunho contencioso, não há qualquer possibilidade de julgamentos conflitantes, até porque a medida judicial adotada pela locatária não objetiva um provimento jurisdicional positivo, seja declaratório ou condenatório.

4. Dessa forma, embora tenha o Juízo da 22ª Vara Cível despachado primeiramente no pedido de notificação judicial, deve ser respeitado, com relação à ação de despejo, o princípio do juiz natural, resultante da livre distribuição, como garantia do devido processo legal.

5. Recurso provido para reconhecer a competência do Juízo da 8ª Vara Cível para processar e julgar a ação de despejo

acima referida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 0027995-92.2013.8.06.0000, em que figuram as partes indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO/VOTO

Tratam os presentes autos de agravo de instrumento interposto pela Engexata Engenharia Ltda. contra a decisão do Juízo da 8ª Vara Cível desta Comarca de Fortaleza, proferida nos autos da Exceção de Incompetência nº 0208096-58.2012.8.06.0001, que reconheceu a existência de conexão entre a ação de despejo ajuizada pela ora agravante e a notificação judicial movida pela Lavanderia São José Serviços Ltda., determinando, por consequência, a remessa do pedido de despejo ao Juízo da 22ª Vara Cível desta Comarca.

Nas razões da insurgência, a recorrente alega ter sido o incidente de exceção de incompetência ajuizado de forma intempestiva, e que a conexão é matéria a ser alegada como preliminar em contestação, e não em procedimento próprio, como é o caso em análise. Defende, ainda, a inexistência de conexão entre a ação de despejo por ela intentada e a notificação judicial ajuizada pela recorrida.

A parte agravada apresentou contraminuta (fls. 70/72), afirmando, preliminarmente, ser intempestivo o recurso em análise. Quanto ao mérito, pugna pela manutenção da decisão recorrida.

Consoante informação de fl. 79, o Juízo de origem não prestou as informações que lhe foram solicitadas.

Desnecessária a intervenção ministerial, nos termos do artigo 53 do RITJCE.

É o relatório, em síntese. **PASSO A PROFERIR VOTO.**

Conheço do recurso, porquanto presentes seus requisitos, inclusive o da tempestividade.

Embora a decisão recorrida tenha sido publicada no Diário da Justiça Eletrônico do dia 08 de abril de 2013, consoante noticiado pela agravada, na referida publicação constou somente o nome do patrono da parte recorrida (fl. 73). Dessa forma, não há como desconsiderar a veracidade da informação contida na Certidão expedida pelo Secretária de Vara do Juízo de origem (fl. 17), a qual revela que o patrono da recorrente foi intimado da decisão agravada apenas em 22/04/2013.

Dessa forma, tempestivo é o recurso, ajuizado que foi aos 30/04/2013 (fl. 61).

A agravante afirma ter sido a exceção de incompetência ajuizada de forma intempestiva, e que a conexão é matéria a ser alegada como preliminar em contestação, e não por meio de incidente. Essas alegações não prosperam.

A alegada intempestividade do incidente não pode ser aferida pela documentação acostada ao recurso. O documento de fl. 37 não aponta a data de protocolo do feito, mas apenas a de recebimento na Secretaria da 8ª Vara Cível, após distribuição.

Por outro lado, conquanto a exceção de incompetência, via de regra, não deva servir como meio para arguição da existência de conexão, entendo que, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas e diante da inexistência de prejuízo para a parte adversa, referida matéria possa sim ser decidida nos autos do incidente. Entender de outra forma, representaria apego ao excesso de rigor, o que afronta a efetividade e a celeridade processual.

Nesse sentido, também já decidiu o STJ, consoante se depreende dos arestos a seguir transcritos.

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECONHECIMENTO DE CONEXÃO POR MEIO DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE. CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROCESSO. MITIGAÇÃO DA RIGIDEZ DAS REGRAS PROCESSUAIS PARA DAR PREVALÊNCIA À EFETIVIDADE E CELERIDADE PROCESSUAL.

1. (Omissis).

2. Verifica-se que o acórdão recorrido buscou dar efetividade ao princípio da instrumentalidade do processo - e com razão -, tendo em vista que o processo não constitui um fim em si mesmo, mas um instrumento para a consecução do direito material. Não havendo prejuízo para as partes, cumpre desde logo reconhecer, ainda que por via imprópria, a conexão entre juízos.

3. Cumpre ainda salientar que, cabe ao julgador, verificando a possibilidade da existência de tumulto no processo, mormente para evitar decisões contraditórias, mitigar o rigorismo das normas processuais, evitando-se assim que o formalismo constitua óbice à prestação jurisdicional. No caso, não há prejuízo em reconhecer a conexão em sede de exceção de incompetência, quando a via cabível seria os embargos à execução.

4. (Omissis).

(REsp 713.045/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 23/06/2009).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. (OMISSIS). CONEXÃO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO E REVISIONAL. RECONHECIMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. INSTRUMENTALIDADE.

1 - (Omissis).

2 - Conquanto não seja a exceção de incompetência o instrumento hábil para suscitar a ocorrência de conexão, referida matéria pode ser decidida até mesmo de ofício, devendo-se afastar o rigorismo do pleito de declaração

de impossibilidade jurídica do pedido.

3 - (Omissis).

(AgRg no Ag 654809/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2005, DJ 11/04/2005, p. 323).

Quanto ao mérito, não vislumbro razão para reconhecer, no caso, a ocorrência de conexão entre a notificação judicial, proposta pela agravada, e a ação de despejo, ajuizada pela agravante.

O instituto da conexão objetiva garantir da celeridade processual e evitar decisões conflitantes. Daí a necessidade de reunião das ações, para que tenham julgamentos simultâneos (art. 105 do CPC).

No caso em análise, a locatária, ora agravada, requereu em Juízo a notificação judicial da locadora, ora recorrente, a fim de lhe dar ciência de que pretende ver cumprido integralmente o contrato locatício firmado entre as partes. Tratando-se, pois, de procedimento meramente conservativo de direito, sem qualquer cunho contencioso, não há qualquer possibilidade de julgamentos conflitantes, até porque a medida judicial adotada pela locatária não objetiva um provimento jurisdicional positivo, seja declaratório ou condenatório.

No entendimento consolidado pelo STJ, medidas conservativas de direito, pela ausência de contencioso, não causam a prevenção para o julgamento de ações posteriores. Confira-se:

PREVENÇÃO DO JUÍZO. INEXISTÊNCIA. ADITAMENTO AO CONFLITO. AUTORIDADE JUDICIAL DIVERSA. IMPOSSIBILIDADE.

I. (Omissis).

III. A medida cautelar de interpelação judicial, mero ato conservativo de direito, não tem natureza contenciosa, sem efeito de causar a prevenção do Juízo para as ações posteriores. Precedente.

IV. (Omissis).

V. Conflito conhecido, para declarar em definitivo a competência do Juízo da 13ª Vara Cível de São Paulo.

(CC 40.451/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/06/2004, DJ 18/10/2004, p. 183).

Nesse mesmo sentido, colhe-se também o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

LOCAÇÃO - DESPEJO - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - PREVENÇÃO DO JUÍZO QUE PROCESSOU A NOTIFICAÇÃO JUDICIAL - INOCORRÊNCIA - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO IMPROVIDO. A notificação premonitória, requisito para denunciação do contrato de locação, efetivada judicialmente, não tem o condão de tornar prevento o juízo que a processou. Sendo assim, pela própria natureza da notificação judicial, não era mesmo de considerá-la conexa à ação de despejo. (Omissis).

(Agravo de Instrumento nº 0066692-11.2005.8.26.0000, TJSP, 35ª Câmara do D.OITAVO Grupo (Ext. 2º TAC), Relator: Des. Artur Marques, Registro em 28/03/2006).

Dessa forma, embora tenha o Juízo da 22ª Vara Cível despachado primeiramente no pedido de notificação judicial, deve ser respeitado, com relação à ação de despejo, o princípio do juiz natural, resultante da livre distribuição, como garantia do devido processo legal.

Com esses fundamentos, conheço e dou provimento ao recurso, reformando a decisão recorrida para reconhecer a competência do Juízo da 8ª Vara Cível para processar e julgar a ação de despejo acima referida.

É como voto.

Fortaleza, 07 de agosto de 2013.

PROCESSO Nº. 0078128-75.2012.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO VIRTUAL.

AGRAVANTE: MARCOS RODRIGUES OLIVEIRA DE AZEVEDO

AGRAVADOS: ESTADO DO CEARÁ E UECE - UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ.

RELATOR: DES. CARLOS ALBERTO MENDES FORTE.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ENTREGA DE EXAME POR CULPA DE LABORATÓRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO TJCE. RECURSO PROVIDO.

1. Da Preliminar de Perda de Objeto.

1.1. O caso é simples e prescinde de maiores debates, e, por isso, de logo, rejeito a preliminar de perda de objeto, uma vez que a jurisprudência pátria está em posição inversa ao defendido pelo Estado do Ceará e pela Procuradoria de Justiça.

1.2. “[...]De acordo com o entendimento perfilhado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, ainda que já homologado o resultado final de certame, não há de se falar em perda superveniente de objeto de mandado de segurança impetrado por concursandos para se discutir acerca de eventual nulidade do ato convocatório de uma das fases do concurso. 1. Do mesmo modo, não há de falar em extinção do mandamus, sem resolução de mérito, quando o candidato é reprovado em uma das fases do certame, se a eliminação do candidato adveio exclusivamente de ato praticado pela Administração Pública. 2. Na hipótese dos autos, remanesce o interesse dos Impetrantes na apreciação do mérito do mandado de segurança manejado, na medida em que estes foram submetidos e aprovados em todas as provas previstas no instrumento editalício, sendo eliminados apenas em decorrência do número de faltas excedido no programa de aperfeiçoamento profissional (3ª fase), em razão do equívoco cometido na publicação do ato convocatório no sítio eletrônico da entidade organizadora do concurso. (Agravo Regimental 417379201080600001; Relator: FRANCISCO BARBOSA FILHO; Comarca:

Fortaleza; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Data de registro: 04/01/2011).

1.3. Preliminar rejeitada.

2. Do Mérito.

2.1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, interposto por Marcos Rodrigues Oliveira de Azevedo contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE, que indeferiu o pedido de antecipação de tutela formulado nos autos da ação ordinária ajuizada contra o Estado do Ceará e UECE - Universidade Estadual do Ceará/CE, ora agravados.

2.2. In casu, o autor comprova às fls. 35/36 que fez o exame requerido em data anterior à exigida pelo edital e pela UECE em comunicado oficial (fl. 31), bem como prova que a negativa da UECE ao seu recurso foi feita de forma genérica e sem analisar devidamente seus argumentos de demora por culpa do laboratório (fls. 47/49).

2.3. Dessa maneira, a pretensão autoral encontra guarida no ordenamento pátrio, restando caracterizada a possibilidade jurídica do pedido, razão porque deve-se admiti-lo em consonância com a jurisprudência do eg. STJ e do Pleno deste Tribunal de Justiça.

2.4. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE TÍTULOS. REPROVAÇÃO POR SUPOSTA AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE TODOS OS DOCUMENTOS EXIGIDOS, BEM COMO DE FALTA DE APRESENTAÇÃO DO VERSO DE UM DOS TÍTULOS. FALTA DE EXAME DE RECURSO POR ENVIO A NÚMERO DE FAX NÃO PREVISTO NO EDITAL OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E À RAZOABILIDADE.(RMS 25.268/SE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 16/03/2011).

3. Agravo conhecido, mas improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do agravo de instrumento nº 0078128-75.2012.8.06.0000, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso em referência, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, interposto por Marcos Rodrigues Oliveira de Azevedo contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE, que indeferiu o pedido de antecipação de tutela formulado nos autos da ação ordinária ajuizada contra o Estado do Ceará e UECE - Universidade Estadual do Ceará, ora agravados.

2. Em síntese, afirma que por culpa exclusiva do laboratório indicado para fazer os exames requeridos, deixou de entregar em tempo hábil o exame de ácido úrico, tendo sido orientado a apresentar recurso administrativo. Contudo, para seu espanto, o recurso foi negado. Ao final, requer a concessão do efeito ativo e o provimento do presente agravo quando do seu julgamento.

3. Às fls. 77/79, indeferi o pedido de efeito ativo requerido.

4. O Estado do Ceará apresenta suas contrarrazões às fls. 82/96, nas quais alega que houve perda de objeto em razão do concurso já estar em fase avançada, bem como o edital ser verdadeira lei entres as partes, não podendo ser descumprido. Pugna, ao fim, pela rejeição do presente agravo de instrumento.

5. A UECE, mesmo intimada, deixou transcorrer o prazo sem nada apresentar, tudo conforme certidão exarada à fl. 109.

6. A PGJ emite parecer opinando que o recurso deve ser extinto, ante a sua perda de objeto (fls. 113/115).

7. As informações foram prestadas às fls. 118/119, informando que o processo em primeira instância está concluso para julgamento.

8. É o relatório. Peço data para julgamento, em razão do processo não necessitar de revisão por se tratar de agravo de instrumento.

VOTO

9. O caso é simples e prescinde de maiores debates, e, por isso, de logo, rejeito a preliminar de perda de objeto, uma vez que a jurisprudência pátria está em posição inversa ao defendido pelo Estado do Ceará e pela Procuradoria de Justiça. Por eles, leia-se a ementa do culto Desembargador Francisco Barbosa Filho:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE PROFESSOR DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. PUBLICAÇÃO EQUIVOCADA, NO SÍTIO ELETRÔNICO DA ENTIDADE ORGANIZADORA DO CERTAME, DO ATO DE CONVOCAÇÃO PARA A MATRÍCULA NA 3ª FASE DO CONCURSO. REPROVAÇÃO DOS IMPETRANTES POR EXCEDER O LIMITE DE FALTAS CONSTANTE NO EDITAL. CULPA ATRIBUÍDA À ADMINISTRAÇÃO.

HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME. FATO QUE NÃO ENSEJA A PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DO MANDAMUS. PRECEDENTES DO EG. STJ. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INOCORRÊNCIA. ACERVO DE PROVAS SUFICIENTES PARA DEMONSTRAR OS FATOS NARRADOS NA EXORDIAL. PUBLICAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO REALIZADO COM EQUÍVOCO. PREJUÍZOS OCASIONADOS A CONCURSANDOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE. CF, ART. 37, CAPUT. DECISÃO CONFIRMADA.

1. De acordo com o entendimento perfilhado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, ainda que já homologado o resultado final de certame, não há de se falar em perda superveniente de objeto de mandado de segurança impetrado por concursandos para se discutir acerca de eventual nulidade do ato convocatório de uma das fases do concurso.

2. Do mesmo modo, não há de falar em extinção do mandamus, sem resolução de mérito, quando o candidato é reprovado em uma das fases do certame, se a eliminação do candidato adveio exclusivamente de ato praticado pela Administração Pública.

3. Na hipótese dos autos, remanesce o interesse dos Impetrantes na apreciação do mérito do mandado de segurança manejado, na medida em que estes foram submetidos e aprovados em todas as provas previstas no instrumento editalício, sendo eliminados apenas em decorrência do número de faltas excedido no programa de aperfeiçoamento profissional (3ª fase), em razão do equívoco cometido na publicação do ato convocatório no sítio eletrônico da entidade organizadora do concurso.

4. Na espécie, se mostra desnecessário para o deslinde da presente demanda a comprovação de que os Impetrantes teriam tentado realizar a sua matrícula através do sítio eletrônico da entidade organizadora do concurso, porquanto presentes todos os elementos de prova para demonstrar os fatos narrados na exordial.

5. Examinando as especificidades do caso, do modo em que foi publicado o edital convocatório no sítio eletrônico da entidade organizadora do concurso, exigia-se dos candidatos uma curiosidade a mais, uma vez que não se reportava somente à matéria do título, o que leva ao entendimento de que houve violação ao princípio constitucional da publicidade (CF, art. 37, caput).

6. A publicação correta do ato de convocação no Diário Oficial do Estado, por si só, não é capaz de eximir a Administração da falha cometida na publicação no sítio eletrônico, a fim de evitar prejuízos para as partes.

7. Agravo Regimental conhecido e improvido.

(Agravo Regimental 417379201080600001; Relator: FRANCISCO BARBOSA FILHO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Data de registro: 04/01/2011).

10. O egrégio Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico segundo o qual, havendo falha do laboratório, não pode ser prejudicado o candidato por erro que ele não cometeu:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO

PÚBLICO. PROVA DE TÍTULOS. REPROVAÇÃO POR SUPOSTA AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE TODOS OS DOCUMENTOS EXIGIDOS, BEM COMO DE FALTA DE APRESENTAÇÃO DO VERSO DE UM DOS TÍTULOS. FALTA DE EXAME DE RECURSO POR ENVIO A NÚMERO DE FAX NÃO PREVISTO NO EDITAL OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E À RAZOABILIDADE.

1. Deve-se determinar a reavaliação, por parte da Banca Examinadora do certame, dos títulos apresentados pelo recorrente, quando demonstrada sua boa-fé e a falta de razoabilidade da Administração, que deixou de examinar recurso porque encaminhado para número de fax diverso dos previstos no edital; desconsiderou documentos que comprovavam que o recorrente era graduado em Enfermagem; e não concedeu pontos relativos a carga horária cumprida em curso de especialização sob a alegação de equívoco do candidato na entrega do verso do documento.

2. Recurso ordinário provido.

(RMS 25.268/SE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 16/03/2011).

11. Comungando com esse entendimento, o pleno desse Tribunal de Justiça assim se manifestou:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME MÉDICO EXTEMPORÂNEO. EMISSÃO DO LAUDO PELO LABORATÓRIO APÓS O PRAZO EDITALÍCIO. CULPA NÃO ATRIBUÍVEL AO CANDIDATO IMPETRANTE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

O edital do concurso público que não contiver previsão de fatos alheios à vontade dos candidatos, que lhes impeçam de observarem os prazos editalícios, fica submetido ao controle judicial sob o crivo da razoabilidade e proporcionalidade. Caso em que o impetrante ficou impossibilitado de entregar os resultados de exames clínicos, requisitados para inspeção de saúde, no horário preestabelecido, em função de demora do laboratório competente ligado ao SUS. Além disso, o prazo de dez dias fixado para o cumprimento da obrigação demonstrou-se por demais exíguo, em face das circunstâncias incomuns apresentadas. Inadequação dos meios aos fins, com plena incidência dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade. A nova oportunidade requestada não consubstancia privilégio ou ofensa ao princípio isonômico, em vista de ter o impetrante se desigualado dos demais candidatos que lograram entregar a tempo seus exames clínicos, não podendo receber tratamento diferenciado, se as condições foram as mesmas para todos os que procuraram a rede pública estadual de saúde. Ordem concedida.

(Mandado de Segurança 2663161200880600000; Relator: JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Data do julgamento: 14/05/2009; Data de registro: 21/05/2009).

12. In casu, o autor comprova às fls. 35/36 que fez o exame requerido em data anterior à exigida pelo edital e pela UECE em comunicado oficial (fl. 31), bem como prova que a negativa da UECE ao seu recurso foi feita de forma genérica e sem analisar devidamente seus argumentos de demora por culpa do laboratório (fls. 47/49).

13. Dessa maneira, a pretensão autoral encontra guarida no ordenamento pátrio, restando caracterizada a possibilidade jurídica do pedido, razão porque deve admiti-lo em consonância com a jurisprudência do eg. STJ e do Pleno deste Tribunal de Justiça.

14. À vista do exposto, CONHEÇO do presente agravo, PARA DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para determinar que lhe seja permitido participar das fases subsequentes do certame.

15. É como voto.

Fortaleza, 15 de maio de 2013

SENTENÇA DE 1º GRAU

COMARCA DE FORTALEZA

29ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA

AUTOS N« 19759-95.2006.8.06.0001/0 AUTOR(A): VALDEMIRO PEDRO LIMA

RÉ(U): UNIMED DE FORTALEZA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

JUÍZA: DRA. LISETE DE SOUSA GADELHA

SENTENÇA

Trata-se de ação ordinária formulada por VALDEMIRO PEDRO LIMA em desfavor da **UNIMED DE FORTALEZA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA.**

Alega o autor que celebrou um contrato de plano de saúde privado com a Cooperativa requerida de nº 063.0020001046069-1 e que efetuou os pagamentos das mensalidades até abril de 2005, quando deixou de receber a cobrança.

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

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

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

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

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

A promovida contestou alegando, em apertada síntese, que: a) o autor celebrou o contrato de assistência médico-hospitalar com a Unimed de Fortaleza, sendo beneficiário da modalidade MULTIPLAN Enfermaria sem Obstetrícia, desde 23/02/2000, e teria sido excluído definitivamente do contrato em 05 de maio de 2005 por inadimplência do mês de JANEIRO/05; b) Foram enviadas faturas mensais para o autor, nas quais constavam documentos intitulados “Extrato & Informações”, nas quais constavam o número de dias cumulativos de atraso da fatura, assim como a inadimplência da parcela relativa a janeiro de 2005; c) O autor possuiria histórico de cancelamento por inadimplência em 04 de fevereiro de 2001, que foi reativado por liberalidade da promotente em 23 de fevereiro de 2001; d) O promotente atingiu mais de 60(sessenta)

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

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

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

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

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR.

DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

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

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

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

Nesta ordem de idéias, aplicável ao caso o disposto no artigo 330, inciso I do CPC:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo a sentença: I quando a questão for unicamente de direito, ou, **sendo de direito e de fato, não houver necessidade de prova em audiência**; (sem grifos no original).

DO MÉRITO

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

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

dias.

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

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

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

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

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

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

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

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

Na realidade, ao deixar de notificar o consumidor, ora autor, nos termos do artigo 13, parágrafo único, inciso II da Lei nº 9.656/98, a promovida incidiu na conduta vedada do *venire contra factum proprium*, conforme nos ensina CRISTIANO VIEIRA SOBRAL PINTO¹:

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

(...)

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

- Um comportamento;

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

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

E nas notas de rodapé o referido autor cita:

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

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

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

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

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

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

1. A relação existente entre as partes é de consumo, pelo que se subordina às normas do Código de Defesa do Consumidor.
2. A cláusula contratual que determina a rescisão do contrato a qualquer momento, em face do inadimplemento das mensalidades por período superior a 60(sessenta) dias, sem qualquer previsão de prévia notificação do consumidor, é considerada abusiva, tendo em vista que não atende ao disposto na Lei nº 9.656/98, em seu artigo 13, parágrafo único, inciso II, que determina que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência.
3. Pelo que dos autos consta, observo que as mensalidades em atraso foram pagas antes de se completar os 60(sessenta) dias de inadimplência, conforme chancela mecânica constante nos documentos agregados ao feito.
4. Ademais, não consta nos fólios processuais, nenhum documento comprobatório de efetiva notificação da apelada sobre o atraso no pagamento das mensalidades, realizada no prazo de até cinquenta dias, como preceitua a lei.

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

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

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

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

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

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

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

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

observância das formalidades legais.

Fortaleza (Ce), 7 de fevereiro de 2013.

COMARCA DE FORTALEZA

29ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA

Autos nº 770794-63.2000.8.06.0001/0

Autor(a): JUSSARA BELARMINO BRANDÃO e SARA MARLI MAGALHÃES BELARMINO DA SILVA

Ré(u): UNIMED DE FORTALEZA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

Juíza: Dra. LISETE DE SOUSA GADELHA

SENTENÇA

Trata-se de ação ordinária formulada por JUSSARA BELARMINO BRANDÃO e SARA MARLI MAGALHÃES BELARMINO DA SILVA em desfavor da UNIMED DE FORTALEZA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA.

Alega a parte autora que JUSSARA BELARMINO BRANDÃO é beneficiária de plano de saúde como dependente da genitora, SARA MARLI MAGALHÃES BELARMINO DA SILVA, através de contrato celebrado entre a promovida e o SINTUFCE - Sindicato dos Servidores da UFC.

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

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

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

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

A inicial veio acompanhada de: procuração *ad judicium*; comunicação de indeferimento da cirurgia requerida pela autora; pedido de internação hospitalar; atestado médico afirmando a necessidade da cirurgia gástrica ajustável; atestado médico informando a existência de problemas de ortopedia; contrato de prestação de serviços médico-hospitalares entre o SINDICATO DOS TRABALHADORES DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - SINTUFCE e a UNIMED DE FORTALEZA - COOPERATIVA DO TRABALHO MÉDICO (fls. 37/49).

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

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

A promovida contestou alegando, em apertada síntese, que: a) carência de ação por se tratar de pedido juridicamente impossível, nos termos do artigo 267, VI do CPC; b) inépcia da inicial porque o pedido não decorre da narração dos fatos, não tendo sido, inclusive, alegada abusividade de cláusula contratual, razão pela qual o processo deveria ser extinto na conformidade do artigo 267, I e 295, I do CPC; c) ausência de interesse do Ministério Público; d) a Ré negou o procedimento com fundamento na cláusula 4.2.3. do contrato firmado entre a UNIMED e o SINTUFCE, assim como na cláusula 7.1.; d) o indeferimento da realização da cirurgia baseou-se em dispositivo legal e contratual; e) Inexiste motivo para desconsiderar o contrato, como ato jurídico perfeito que vincula as partes.

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

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

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR.

DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

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

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

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

Nesta ordem de idéias, aplicável ao caso o disposto no artigo 330, inciso I do CPC:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo a sentença: I quando a questão for unicamente de direito, ou, **sendo de direito e de fato, não houver necessidade de prova em audiência**; (sem grifos no original).

DAS PRELIMINARES ARGUIDAS NA CONTESTAÇÃO

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

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

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

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

Desta maneira, rejeito as preliminares arguidas na contestação.

DO MÉRITO

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

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

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

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

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

cunho estético.

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

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

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

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

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

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

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

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

Também não se mostra razoável, diante do princípio da boa-fé objetiva

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

Quanto à invocação do contrato como ato jurídico perfeito, cumpre dizer, por oportuno, que o princípio do *pacta sunt servanda* encontrou o seu apogeu no Estado liberal clássico, emanado da Revolução Francesa, no qual se acreditava que o equilíbrio e a justiça do contrato decorriam da liberdade de contratar, idéias que deram sustentação à teoria contratual do Século XIX.

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

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

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

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

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

- A discussão sobre a equivalência das prestações deveria ter levado em conta que a análise contratual correta, em termos econômicos, depende, necessariamente, do estudo de dois momentos distintos no contrato de seguro-saúde: o primeiro é relativo à definição das doenças cobertas, e o segundo, às eventuais previsões de tratamentos específicos para tais doenças.
- Se o contrato previa a cobertura para a doença, qualquer constatação de desequilíbrio financeiro a partir da alteração do tratamento dependeria, naturalmente, de uma comparação analítica entre os custos derivados das duas prescrições aquela prevista no momento da contratação e aquela desenvolvida mais tarde.
- Sem tal comparação, a argumentação desenvolvida é meramente hipotética, pois se presume, sem qualquer demonstração, que a nova técnica é necessariamente mais custosa do que a anterior.
- Não se desconsidera, de forma apriorística, a importância do princípio da equivalência das prestações nos contratos comutativos; porém, é de se reconhecer que a aplicação desse cânone depende da verificação de um substrato fático específico que aponte para uma real desproporção entre as prestações, não se admitindo que a tutela constitucional dos direitos do consumidor seja limitada com base em meras suposições.
- A ausência de adaptação do contrato às disposições da Lei nº 9.656/98 que prevê expressamente a cobertura para a cirurgia de redução de estômago é ponto irrelevante, pois a controvérsia, conforme visto, se desenvolve unicamente na perspectiva da análise do contrato firmado em data anterior a tal Lei.
- A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor.
- É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada.

Precedentes do STJ.

Recurso especial provido.

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

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

Em face da sucumbência, condeno a requerida ao pagamento de custas

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

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

Fortaleza, 7 de fevereiro de 2013.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

PROCESSO: 0001040-46.2011.8.06.0080 - APELAÇÃO

APELANTES: FRANCISCO DAS CHAGAS AZEVEDO MORAES E FRANCISCO CARLOS CORDEIRO FRANÇA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1 - O princípio da insignificância exige para a sua aplicação a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente e a inexpressividade da lesão jurídica provada, tornando-se inviável sua aplicação ante a ausência de qualquer um desses requisitos.

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, em **conhecer** do apelo, para **negar provimento**, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 1º de abril de 2013.

RELATÓRIO

Francisco das Chagas Azevedo Moraes e Francisco Carlos Cordeiro França, qualificados nos autos, foram denunciados pelo representante do Ministério Público da Comarca de Graça/Ce como incurso nas sanções do art. 155, § 1º e 4º, incisos I e IV, c/c art. 71, todos do Código Penal Brasileiro.

O processo transcorreu de modo regular, atendidas as formalidades processuais penais, culminando com a decisão de primeiro grau, proferida às fls. 72/81, que condenou os recorrentes nas sanções do art. 155, § 1º e 4º, incisos I e IV, c/c art. 71, todos do Código Penal Brasileiro, à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, bem como a pena de multa em 10 (dez) dias multa.

Inconformados com o *decisum* os sentenciados interpuseram o presente

recurso de apelação, no qual pugnam pela aplicabilidade do princípio da insignificância, por entender que a conduta praticada é atípica.

Contrarrazões do Ministério Público, às fls. 94/100, seguindo-se de parecer da PGJ, no qual manifesta-se pelo improvimento do apelo.

É o breve relato.

À Revisora.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Trata-se de recurso de apelação crime, interposto contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Graça/Ceará, que condenou os recorrentes à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, mais multa, como incurso nas sanções do art. 155, § 1º e 4º, incisos I e IV, c/c art. 71, todos do Código Penal Brasileiro.

Consta na exordial que no dia 06 de janeiro de 2011, por volta das 20:30hs, da noite, os recorrentes, acompanhados do adolescente A. F. de F., arrombaram a residência da vítima Francisca Ferreira de Oliveira, ocasião em que subtraíram vários objetos, tais como, câmera fotográfica, relógio, R\$ 70,00 (setenta reais) em espécie e cartões bancários.

Posteriormente, arrombaram o estabelecimento comercial da vítima Sebastião Azevedo de Alcântara, e subtraíram cervejas, “xilitos”, cigarros, pastilha “Halls” e refrigerantes.

Requerem, em suma, os recorrentes, a aplicação do princípio da insignificância, por entenderem que a conduta praticada é atípica.

O princípio da insignificância vem ganhando aceitação nos tribunais pátrios, surgindo como método auxiliar de interpretação que se propõe a excluir do tipo penal os fatos que não causem relevante lesão ao bem jurídico, tendo por finalidade ajustar a aplicação da lei penal aos casos que lhe são apresentados, evitando a proteção de bens cuja inexpressividade, efetivamente, não mereça a atenção do legislador penal.

No caso sob análise, tal princípio não socorre os apelantes tendo em vista que, para que se aplique o princípio da insignificância, é necessário o preenchimento de certos requisitos objetivos, como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No caso dos autos, tenho que só o valor da *res furtiva* inviabiliza já o reconhecimento do crime tido como de bagatela, tendo em vista que os objetos furtados somam aproximadamente a quantia de R\$ 700,00 (setecentos reais), montante que entendo não ser irrisório, ainda mais considerando que este valor corresponde a pouco mais de um salário mínimo dos dias atuais.

E ainda, cumpre acrescentar, que não se pode falar em reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta, uma vez que o delito foi perpetrado mediante o concurso de pessoas, qualificadora que impede o reconhecimento da atipicidade da conduta, por tornar de maior relevo a culpabilidade e a periculosidade dos agentes do crime.

Nesse sentido, destaco jurisprudência de recente julgamento proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

“A 2ª Turma, por maioria, denegou habeas corpus em que pleiteada a aplicação do princípio da insignificância em favor de condenado pela prática do delito de furto qualificado mediante concurso de pessoas (CP, art. 155, § 4º, IV). A defesa alegava a irrelevância da lesão patrimonial sofrida pela vítima, que seria da ordem de R\$ 80,00. Entendeu-se que, conquanto o bem fosse de pequeno valor, o paciente teria cometido o crime em concurso de agentes, portanto sua culpabilidade e a periculosidade do fato seriam maiores. Destacou-se que o paciente seria acusado de diversos delitos contra o patrimônio e contra a pessoa, além de já ter condenação por tráfico de entorpecentes. Vencido o Min. Gilmar Mendes, que concedia a ordem. Sublinhava que, a despeito de haver participação de outra pessoa no furto, o montante seria pouco expressivo, bem como não teria havido violência ou qualquer outro meio para que se efetuassem a subtração.” (HC 112103/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 21.08.2012) (HC-112103).

Assim, não há que se falar em absolvição, por atipicidade da conduta, uma vez que inaplicável na espécie o princípio da insignificância.

EM FACE DO EXPOSTO, voto pelo conhecimento do recurso da Defesa negando-lhe provimento.

Fortaleza, 1º de abril de 2013.

PROCESSO Nº: 1042730-67.2000.8.06.0001
APELAÇÃO CRIMINAL – 2ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: WELLINGTON DOS SANTOS SILVA
APELADO: FRANCISCO CARLOS DE OLIVEIRA SILVA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO MINISTERIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO. RECONHECIMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. INCONFORMISMO MINISTERIAL. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em decorrência do princípio da soberania dos veredictos, a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, sob a alegativa de manifesta contrariedade à prova dos autos, somente é possível quando estiver completamente divorciada dos elementos de convicção constantes dos autos, ou seja, quando proferida em contrariedade a tudo que consta dos fólios, o que não ocorreu na espécie, vez que o acervo probatório possui elementos que sustentam a tese acatada pelos jurados.

2. Os jurados podem acolher uma das teses apresentadas, em detrimento de outras, por lhes parecer a que melhor amparo encontra na prova coligida, o que, por si só, não enseja a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos.

3. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade, e em consonância com o parecer ministerial, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 30 de abril de 2013

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal, interposta pelo Ministério Público, com arrimo no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, contra a decisão dos jurados que absolveu os réus da imputação que lhes era feita (art. 121, § 2º, I, c/c art. 29, ambos do Código Penal), alegando que a decisão dos jurados teria acolhido tese manifestamente contrária à prova dos autos.

O feito tramitou regularmente, tendo os réus sido submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua absolvição, acolhendo a tese da legítima defesa, como se vê às fls. 166/167.

Aduz o apelante (fls. 171/175), que os jurados acataram tese manifestamente **contrária à prova dos autos**, sustentando que apesar de ter a vítima provocado os fatos, a mesma estava desfalecida no chão no momento em que recebeu o disparo letal, condição que anularia a excludente de ilicitude da legítima defesa, que fora reconhecida pelos jurados. Requer, assim, a anulação do julgamento, nos termos do art. 593, III, ”d”, do Código de Processo Penal.

Recebido e contrariado o recurso, a defesa pugnou pelo improvimento do apelo (fls. 177/187).

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da apelação (fls. 195/197).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de Apelação Criminal, interposta pelo Ministério Público, com arrimo no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, contra a decisão dos jurados que absolveu os réus da imputação que lhes era feita (art. 121, § 2º, I, c/c art. 29, ambos do Código Penal), alegando que a decisão dos jurados teria acolhido tese manifestamente contrária à prova dos autos.

O feito tramitou regularmente, tendo os réus sido submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua absolvição, acolhendo a tese da legítima defesa, como se vê às fls. 166/167.

Aduz o apelante (fls. 171/175), que os jurados acataram tese manifestamente **contrária à prova dos autos**, sustentando que apesar de ter a vítima provocado os fatos, a mesma estava desfalecida no chão no momento em que recebeu o disparo letal, condição que anularia a excludente de ilicitude da legítima defesa, que fora reconhecida pelos jurados. Requer, assim, a anulação do julgamento, nos termos do art. 593, III, ”d”, do Código de Processo Penal.

A presente apelação ampara-se no art. 593, III, ”d”, do Código de Processo Penal, que trata da anulação do julgamento do Tribunal do Júri, por manifesta

contrariedade à prova dos autos. Nesse sentido, cabe-nos tão somente determinar se o julgamento encontra algum amparo na prova coligida aos autos, ou se realmente está completamente divorciado dos elementos probatórios carreados, ressaltando que somente neste último caso é possível sua anulação, em virtude do princípio da soberania dos vereditos, consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, *in verbis*:

Art. 5º ...

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

...

c) a soberania dos veredictos;

Portanto, somente é passível de anulação a decisão dos jurados quando arbitrária, completamente em desacordo com as provas dos autos, não se incluindo aqui a decisão que, analisando os elementos probatórios, optar por uma das teses apresentadas.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. I - Em obediência ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c” da Constituição Federal, somente se anula o julgamento do Tribunal do Júri quando sua decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando não tiver apoio em qualquer elemento de convicção constante dos fôlios, sendo proferida ao arrepio de tudo quanto mostra o caderno processual, o que, seguramente, incorre na espécie. II - Apelo improvido. (Apelação nº 6756200780601371, **Relator Des.** FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE, 1ª Câmara Criminal, julgado em 04/05/2010)

Ementa: RECURSO APELATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU CONDENADO A 15 (QUINZE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA NÃO ACOLHIDA. DECISÃO QUE ENCONTRA APOIO NA PROVA DOS AUTOS. NENHUMA RAZÃO PARA SE ANULAR O JULGAMENTO. SOBERANIA DO CONSELHO DOS SETE PARA OPTAR PELA VERSÃO QUE LHE PARECER MAIS VEROSSÍMIL. 1.As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos (Súmula nº 6 do TJ-CE). 2.Recurso conhecido e improvido. (Apelação nº 435649200380601122, **Relator Des.** HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MAXIMO, 1ª Câmara Criminal, julgado em 05/05/2010).

Analisando-se, acuradamente, os autos, constata-se que a versão acolhida pelos jurados, qual seja, de que os réus agiram em legítima defesa, decidindo por sua

absolvição, encontra apoio no acervo probatório. Vale lembrar que os jurados decidem por íntima convicção, não lhes sendo necessário motivar a decisão, ou mesmo explicitar por qual razão estão decidindo pela absolvição do réu.

No caso em tela, distingue-se claramente duas teses distintas, e ambas encontram respaldo em provas coligidas aos autos, ou seja, por um lado existem depoimentos a sustentar que após a provocação e agressão perpetrada pela vítima contra os réus, esta teria deixado o local, tendo os réus ido à sua procura e, após acertá-la com uma tijolada, que a deixou desmaiada no chão, teriam disparado a arma de fogo contra a mesma, quando esta já não oferecia qualquer perigo. Por outro lado, existem provas no sentido de que os réus, sofrendo injusta e atual agressão por parte da vítima, teriam entrado em luta e, desarmando-a, desferiram o disparo que ceifou a vida da vítima.

Coexistindo lastro probatório que possa embasar duas diferentes versões dos fatos, cabe exclusivamente aos jurados optar por uma dessas versões. Vejamos:

Declarações prestadas por Mirlândia dos Santos Silva, às fls. 111/113:

[...] que presenciou o fato denunciado; que no dia do fato denunciado, a família não estava conseguindo dormir porque o irmão do declarante, no caso o acusado Wellington que era usuário de drogas, ficava só entrando e saindo da casa; que em dado momento chegou a vítima, fazendo suada [sic], gritando, com um revólver na mão; [...] que do lado de fora da casa, a vítima com um revólver na mão, dizia que iria atirar em Wellington; [...] que a essa altura o pai da declarante, no caso o acusado Francisco Carlos, acordou [...] e foi ver o que estava acontecendo defronte a sua casa; que em seguida a vítima atirou na perna de seu genitor, no caso o Francisco Carlos; que em seguida o pai da declarante caiu; que em seguida seu irmão Wellington se agarrou a vítima e entraram em luta, restando Valdir morto [...].

Em seu interrogatório, às fls. 125/127, o réu Francisco Carlos de Oliveira Silva disse:

[...] que em seguida Valdir lhe desferiu uma coronhada na cabeça do interrogando, e depois lhe deu um tiro na perna; que em seguida seu filho Wellington pegou um tijolo furado, composto com massa e arremessou contra a cabeça de Valdir; que em seguida Valdir caiu, e quando ele estava tentando levantar-se, o interrogando pegou a arma da mão dele e atirou, efetuando um disparo, pegando na cabeça; [...].

Dessa forma, não se pode afirmar que os jurados decidiram contra a prova dos autos, já que as provas coligidas abrem margem a dúvidas quanto às circunstâncias, comportando a tese de legítima defesa, de forma que o Conselho de Sentença pode ter optado por esta tese, pois aos jurados não é necessário motivar sua decisão, nem mesmo esclarecer por quais razões optaram pela absolvição dos réus, pois decidem por íntima convicção.

Ressalte-se que, em decorrência do princípio da soberania dos vereditos,

basta que exista algum elemento de prova nos autos a justificar a versão acolhida pelos jurados, ainda que outra versão possa parecer mais acertada.

Vejamos a jurisprudência dos Tribunais Pátrios:

APELAÇÃO-CRIME. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO MINISTERIAL INTERPOSTO COM BASE NAS ALÍNEAS “A” E “D” DO INCISO III DO ART. 593 DO DIPLOMA PENAL ADJETIVO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO JULGAMENTO POR INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 495, XIV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUPOSTA AUSÊNCIA DE REGISTRO DOS FUNDAMENTOS DAS ALEGAÇÕES DAS PARTES. DESACOLHIMENTO. Compulsando a ata da sessão de julgamento, constato que nela constou que o agente ministerial vindicou a condenação do acusado pela prática do crime de homicídio qualificado, enquanto a defesa objetivou absolvição, com base na tese de legítima defesa própria. Ademais, se insatisfeito com a síntese lavrada na ata, deveria o órgão acusador ter solicitado sua modificação, nos moldes que pretendia, antes de assiná-la, para aí sim, no caso de indeferimento, postular a nulidade do julgamento diante deste Tribunal. ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO DOS JURADOS FOI MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. **Se os juízes de fato acolheram a versão do réu, de que teria agido em legítima defesa, ou ainda, se mesmo entendendo que a conduta injusta denunciada foi praticada sem estar abarcada por qualquer excludente de ilicitude e culpabilidade, mas atendendo a sua íntima convicção concluíram que o denunciado, por determinada razão, é merecedor de perdão, não sendo necessária à sociedade a punição de seu comportamento, não há como esta Corte usurpar da competência do Conselho de Sentença, anulando sua soberana decisão, soberania esta garantida inclusive pela Lei Maior.** Aliás, sublinho que parte da doutrina atual avalia inclusive não ser mais aceitável ao Ministério Público fazer uso da alínea “d” do inciso III do art. 593 da Lei Processual Penal no manejo de sua apelação, em atenção às modificações efetuadas pela Lei n.º 11.689/2008 no sistema de quesitação. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70030641062, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 09/09/2009) Grifo nosso.

APELAÇÃO CRIME. JÚRI. HOMICÍDIO SIMPLES, NA FORMA TENTADA (DUAS VEZES) E DISPARO DE ARMA DE FOGO EM LOCAL HABITADO. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Homicídio simples tentado (duas vezes). **Absolvição. Decisão contrária à prova produzida nos autos. Não-reconhecimento. Acolhimento de uma das versões vertidas no processo. A decisão dos jurados, que julgam por íntima convicção, que acolheu a versão apresentada pelo réu, que lhes pareceu mais verossímil, não se revela contrária à prova dos autos, porquanto amparada na ausência de testemunhas presenciais que fornecessem certeza quanto à autoria. Palavra do réu erigida à condição de versão, quando contrariada apenas pelo relato da vítima, insuficientes os demais elementos de prova em sentido oposto. Dúvida**

sobre a autoria estabelecida. Decreto absolutório sustentado pela interpretação da prova operada pelos julgadores de fato. Soberania dos veredictos, que só enseja reformulação, como exceção, se a decisão destoar totalmente do acervo probatório construído nos autos, evidenciando o arbítrio. Não é o que ocorre na hipótese concreta. **Nulidade incorrente.** APELO DEFENSIVO. [Omissis]. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDA. APELAÇÃO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDA, para REDUZIR a PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PARA 1 ANO DE DETENÇÃO e a PENA PECUNIÁRIA para 10 DIAS-MULTA, mantidas as demais disposições sentenciadas. (Apelação Crime Nº 70005761465, Câmara Especial Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 17/07/2003) Grifo nosso.

Não pode o julgamento ser anulado por contrariedade à prova dos autos simplesmente porque a tese acolhida não foi aquela formulada pela acusação.

Portanto, cabe aos jurados componentes do Conselho de Sentença avaliar as provas e determinar-se com relação às mesmas de acordo com a sua livre convicção, não podendo o Tribunal invadir o mérito de suas decisões.

Assim sendo, entendo não ser possível a anulação do julgamento do Tribunal do Júri, posto que não houve arbitrariedade em sua decisão, devendo ser a mesma mantida intacta, uma vez que devidamente amparada nas provas carreadas aos autos.

Assim leciona Guilherme de Souza Nuci¹:

O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova passíveis de surgir.

Nesse sentido, o entendimento desta Corte de Justiça:

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PROVA FRÁGIL PARA SUSTENTAR A OCORRÊNCIA DAS QUALIFICADORAS. NÃO CABIMENTO. APELO CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO. 1. Sentença condenatória reconhecendo a prática de homicídio duplamente qualificado, pelo motivo torpe e pela surpresa, impossibilitando a defesa da vítima, punido com 13 (treze) anos de reclusão, a serem cumpridas no regime inicialmente fechado. **2. A desconstituição de uma decisão do Tribunal Leigo, somente se opera quando não houve embasamento em nenhuma prova existente no processo, o que incorreu na espécie.** 3. Veredicto do Conselho dos Sete harmônico, em tudo, com o elenco probante, não dando ensejo a nenhum reparo. 4. Apelo conhecido e improvido.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

(Apelação nº 3663684200480600000, Relator Des. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA, 1ª Câmara Criminal, julgado em 19/09/2011) Grifo nosso.

Ademais, tal entendimento foi sumulado neste Tribunal, através da Súmula nº 6/TJCE, que diz “*As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando **inteiramente** contrárias à prova dos autos*” (grifei).

É dizer que, somente aquela decisão completamente arbitrária, e contrária a tudo o que consta dos autos, é passível de anulação. A simples opção dos jurados por uma das teses, ainda que não pareça a escolha mais acertada, não permite que a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida seja exercida pelas autoridades judiciais, as quais não receberam tal competência constitucionalmente. Portanto, a soberania dos vereditos deve prevalecer, sendo mitigada exclusivamente em casos excepcionais, como nas decisões arbitrárias e sem nenhum amparo probatório, o que não ocorre no caso.

EM FACE DO EXPOSTO,

Conheço do apelo, para **negar-lhe provimento**, em consonância com o parecer ministerial, mantendo incólume a decisão do Tribunal do Júri.

É como voto.

Fortaleza, 30 de abril de 2013.

PROCESSO: APELAÇÃO CRIME N. 13866-58.2008.8.06.0000/0 – FORTALEZA-CE

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

APELADO: ANTÔNIO JOSIVAN LAUREANO COELHO

RELATOR: DESEMBARGADOR JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. APELAÇÃO MINISTERIAL. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. DUAS VERSÕES. NÃO PROVIMENTO. RECONHECIMENTO *EX OFFICIO* DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM SUA FORMA INTERCORRENTE. MAIS DE 4 ANOS ENTRE A PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO PELA ACUSAÇÃO. ACUSADO MENOR DE 21 ANOS, NA DATA DO FATO. PRAZO PRESCRICIONAL CONTADO PELA METADE.

I – Condenado à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão em regime inicialmente aberto pela prática do crime de homicídio em sua forma tentada, o representante ministerial interpôs recurso apelatório pugnando pela reforma da sentença que teria sido elaborada em contrariedade à prova dos autos, pois não houve acolhimento das qualificadoras constantes da pronúncia.

II – A decisão dos jurados dialoga abertamente com a prova dos autos, o que determina a aplicação do enunciado da Súmula n. 6 deste egrégio Tribunal de Justiça e consolidado entendimento jurisprudencial de todos os Tribunais Recursais e Superiores pátrios.

III – Negou-se provimento à apelação do acusado.

IV – Outrossim, com a manutenção da sentença condenatória, deve-se reconhecer, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva em sua forma intercorrente. Isso porque, entre a publicação da sentença condenatória e o julgamento do presente recurso, e levando-se em consideração que o acusado era menor de 21 anos ao tempo do crime, passou-se tempo suficiente para sua caracterização.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado

do Ceará, por unanimidade de votos, em negar provimento à apelação ministerial, para, em pó, reconhecer de ofício a prescrição da pretensão punitiva, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Inconformado com a condenação imposta ao o acusado, o representante do Ministério Público, ora apelante, interpôs recurso de apelação (fls. 186/192) pedindo a anulação da decisão colegiada do Tribunal do Júri, pois, segundo ele, foi proferida em manifesta divergência à prova dos autos, visto não terem sido acolhidas as qualificadoras reconhecidas na pronúncia (motivo torpe e surpresa).

Chamado às contrarrazões, a defesa pugnou pelo não acolhimento das pretensões elencadas na peça recursal, mantendo-se a decisão de primeira instância (fls. 105/107).

A Procuradoria Geral de Justiça (fls. 116/119) opinou pelo provimento do recurso de apelação, visto que decisão dos jurados está em desconformidade à prova dos autos.

É o breve relato.

A apelação baseada no item *d*, do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal é recurso de fundamentação vinculada, devendo a parte interessada na reforma da decisão proferida pelo órgão leigo colegiado do Tribunal do Júri demonstrar, de forma fundamentada, onde houve o divórcio entre a decisão prolatada e a prova dos autos, num verdadeiro exercício silogístico.

Tal exigência se faz com base no princípio da soberania dos vereditos, que é um dos nortes que balizam as decisões oriundas do Conselho de Sentença, que, por sua vez, se alicerça no sigilo do voto e do local da votação, justamente para proteger a imparcialidade na atuação dos juízes leigos, que são os juízes naturais para julgar questões que envolvam crimes dolosos contra a vida, conexos ou não com outras infrações penais.

Desta feita, para se cambiar uma manifestação de cunho decisório deste jaez, não basta a mera argumentação de que a decisão não respeitou a prova produzida nos autos, até mesmo porque tal análise se dá em razão do princípio da íntima convicção. Assim, mera dúvida na análise da prova, ou mesmo a divergência apontada na votação de determinado quesito pelos jurados não autoriza dizer que a decisão é completamente divergente dos elementos de informação contidos nos autos da ação penal.

Ademais, havendo duas versões nos autos e sendo uma delas aceita pelo Tribunal do Júri, não há como se reconhecer nulidade no respectivo veredito que acolheu uma delas.

Desta forma, tenha conteúdo absolutório ou condenatório, é necessário se demonstrar a contrariedade manifesta, explícita, inegável, entre a decisão objeto de impugnação e a prova dos autos, conforme já sedimentado na jurisprudência dos Tribunais Recursais e Superiores pátrios. A propósito, o enunciado da Súmula n. 6 deste egrégio Tribunal de Justiça informa que *“as decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos”*.

Daí, conclui-se que a apelação ora em análise não merece provimento. Explico.

A tese de inclusão das qualificadoras do crime de homicídio em sua forma tentada não tem respaldo suficiente na prova dos autos. Não se trata de única versão da prova; pelo contrário, os depoimentos das testemunhas não são suficientemente claros para apontar a existência das qualificadoras. Anote-se, também, que as qualificadoras não foram recepcionadas pelos jurados por maioria de votos, demonstrando-se, assim, a divergência de teses debatidas em plenário, com base na prova dos autos.

Portanto, a decisão dos jurados foi baseada em elementos retirados dos autos, sem prejuízo ao princípio da soberania dos vereditos, pois se sabe que uma decisão proferida pelo Conselho dos Sete só pode ser modificada quando totalmente dissociada do conjunto probatório, o que não é o caso em liça.

Por fim, cabe reconhecer, de ofício, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva sob a forma intercorrente ou superveniente, nos termos do § 1º do art. 110 do Código Penal, em combinação com o art. 115 do mesmo *códex*.

Isso porque, condenado à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, e improvido o recurso interposto pelo Ministério Público, regula-se a prescrição pela pena definitiva, que, em leitura conjunta com o inciso IV do art. 109 do CP, ocorre em 8 (oito) anos.

Mas, como o apelado era menor de 21 (vinte e um) anos à época do crime, o prazo prescricional deve ser contado pela metade, ou seja, 4 anos.

Desta feita, como a sentença condenatória foi publicada em 17/12/2007, e não houve alteração na pena imposta, a prescrição da pretensão punitiva sob a forma superveniente ou intercorrente deu-se em 16/12/2011, ou seja, há mais de um ano, já que somente nesta data o recurso de apelação está sendo julgado.

Portanto, se este Egrégio Tribunal de Justiça, por intermédio desta colenda Câmara Criminal, ainda não se manifestou sobre o mérito recursal após mais de cinco anos da prolação da sentença condenatória, não provido o recurso ministerial, há que se reconhecer a prescrição sob sua forma intercorrente ou superveniente.

Em síntese, pois, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal deve ser proclamado nesta instância revisora, face ao disposto no art. 61, do Código de Processo Penal, segundo o qual “*em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício*”.

Diante do exposto, nego provimento ao pleito apelatório, mantendo a sentença em todos os seus termos. *Ex officio*, reconhece-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em sua forma intercorrente ou superveniente.

É como voto.

Fortaleza, 11 de março de 2013.

PROCESSO: 0000150-92.2004.8.06.0035 – APELAÇÃO CRIME
APELANTES: FRANCISCO DE ASSIS VIANA LIMA E FRANCISCO
ELISVALDO DA SILVA OLIVEIRA
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. FRANCISCO GOMES DE MOURA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ERRO NA DOSIMETRIA. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. FURTO NA FORMA TENTADA. PROCEDÊNCIA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DE TENTATIVA. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DE OFÍCIO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO.

1. Trata-se de apelação interposta em 18 de outubro de 2008 (fls. 114) contra sentença que condenou os réus pelo delito do art. 155, §4º, IV do Código Penal (furto qualificado) impondo a ambos pena de 03 (três) anos de reclusão em regime aberto, além de condenar o apelante FRANCISCO DE ASSIS VIANA LIMA pelo delito de uso de drogas na legislação anterior (art. 16 da Lei 6.368/76) aplicando-lhe pena de 06 (seis) meses de reclusão em regime aberto.

2. Em apertada síntese, postularam pela aplicação da pena mínima pelo delito de furto qualificado, pois o juiz teria fundamentado a aplicação da pena acima do mínimo legal de modo genérico o que, de fato, se verifica, ensejando assim a redução da pena para 02 (dois) anos de reclusão.

3. Além disso, pediram o reconhecimento do delito na forma tentada, com a consequente diminuição da pena prevista no art. 14, parágrafo único do Código Penal o que também se comprova pela prova testemunhal, pois não chegaram os apelantes a retirarem o objeto material do delito da esfera de disponibilidade da vítima. Deste modo, reduz-se a pena para 08 (oito) meses de reclusão em regime aberto.

4. Por fim, em relação ao delito de uso de drogas, defendeu o apelante FRANCISCO DE ASSIS VIANA LIMA que seja aplicada retroativamente o art. 28 da Lei 11.343/06 que despenalizou-o, o que é plenamente cabível. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

5. Ademais, por constatar presentes os requisitos do art.

44 do Código Penal, de ofício substituo a pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito de prestação de serviços comunitários pelo prazo de 08 (oito) meses.

6. Recurso CONHECIDO e PROCEDENTE. Ademais, DE OFÍCIO reconhece-se a prescrição retroativa, determinando a EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do recurso de apelação acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer o recurso e julgá-lo procedente nos termos do voto do eminente Relator.

Ademais, DE OFÍCIO, DECLARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE face ao transcurso da prescrição da pretensão punitiva em concreto retroativa.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta em 18 de outubro de 2008 (fls. 114), na qual os recorrentes FRANCISCO DE ASSIS VIANA LIMA e FRANCISCO ELISVALDO DA SILVA OLIVEIRA insurgem-se contra a sentença penal prolatada em 31 de agosto de 2007 (fls. 106/111).

Referido édito condenou os réus pelo delito do art. 155, §4º, IV do Código Penal (furto qualificado) impondo a ambos pena de 03 (três) anos de reclusão em regime aberto, além de condenar o apelante FRANCISCO DE ASSIS VIANA LIMA pelo delito de uso de drogas na legislação anterior (art. 16 da Lei 6.368/76), aplicando-lhe pena de 06 (seis) meses de reclusão em regime aberto.

Analisando retrospectivamente o feito, narra a denúncia datada de 27 de janeiro de 2005 (fls. 02/05) que os corréus teriam, à data de 05 de dezembro de 2005, tentado subtrair porcos de propriedade da vítima ANTÔNIO DO CARMO ALCÂNTARA FILHO.

Ambos foram presos em flagrante pela polícia sendo encontrado em posse de FRANCISCO DE ASSIS VIANA LIMA, 12 (doze) porções de maconha.

Instrui a denúncia o inquérito policial de fls. 06/36, no qual consta auto de apresentação e apreensão do bens subtraídos às fls. 12, além de laudo provisório da substância entorpecente às fls. 14.

Oferecida defesa prévia em 08 de março de 2005 (fls. 47), a denúncia foi recebida em 22 de março de 2005 (fls. 48 - verso).

Em audiência de instrução datada de 07 de abril de 2005, ambos os réus foram interrogados (fls. 62/65) sendo, posteriormente, juntado laudo de exame toxicológico da droga apreendida (fls. 67).

A prisão dos corrêus foi relaxada em 25 de maio de 2005 (fls. 70), sendo que o corrêu FRANCISCO DE ASSIS VIANA LIMA, posteriormente, ofereceu defesa prévia em face ao delito de uso de drogas (fls. 77), sendo a denúncia recebida em 09 de junho de 2005.

Realizou-se audiência de instrução e julgamento em 13 de setembro de 2005 (Termo em fls. 84). Nessa foram ouvidas 04 (quatro) testemunhas de acusação (fls. 85/88).

O Ministério Público ofereceu alegações finais por memoriais em 26 de janeiro de 2006 (fls. 90/91), postulando pela condenação de ambos pelos delitos denunciados. Já a defesa, em memoriais datados de 09 de maio de 2006 (fls. 94/95), pediu a absolvição.

Por fim, prolatou-se em 31 de agosto de 2007, como visto alhures, sentença penal condenatória (fls. 106/111) responsabilizando ambos os apelantes pelo delito do art. 155, §4º, IV do Código Penal (furto qualificado), impondo-lhes pena de 03 (três) anos de reclusão em regime aberto. Além disso, FRANCISCO DE ASSIS VIANA LIMA foi também condenado pelo delito de uso de drogas na forma da legislação anterior (art. 16 da Lei 6.368/76), aplicando-lhe pena de 06 (seis) meses de reclusão em regime aberto.

A sentença foi publicada em 31 de agosto de 2007 (fls. 112).

O Defensor Público foi intimado em 08 de outubro de 2007 (fls. 113 – verso), não havendo nos autos notícia da intimação dos corrêus.

Esses, inconformados com o teor do édito condenatório, interpuseram recurso em 18 de outubro de 2008 (fls. 114). Em suas razões (fls. 115/117), alegaram as seguintes teses:

01. Postularam pela aplicação de pena mínima pelo delito de furto, pois o juiz teria fundamentado a aplicação da pena acima do mínimo legal de modo genérico;

02. O reconhecimento do delito na forma tentada, com a consequente diminuição da pena prevista no art. 14, parágrafo único do Código Penal;

03. Em relação ao delito de uso de drogas, que seja aplicada retroativamente o art. 28 da Lei 11.343/06 que o despenalizou.

Em contrarrazões oferecidas em 14 de dezembro de 2007 (fls. 118/119), o representante do Ministério Público argumentou no sentido do conhecimento e provimento do apelo em todos os seus termos.

No mesmo sentido, o parecer exarado pela Procuradoria Geral de Justiça em 18 de setembro de 2008 (fls. 131/134).

Em suma, são estes os fatos essenciais a serem relatados.

Encaminhe-se o feito ao douto revisor na forma regimental.

VOTO

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos recursais objetivos e subjetivos motivo, pelo qual **CONHECO** deste e adentro à análise de seu

mérito.

Trata-se de apelação interposta 18 de outubro de 2008 (fls. 114). Em suas razões (fls. 115/117) alegaram as seguintes teses:

01. Postularam pela aplicação de pena mínima pelo delito de furto, pois o juiz teria fundamentado a aplicação da pena acima do mínimo legal de modo genérico;

02. O reconhecimento do delito na forma tentada, com a consequente diminuição da pena prevista no art. 14, parágrafo único do Código Penal;

03. Em relação ao delito de uso de drogas que seja aplicada retroativamente o art. 28 da Lei 11.343/06 que despenalizou-o.

Em contrarrazões oferecidas em 14 de dezembro de 2007 (fls. 118/119) o representante do Ministério Público argumentou no sentido do conhecimento e provimento do apelo em todos os seus termos.

No mesmo sentido, o parecer exarado pela Procuradoria Geral de Justiça em 18 de setembro de 2008 (fls. 131/134).

Isto posto, adentro à análise do mérito.

01. DOSIMETRIA DA PENA – APLICAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL

Postulou a defesa pela aplicação da pena-base no seu mínimo legal para o delito tipificado, ou seja 02 (dois) anos ao invés de 03 (três) anos, como feito pelo magistrado de piso.

Visando ao provimento deste pleito recursal, argumenta o causídico que o magistrado teria majorado aquela acima do mínimo legal sem fundamentar cada circunstância judicial isoladamente, fazendo mera referência genérica ao art. 59 do Código Penal.

Estabelece o art. 68, CP o proclamado critério trifásico para a dosimetria da pena. Segundo a redação do referido artigo, a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Destarte, optou o legislador por conceder ao magistrado certa discricionariedade, até por exigência do princípio da individualização das penas, quando da aplicação efetiva das sanções penais. Todavia, discricionariedade e arbítrio são realidades diversas.

De fato, o juiz pode dosar a pena dentro dos limites legais, porém valendo-se necessariamente do critério supracitado, sendo este um regramento do qual não pode o magistrado se afastar. Trata-se de discricionariedade juridicamente vinculada.

Ademais, outra necessidade inerente ao poder-dever do juiz de aplicar o *jus puniendi* na medida e proporção adequadas ao caso concreto é a necessidade de fundamentação. A própria Constituição Federal de 1988 impõe ao juiz tal particularidade ao exercer a função jurisdicional.

Aliás, a necessidade de justificar e motivar as decisões judiciais é ainda mais gritante quando se está a tratar de uma decisão que importe em cerceamento de um direito fundamental, como o direito de liberdade.

Deste modo, mais do que fundamentar apenas a punição ou absolvição do réu, quando o fizer naquele e não neste sentido, deve o magistrado destacar também o porquê do *quantum* aplicado na dosimetria da pena.

Analisando a sentença vergastada verifico que assiste razão aos apelantes, dado ao fato de que o magistrado fundamentou o aumento da pena-base acima do mínimo de modo realmente lacônico e vago, uma vez que não mencionou sequer uma única circunstância prejudicial aquele, fazendo referência genérica ao art. 59 do Código Penal.

Deste modo, considero PROCEDENTE o recurso neste ponto e reduzo a pena ao mínimo legal, a saber 02 (dois) anos de reclusão.

02. DA APLICAÇÃO DA TENTATIVA:

Pleitearam também os apelantes que lhes fosse reconhecida a causa de diminuição de pena da tentativa ao delito de furto qualificado.

É sabido que, no que tange ao momento consumativo do furto, são duas as posições doutrinárias: para uma corrente minoritária exige-se a posse mansa e pacífica, ao passo que uma segunda corrente determina que basta que o bem saia da esfera de disponibilidade da vítima, fato que ocorreu no delito em questNesse sentido, leciona André Estefam:

“A consumação do furto dá-se quando a vítima perde, ainda que momentaneamente, a livre disponibilidade sobre o bem, não se exigindo que o agente tenha a posse mansa e pacífica do objeto¹ material (há entendimento em sentido contrário, atualmente minoritário)”

Entendo que a segunda corrente, ou seja que prega a desnecessidade da posse mansa e pacífica para a subtração do furto, é a adequada. Tanto que essa é a orientação atual da jurisprudência dos tribunais superiores, *in verbis*:

EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO CONSUMADO. RECONHECIMENTO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. SÚMULA 07/STJ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça ateu-se à questão de direito para, sem alterar ou reexaminar os fatos, assentar a correta interpretação do art. 14, II, do Código Penal em relação ao crime de roubo.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, para **a consumação do crime de furto ou de roubo, não se faz necessário que**

1 ESTEFAM, André. *Direito penal*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 361.

o agente logre a posse mansa e pacífica do objeto do crime, bastando a saída, ainda que breve, do bem da chamada esfera de vigilância da vítima (v.g.: HC nº 89.958/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, un., j. 03.4.2007, DJ 27.4.2007).

3. Habeas corpus denegado.

(STF HC 113563, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 18-03-2013 PUBLIC 19-03-2013)

Deste modo, pelas particularidades do caso concreto, percebe-se nitidamente que não ocorreu a consumação do crime, pois, conforme depoimentos das testemunhas de acusação (fls. 85/88).

Isto posto, julgo PROCEDENTE o apelo neste ponto e aplico a redução de 2/3 (dois terços) à pena-base já fixada no mínimo legal, totalizando a pena definitiva de 08 (oito) meses de prisão em regime aberto, além de 10 (dez) dias-multa, sendo o valor do dia-multa fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

03. DA APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 28 DA LEI 11.343/06:

Por derradeiro, em relação ao corréu FRANCISCO DE ASSIS VIANA LIMA, postulou a defesa pela aplicação retroativa do art. 28 da nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06), uma vez que se trata de *novatio legis in melius* em relação a previsão legal anterior.

Estabelece a Constituição Federal em seu art. 5º, XL que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, consagrando assim dois princípios: a irretroatividade da lei penal mais gravosa (*lex gravior*), e a retroatividade da lei penal mais benéfica (*lex mitior*).

Analisando o caso concreto, verifica-se que, em relação ao delito de uso de drogas, a superveniência da Lei 11.343/06 foi flagorosamente benéfica ao apelante, uma vez que despenalizou o referido delito cominando-lhe penas diversas da privativa de liberdade.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. USO DE DROGAS. (ART. 16 DA LEI 6.368/76). APELAÇÃO DA DEFESA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.343/06. DESPENALIZAÇÃO DA CONDUTA. NECESSIDADE DE APRECIÇÃO DO RECURSO À LUZ DA NOVEL LEGISLAÇÃO, MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, XL DA CF/88 E 2º. DO CPB. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1.Se, após a condenação do paciente em primeiro grau, por posse de substância entorpecente para uso próprio, sobreveio lei menos grave, no caso, a Lei 11.343/06, que, em seu art. 28, afastou a aplicação de penas privativas de liberdade para tal hipótese, era dever do Tribunal, ao apreciar

o recurso de Apelação da defesa, examiná-lo à luz da novel legislação, em homenagem ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, previsto no art. 5o, XL da CF/88 e no art. 2o. do CPB. Precedentes do STJ.
 2. Ordem concedida, para, anulado o acórdão que julgou a Apelação do paciente, determinar que o Tribunal a quo examine o recurso à luz da Lei 11.343/06, em consonância com o parecer do MPF.
 (HC 88.530/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 271)

Isto posto, julgo **PROCEDENTE** o apelo e determino, conforme o art. 28 da Lei 11.343/06, que o apelante se submeta à medida educativa de comparecimento à programa educativo pelo período de 05 (cinco) meses.

04. CONCESSÃO DE OFÍCIO – PRESCRIÇÃO:

Ao se analisar o caso, resta límpido que operou-se, deste modo, a prescrição da pretensão punitiva em concreto retroativa¹. Ora, o recebimento da denúncia, como visto supra, deu-se em 22 de março de 2005 (fls. 48 - verso), ao passo que a decisão de primeiro grau condenatória foi publicada em 31 de agosto de 2007 (fls. 112).

Logo, transcorreram mais de 02 (dois) anos, tempo necessário para a prescrição do crime, fato sem dúvida lamentável. Nesse sentido, destaca o professor Rogério Greco que a prescrição retroativa é:

“[...] a modalidade de prescrição calculada com base na pena aplicada na sentença penal condenatória recorrível, com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, contada a partir da data do recebimento da denúncia, até a data da publicação da sentença ou do acórdão condenatórios recorríveis.”²

Assim, entendo extinta a punibilidade do crime face ao transcurso do prazo prescricional, especificamente a prescrição da pretensão punitiva em concreto retroativa, conforme os arts. 109, V, 110, §1º do Código Penal, *in verbis*:

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

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, verificando-se:

1 Atente-se para o fato de que o tempo do crime foi anterior às alterações feitas pela Lei 12.234 de 05.05.2010 e, pelo fato de se tratar de *novatio legis in pejus*, ou seja, de lei prejudicial ao réu, não pode retroagir (Princípio da Irretroatividade da Lei penal Mais Gravosa art. 5º, XL da Constituição Federal de 1988)

2 GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 5. Ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 243.

VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano;

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a 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 queixa.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. TRÂNSITO EM JULGADO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Paciente condenado à pena de 1 ano de reclusão e 20 dias-multa pela prática do delito previsto no art. 170, *caput*, do Código Penal.

2. O prazo prescricional aplicável à espécie, considerando a pena aplicada, é de 4 anos, nos termos do art. 109, V, do mesmo diploma legal.

3. Tratando-se de réu menor de 21 anos à época do fato, o prazo prescricional conta-se pela metade (art. 115 do CP).

4. Considerando que a denúncia foi recebida em 4/8/05 e a sentença foi proferida em 10/1/08, tendo o defensor público dela tomado ciência em 24/1/08, verifica-se a ocorrência da prescrição, uma vez que decorridos entre tais marcos interruptivos 2 anos e 5 meses.

5. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade quanto ao crime imputado ao paciente, em face da prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado, nos termos dos arts. 107, IV, 109, V, 110 e 115, todos do Código Penal.

(HC 147.394/MT, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010)

Deste modo, CONSIDERO PREJUDICADO o presente recurso e determino DE OFÍCIO EXTINTA A PUNIBILIDADE pelo transcurso do lapso prescricional da pretensão punitiva em concreto retroativa.

Fortaleza, 28 de maio de 2013.

PROCESSO: 0002746-29.2010.8.06.0103 - APELAÇÃO

APELANTE: FERNANDO DELFINO DA SILVA

APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA

RELATORA: DESEMBARGADORA FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 157, CAPUT, C/C ART.14, II, E ART.217-A, §1º, C/C ART.69, TODOS DO CPB. RECURSO DEFENSIVO. 1. TESE NEGATIVA DE AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME ESCLARECIDAS. PROVA EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO, INCLUSIVE COM OS ELEMENTOS DO INQUÉRITO POLICIAL. 2. ROUBO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE LAUDO. DESCABIDA ARGUMENTAÇÃO PORQUE SOBEJAMENTE COMPROVADAS A VIOLÊNCIA E A GRAVE AMEAÇA CONTRA A VÍTIMA. Recurso conhecido, porém desprovido.

1. A tese de negativa de autoria do crime entra em completa dissonância com as declarações da vítima, que esclareceu as circunstâncias em que os delitos foram cometidos e identificou o seu autor. Em casos tais, de crimes praticados às ocultas, a palavra da vítima demonstra-se relevante, inclusive porque se demonstra segura e está em harmonia com os demais elementos de convicção existentes nos autos. Ademais, não há nos autos comprovados motivos para se desacreditá-la.

2. Nessa esteira, observa-se que irrelevante o resultado de laudo, o qual se demonstra inócuo para o acolhimento da pretensa absolvição, tendo em vista que a condenação se encontra amparada no contexto probatório e o crime contra a liberdade sexual justifica a ausência de vestígios.

3. Também desnecessária a comprovação, por meio de laudo, acerca da violação da porta da casa da vítima sob responsabilidade do agente, porque comprovado, a extreme de dúvida, que o apelante a ameaçou gravemente, bem como praticou atos de violência física contra ela, quando lhe exigiu a entrega de dinheiro.

4. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos de nº 0002746-29.2010.8.06.0103, em que foi interposto recurso de apelação pela Defesa contra sentença pela qual restou condenado Fernando Delfino da Silva, por crimes previstos nos artigos 157, *caput*, c/c art. 14, II, e art. 217-A, §1º, c/c 69, todos do Código Penal Brasileiro.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do apelo para lhe negar provimento, em consonância com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 10 de dezembro de 2012.

RELATÓRIO

O Ministério Público denunciou Fernando Delfino da Silva por crimes previstos nos artigos 157, *caput*, c/c art. 14, II, art.163, parágrafo único, I e IV, e art. 217-A, §1º, c/c art. 61, II, “h”, todos do Código Penal Brasileiro, pelo seguinte fato, assim descrito na denúncia:

“Consta dos inclusos autos do inquérito policial que em 20/11/2010, por volta das 22:00h, na residência da vítima, localizada em Nova Olinda, Palmatória, nesta urbe, o denunciado constrangeu, mediante violência e grave ameaça, a idosa ANTÔNIA PEREIRA LIMA, nascida em 18/07/1931 (certidão de fls. 06), a com ela praticar conjunção carnal.

Segundo consta dos autos, a ofendida estava em sua residência sozinha quando o denunciado invadiu a casa dela pela porta da cozinha, gritando por dinheiro, tendo quebrado os bens da casa da vítima, rasgado suas roupas e deixando-a nua, tendo levado a força a idosa para o quintal e praticado com ela violento intercuro sexual.

A ofendida não pode defender-se, visto ter sido atacada de surpresa, estando no aconchego de seu lar.

A violência foi tanta que as roupas da idosa foram rasgadas pela ação do denunciado.

Evidentemente, tratando-se de vítima com mais de 80 anos de idade, não seria possível exercer qualquer resistência diante da investida do denunciado, que conta com 21 anos de idade. Tal situação, inequivocamente, atesta a situação de VULNERABILIDADE, que especializa o delito de estupro, na forma do parágrafo primeiro do art. 217-A do Código Penal, a qual não se limita apenas ao ofendido menor de 14 anos, como também a qualquer vítima que por qualquer causa não possa oferecer residência e, como no caso em tela a idade da ofendida permite tal conclusão.

A vítima informou ter sido a segunda vez que o denunciado invadiu sua casa para pedir dinheiro, tendo levado da primeira ocasião a quantia de R\$425,00(quatrocentos e vinte e cinco reais), tendo no inquérito menção de

que o acusado já praticou estupro contra menores, inclusive quando ainda adolescente”.

Face aos princípios da efetividade e da celeridade processual, sirvo-me do relatório constante na sentença de fls. 100/111, passando a complementá-lo com as informações atinentes aos atos processuais praticados a partir de então, tudo sem prejuízo de análise criteriosa quanto à adequação do procedimento aos ditames legais prescritos no Estatuto Processual Penal pátrio.

Restou, então, o réu condenado por crimes previstos no art. 157, *caput*, c/c art. 14, II, e art. 217-A, §1º, todos do CP, ao cumprimento das respectivas penas de três anos de reclusão e sessenta dias-multa e oito anos e seis meses de reclusão, totalizando, no cúmulo material, onze anos e seis meses de reclusão em regime inicialmente fechado.

Intimados regularmente da sentença o réu, conforme certidão acostada à fl. 127v, e o Ministério Público, fl.128v.

Interposto apelo por petição (fl.140), instruído com razões (fls.141/146). Por elas requer um acórdão absolutório, ao argumento de insuficiência probatória para manutenção do édito condenatório.

Contrarrazões, fls. 167/171, em que o Promotor de Justiça requer a confirmação da sentença condenatória. No mesmo sentido, parecer da Procuradoria de Justiça às fls. 183/187.

Vieram-me, então, os autos conclusos.

É o breve relatório

À douta Revisão.

VOTO

Conheço do recurso em face de se encontrarem presentes os requisitos para sua admissibilidade.

Trata-se de apelação criminal interposta pela Defesa contra sentença, publicada em 13 de fevereiro de 2011, pela qual se condenou o réu por crimes previstos no art. 157, *caput*, c/c art. 14, II, e art. 217-A, §1º, todos do Código Penal Brasileiro, ao cumprimento das respectivas penas de três anos de reclusão e sessenta dias-multa e oito anos e seis meses de reclusão, totalizando, no cúmulo material, onze anos e seis meses de reclusão em regime inicialmente fechado, com pena de multa cumulada.

A tese defensiva constitui-se na alegação de que não há provas suficientes para a manutenção do decreto condenatório, inclusive quanto ao roubo não se juntou prova pericial dos danos causados no imóvel da vítima, para a entrada do réu, mediante abertura forçada da porta. Nesse sentido, alega a existência de manifestas discordâncias na sentença. Quanto ao crime de estupro, alega que o laudo não acusa a ocorrência do crime contra a liberdade sexual, apenas a presença de um hematoma no cotovelo da vítima. Diz, ainda, que, uma vez suprimida a palavra da vítima, “notoriamente parcial e

tendenciosa”, nada mais resta a comprovar a ocorrência do crime.

Compulsando os autos, verifico não merecer provimento a apelação em apreço. Explico.

Analisando a prova dos autos, observa-se que existem robustas provas a condenar o apelante, conforme já demonstrado na sentença de 1º grau. A versão apresentada pela Defesa, pautada na ausência de provas para um decreto condenatório para ambos os crimes e, especificamente em relação ao delito previsto no art. 217-A do Código Penal Brasileiro, baseia-se na ausência de comprovação da materialidade ao argumento de que o resultado da perícia indica, tão somente, a presença de um hematoma em um dos cotovelos da vítima. Quanto ao roubo, alega ausência de prova pericial a comprovar a violência empreendida pelo réu e anunciada pela vítima, para conseguir subtrair-lhe bem de valor.

De início, a materialidade do crime previsto no art. 217-A está sobejamente comprovada pelas declarações da vítima, sendo irrelevante o resultado do laudo pericial acostado à fl. 39. Nesse sentido, impende ressaltar que a materialidade de crimes sexuais nem sempre pode ser confirmada através de exame pericial, mormente em casos de atentado violento ao pudor, que não deixa vestígios, podendo essa ausência ser suprida mediante prova testemunhal, conforme entendimento jurisprudencial. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LAUDO PERICIAL QUE NÃO ATESTA A OCORRÊNCIA DOS DELITOS. INFRAÇÃO QUE PODE NÃO DEIXAR VESTÍGIOS. PALAVRA DA VÍTIMA. IDONEIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA PELA IMPOSSIBILIDADE REAL DE OFERECIMENTO DE RESISTÊNCIA. ART. 224, ALÍNEA C, DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.ºS 283 E 356 DO STF. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N.º 7 DO STJ.

1. O laudo de exame de corpo de delito na vítima do crime de atentado violento ao pudor, que atesta a ausência de vestígios, não tem o condão de, por si só, estabelecer que não existem provas da materialidade do crime.

2. Outrossim, “[a] palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios” (STJ, HC 135.972/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 07/12/2009.)

3. Ademais, rever a conclusão das instâncias ordinárias, quanto à comprovação da materialidade do crime, implicaria, necessariamente, o reexame de todo o conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, em face do óbice da Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. A insurgência quanto à natureza relativa da presunção de violência prevista no anterior art. 224, alínea c, do Código Penal não foi prequestionada. Incidência das Súmulas n.ºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal

5. Na ausência de argumento relevante que infirme as razões consideradas

no julgado ora agravado, deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos.

6. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no AgRg no Ag 1237839/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 22/11/2010)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE DA SENTENÇA. PROVA PERICIAL. PERÍCIA INDIRETA. CRIMES CONTRA OS COSTUMES. DENEGAÇÃO.

1. A questão de direito argüida neste *habeas corpus* corresponde à possível nulidade da perícia realizada na pretensa vítima dos crimes previstos nos arts. 213 e 214, ambos do Código Penal, a contaminar a sentença e o acórdão que concluíram no sentido da condenação do paciente.

2. Nos crimes contra a liberdade sexual cometidos mediante grave ameaça ou com violência presumida, não se exige, obrigatoriamente, o exame de corpo de delito direto, porque tais infrações penais, quando praticadas nessas circunstâncias (com violência moral ou com violência ficta), nem sempre deixam vestígios materiais.

3. O exame de corpo de delito indireto, fundado em prova testemunhal idônea e/ou em outros meios de prova consistentes (CPP, art. 167) revela-se legítimo, desde que, por não mais subsistirem vestígios sensíveis do fato delituoso, não se viabilize a realização do exame direto.

4. A despeito da perícia inicial haver sido realizada apenas por um profissional nomeado *ad hoc* pela autoridade policial, atentou-se para a realização da perícia com base no art. 167, do Código de Processo Penal, ou seja, a realização do exame de corpo de delito indireto.

5. O juiz de direito não está adstrito às conclusões do laudo pericial, especialmente em se referindo a juízo de constatação de fatos.

6. Os impetrantes pretendem, na realidade, que haja reavaliação dos elementos probatórios que foram produzidos durante a instrução criminal, o que se revela inadmissível em sede de habeas corpus, notadamente na ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal, eis que a ação constitucional não pode servir para mascarar conhecimento e julgamento de pretensão que na realidade somente poderia ser deduzida via recurso extraordinário.

7. Habeas corpus denegado.

(STF - HC 85955, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-02 PP-00227 RTJ VOL-00206-03 PP-01049)

No presente caso, há que ser observado que a vítima foi submetida a exame cerca de dois dias após o delito, sendo possível que durante esse tempo vestígios desapareçam. Ademais, a vítima, em suas declarações, afirmou não ter a certeza se o acusado conseguiu fazer a penetração de seu órgão sexual, inclusive porque foi pega pelas costas, no entanto, confirmou em Juízo que o acusado chegou a introduzir os dedos em sua vagina.

Observa-se, assim, que o caso dos autos se adéqua ao entendimento acima esposado, porquanto o fato foi cometido às ocultas, quando, por volta das 22:30 horas,

a vítima se encontrava sozinha em sua casa.

Por outro lado, a simples leitura das declarações da vítima perante a autoridade policial e a oitiva do que foi por ela afirmado em Juízo são elucidativas quanto à ocorrência de ambos os crimes e de sua autoria por parte do apelante.

Em Juízo prestou declarações no sentido de que o réu arrombou a parte debaixo da porta de sua casa para lá entrar, cujo barulho lhe chamou a atenção, inclusive já estava pronta para dormir, vestida com uma “saiazinha e uma blusinha”, no entanto levantou-se para ver o que estava acontecendo; que quando já viu o acusado dentro de sua casa, chegou a pensar se ele seria capaz de lhe fazer algum mal; que voltou para sala com medo, ato em que foi pega por ele por trás e foi por ele arrastada pelo braço para a sala. Nesse momento ele lhe exigia dinheiro e a ameaçava, dizendo que se não tivesse dinheiro, a mataria com um tiro na boca; que o seu braço ficou todo preto por conta da atitude do acusado; que ele quebrou a tampa da máquina que estava na sala procurando por dinheiro, mas não encontrou; que a puxou pelo braço e a levou para o quintal, onde foi obrigada a ficar de costas, abaixada, primeiro segurando em uma árvore, depois foi levada para próximo de um peitoril, ali ficando na mesma posição, isso após o acusado afirmar que “não estava prestando”. Que, então, seu filho, de alcunha Chiquinho, chegou em casa, chamando: “Mãe!”. Que nesse momento o réu parou, esperou o Chiquinho passar e foi embora. Declarou, ainda, conhecer o acusado desde pequeno e não gostava que seu filho mantivesse amizade com ele. Relatou, com riqueza de detalhes, sobre o furto, segundo ela, perpetrado pelo acusado uma semana antes, quando subtraiu de sua casa a quantia de R\$425,00 (quatrocentos e vinte e cinco reais).

Nessa esteira, prevalece o entendimento de nossos Tribunais acerca de crimes que ocorrem às ocultas, no sentido de que as palavras da vítima devem ser acolhidas como reveladoras da verdade dos fatos, salvo quando comprovado interesse em prejudicar o indicado autor do crime. A jurisprudência é pacífica no sentido de se admitir a palavra da vítima como fundamento suficiente para ensejar a condenação, sendo aplicável o entendimento dos seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. CONSENTIMENTO DA MENOR. IRRELEVÂNCIA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Em sede de crime de natureza sexual, a palavra da vítima, em regra, é elemento de convicção de alta importância, mormente quando se trata de crime que, geralmente, não deixa vestígios.

2. O consentimento da menor de quatorze anos é irrelevante à caracterização do crime de estupro, porquanto falta à mulher nessa tenra idade, plena capacidade de manifestação. Caracterizada a violência presumida.

3. Recurso conhecido, mas desprovido.

(TJCE - Apelação nº 10042-91.2008.8.06.0000/0 – 2ª Câmara Criminal –

Rel. Haroldo Correia de Oliveira Máximo – em 11.11.2010).

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. MENOR DE QUATORZE ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. SENTENÇA MANTIDA. **1. Em delitos contra a liberdade sexual, em virtude de sua natureza vil, praticado em sua maioria às ocultas, ganha relevância a palavra da vítima, ainda que menor de idade, quando proferida em sintonia com o contexto probatório.**

2. Segundo entendimento majoritário das Cortes Superiores, diante da incapacidade volitiva do menor de quatorze anos de idade, a presunção da violência é considerada absoluta.

3. Recurso conhecido, mas desprovido.

(TJCE – Apelação 227322-12.2009.8.06.0000/0 – 2ª Câmara Criminal – Rel. Haroldo Correia de Oliveira Máximo – em 15.09.2010)

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. **VÍTIMA MENOR DE SETE ANOS.** PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. **PALAVRA DA OFENDIDA. RELEVÂNCIA PROBATÓRIA. PRECEDENTES.** CONDENAÇÃO FUNDADA EM EXAME METICULOSO DA PROVA PRODUZIDA, QUE NÃO SE LIMITOU AO DEPOIMENTO DA MENOR. LAUDOS PSICOLÓGICOS, MÉDICOS E PSIQUIÁTRICOS QUE CONFIRMARAM A HIGIDEZ DAS ALEGAÇÕES DA VÍTIMA. FARTA PROVA TESTEMUNHAL. PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. CONDUTA QUE SE SUBSUME AO TIPO PENAL. *WRIT* DENEGADO.

1. A negativa de autoria é incompatível com a via do Habeas Corpus, porquanto a alegação depende de reexame aprofundado de fatos e provas. Precedentes do STJ.

2. A palavra da vítima, em crimes de conotação sexual, constitui relevante elemento probatório, mormente quando se mostra coerente com o restante da prova produzida e, em razão da pouca idade da ofendida, está respaldada por avaliações e laudos psicológicos, médicos e psiquiátricos. Precedentes do STJ.

3. A prova emprestada é admissível no âmbito do processo penal, quando colhida em feito entre as mesmas partes, foi produzida com obediência aos procedimentos legais, diz respeito aos mesmos fatos objetos da acusação que se busca provar, com ampla oportunidade de manifestação do acusado em ambas as ações, inexistindo, assim, ofensa ao princípio do contraditório. Precedentes do STJ.

4. Habeas Corpus denegado, em conformidade com o parecer do MPF. (STJ - HC 63.658/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 27/08/2007, p. 278)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 213, ART. 214 C/C ART. 226, INCISO I, TODOS DO CÓDIGO PENAL. (...) ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HÁ PROVAS SUFICIENTES PARA A

CONDENAÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO CONVERGENTE NO SENTIDO DA MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO.

(...)

II - A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

(STJ, HC 103248/MG, Relator Ministro Félix Fischer, j. 11/09/2008. DJe 03/11/2008).

EMENTA: CRIMINAL. HC. ESTUPRO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. CONVICÇÃO DO JUIZ CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. (...) ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que a impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal em face da deficiência na atuação do Defensor Público perante a Corte de origem, o qual teria deixado de propor as medidas processuais cabíveis a fim de desconstituir a sentença condenatória supostamente baseada exclusivamente no depoimento da vítima.

II. O Juiz monocrático consolidou o seu convencimento não apenas no depoimento pessoal da vítima, tendo igualmente embasado a sentença nas demais provas produzidas nos autos que demonstram a materialidade e apontam a autoria do delito.

III. Nos crimes sexuais, a palavra da vítima, especialmente quando corroboradas por outros elementos de convicção, tem grande validade como prova, porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. (...)

VII. Ordem denegada.

(STJ, HC 59746, Relator Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, DJ de 13.11.2006, p. 280).

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1. DEPOIMENTO EXCLUSIVO DA VÍTIMA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APROFUNDAMENTO NA PROVA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. As declarações da vítima, apoiadas nos demais elementos dos autos, em se tratando de crimes cometidos sem a presença de outras pessoas, é prova válida para a condenação, mesmo ante a palavra divergente do réu. [...]

(STJ - HC 195467 / SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Publicada em 22/06/2011).

Também nesse mesmo sentido leciona Heráclito Antônio Mossin, *in* Comentários ao Código de Processo Penal, à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Ed. Manole, ed.2005, p.428, com o seguinte entendimento:

Situação completamente oposta dá-se quando o crime que vitimou o ofendido é cometido às escondidas onde não houve pessoa que o presenciou. É o que normalmente se dá com os crimes contra os costumes (v.g. Estupro, atentado violento ao pudor) e mesmo com delitos de natureza patrimonial (v.g. Roubo). Nessa hipótese ocorre como derradeira a versão exclusiva da vítima, muitas vezes contrariada com a versão do acusado.

Não pode o magistrado e nem é concebido pela administração da Justiça, que, havendo somente as declarações da vítima a respeito da ocorrência delituosa e a negativa de seu indigitado autor, o réu seja absolvido por falta de prova (*in dubio pro reo*). Se assim fosse, não deveria ser proposta a ação penal, uma vez que haveria falta de justa causa para sua procedimentação, o que ensejaria o não recebimento da peça acusatória, ou se fosse aceita, a ação seria trancada via habeas corpus.

Nesses delitos clandestinos deve o magistrado, ao elaborar sua prestação jurisdicional, observar de forma acurada as palavras do ofendido, verificando se elas são coerentes, uniformes, enfim destituídas de qualquer contradição ou hesitação e se são ditas de modo sincero e sério, notadamente nos crimes contra os costumes, quando então gozará da presunção de veracidade. RT 671/305-6, 665/266, 666/295, 663/385; RJTJSP 41/365, 43/389.

Portanto, das declarações da vítima infere-se que o acusado entrou em sua residência, já às altas horas da noite, quando ela se encontrava sozinha e, mediante grave ameaça, inclusive violência (arrastando-a pelo braço) exigiu-lhe a entrega de dinheiro; não obtendo o seu intento, cometeu contra a vítima – senhora já idosa, com cerca de oitenta anos de idade –, o crime previsto no art. 217-A do Código Penal Brasileiro.

Observo, por oportuno, haver a vítima declarado, em Juízo, o anterior furto cometido pelo acusado em sua casa, de onde ele subtraiu a importância de R\$425,00 (quatrocentos e vinte e cinco reais), fato que, aliado à exigência à vítima de entrega de dinheiro no dia relatado na denúncia, traz a certeza do dolo primário com que atuou ao invadir a sua residência – subtração de valor monetário.

Ressalto, por oportuno, decisões de nossos Tribunais, acerca de inoportunidade de crime impossível, quando a vítima não dispõe da posse de valor financeiro objeto passível de subtração :

Habeas corpus.2. Roubo tentado. Crime impossível diante da inexistência de objeto de valor em poder da vítima. Impossibilidade. Crime complexo, cujo início da execução se materializa com a prática da violência ou da grave ameaça.3. Estupro e atentado violento ao pudor perpetrados em suas formas simples. Crimes hediondos.4. Superveniência da Lei n. 12.015/2009. Retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL). Continuidade delitiva. Possibilidade.12.015CF5ºXL5. Ordem concedida de ofício para que o Juízo de origem proceda ao redimensionamento das penas. (99808 RS , Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 21/09/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-03 PP-00514)

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO TENTADO. EXECUÇÃO INICIADA E NÃO LEVADA A TERMO POR CIRCUNSTÂNCIA ALHEIA À VONTADE DO AGENTE. INOCORRÊNCIA DE CRIME IMPOSSÍVEL. PRECEDENTE DO STF. REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO PREENCHIMENTO. MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE E NENHUMA PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Iniciada a execução do crime de roubo, através do exercício da grave ameaça, e não tendo a empreitada se consumado por circunstância alheia à vontade do agente responde este pela tentativa de roubo. Precedente do STF.2. Hipótese em que o agente não conseguiu consumir o roubo pelo fato de a vítima não trazer nenhuma importância em dinheiro, praticando, contudo, atos idôneos de começo de execução (grave ameaça). Inocorrência de crime impossível.3. Quanto à incidência do princípio da insignificância, sua incidência, contudo, requisita a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, como na lição do Excelso Supremo Tribunal Federal (HC nº 84.412/SP, Relator Ministro Celso de Mello, in DJ 19/11/2004).(HC nº 84.412/SP4. O princípio da insignificância não pode ter a finalidade de afrontar critérios axiológicos elementares, pois poderia, erroneamente, ser utilizado como hipótese supra-legal de perdão judicial calcado em exegese ideologicamente classista ou, então, emocional.5. Agravo a que se nega provimento

(935086 RS 2007/0066755-0, Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Data de Julgamento: 21/08/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2008)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. CRIME COMPLEXO. AUSÊNCIA DE BENS. TENTATIVA. INEXISTÊNCIA DE CRIME IMPOSSÍVEL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL COMPROVADA.

1. A divergência jurisprudencial restou devidamente comprovada.

2. Tratando-se o crime de roubo de delito complexo, tem-se por iniciada a execução tão logo praticada a violência ou grave ameaça à vítima. O fato de inexistir bens materiais em poder da vítima, não desnatura a ocorrência do crime em sua modalidade tentada.

3. Recurso conhecido e provido.

(897373 SP 2006/0222371-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 03/04/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 14/05/2007 p. 396)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO. CRIME IMPOSSÍVEL. TENTATIVA. CONFIGURAÇÃO. IMPROPRIEDADE RELATIVA DO OBJETO. MATERIALIDADE. AUTORIA. RECONHECIMENTOS FOTOGRÁFICO E PESSOAL. PALAVRA DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO.

I - Apelante condenado pela prática de tentativa de roubo uma vez que, mediante grave ameaça consistente na simulação de emprego de arma de

fogo, pretendia subtrair encomendas do tipo sedex, não se consumando o delito em decorrência da afirmação da vítima no sentido de já efetuar a entrega de todas as encomendas daquela espécie.

II - Materialidade demonstrada através do procedimento administrativo instaurado como o escopo de esclarecer a tentativa de roubo ao carteiro.

III - Autoria delitiva devidamente comprovada através dos reconhecimentos fotográfico e pessoal efetuados pela vítima que, ressalte-se, foi novamente roubada pelo apelante um dia após os fatos versados nos presentes autos.

IV - Não há que se falar em crime impossível por absoluta impropriedade do objeto, restando configurada a tentativa de roubo, uma vez que a vítima trazia consigo uma encomenda do tipo sedex, mas, por ocasião do emprego da grave ameaça, afirmou que não portava aquele tipo de encomenda, motivo pelo qual o recorrente não consumou o delito, tratando-se, portanto, de impropriedade relativa do objeto material (o acusado procurou o sedex na parte em que normalmente ficava este tipo de encomenda), tal como na hipótese em que o sujeito pretende retirar a carteira da vítima no bolso direito e parte sem encontrá-la, embora o objeto encontrava-se no bolso esquerdo.

V - Recurso desprovido.

(814 SP2002.61.81.000814-0, Relator: JUIZ COTRIM GUIMARÃES, Data de Julgamento: 22/05/2007, Data de Publicação: DJU DATA:03/08/2007 PÁGINA: 668)

Ademais, as declarações da vítima estão em harmonia com os depoimentos prestados por outras testemunhas em Juízo, dentre familiares e vizinhos seus, que, em síntese, afirmaram:

Francisco Pereira Lima – que, ao chegar em casa, encontrou a casa aberta, tudo aberto, a porta da cozinha derrubada, as luzes da casa acesas e a do quintal, que estava acesa, estava apagada; que não encontrou ninguém, no entanto, viu o acusado, cinco minutos depois, lhe perguntou o que tinha acontecido e disse que nada; que foi para a casa do seu irmão e lá encontrou sua mãe, a qual disse que tinha chegado ali sem roupa; que sua mãe lhe disse que tinha sido o acusado que estava lá; que tinha a porta quebrada; que não o viu saindo do quintal, mas o viu chegando, quando lhe perguntou o que tinha acontecido; que sua mãe lhe contou que ele lhe exigia dinheiro e que ela arranjasse dinheiro por fina força; que sua mãe contou para o outro filho que tinha sido estuprada pelo acusado, por que para ele depoente, ela tinha vergonha de contar; (...); que tomou conhecimento de que desapareceu dinheiro de sua casa, uma semana antes do fato; que não pode afirmar que foi Fernando, mas que ele dormiu em sua residência no dia em que o dinheiro sumiu;

Francisco Oliveira Lima, falou no dia relatado na denúncia, estava dormindo, escutou sua mãe gritando no quintal, estava nua despida, com a roupa toda rasgada e que Fernando, conhecido como Capeta, que tinha cometido esse ato; que ele tinha entrado na casa, espatifado tudo, dizendo em quero dinheiro; que parece que sua mãe se sentiu envergonhada de lhe dizer que ela a tinha usado

Maria Antônia Nunes de Moura, declarou que ficou sabendo que a vítima foi estuprada, isso porque ligaram para sua casa, pedindo que fosse à residência da vítima; que foi até lá e verificou que estava tudo revirado, ocasião em que a vítima lhe confirmou a ocorrência de estupro; que a vítima, na ocasião estava muito nervosa e muito pálida; que na ocasião a vítima confirmou a anterior subtração da quantia em dinheiro de sua casa; que a vítima lhe contou detalhes dos crimes, no sentido de que o acusado lhe pediu dinheiro, revirou as coisas dela e, posteriormente, a levou para o quintal, tirou suas roupas e a estuprou.

Juliete Nascimento Pereira declarou se recordar do dia em que a vítima foi estuprada e afirma que estava em casa dormindo e acordou com os gritos dela, dizendo que o Fernando Capeta a havia estuprado; que quando chegou à casa do Fernando, filho dela, ela estava nua; que no dia seguinte, foi à casa da vítima, onde tudo estava revirado e quebrada uma tampa da máquina de costura.

José Ribamar Matias que ouviu, por comentários, notícias do estupro de Dona Antônia; que tem uma filha que foi vítima de tentativa de estupro por parte do réu, quando ela tinha cerca de quatro a cinco anos; que deixou sua filha com a vizinha, para ir à aula; que sua filha ficou com a vizinha, brincando, ocasião em que ele, acusado, tentou estuprá-la; que deu queixa na delegacia; que o acusado tinha doze anos de idade quando tentou estuprar sua filha.

Some-se a isso, o fato de que não foram poucos os elementos indiciários que permitiram o início da ação penal, tendo em vista que há nos autos do inquérito policial depoimentos no sentido de que, na noite dos fatos, após muito barulho na residência da vítima, ela dirigiu-se à casa de um filho seu, onde foi vista por outros familiares, nua, ocasião em que relatou a ocorrência de ambos os crimes.

Importante observar que, apesar de indícios trazidos pelo inquérito policial não poderem ser valorados de forma absoluta no sentido de uma condenação, porquanto não submetidos ao crivo da ampla defesa e do contraditório, podem servir de forma a robustecer e reforçar a prova colhida em Juízo, conforme entendimento jurisprudencial.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA TAMBÉM EM PROVA COLHIDA EM JUÍZO. PRECEDENTES DO STF. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Inicialmente, entendo que o presente recurso não pode ser conhecido em relação ao pedido de fixação do regime aberto para o cumprimento da pena aplicada ao recorrente.

2. Com efeito, tal matéria não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se verifica do acórdão impugnado, o que inviabiliza o seu conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Como se constata da r. sentença condenatória, o Magistrado não se baseou exclusivamente em depoimentos colhidos no inquérito policial, mas, também, nas declarações prestadas em juízo pela testemunha Paulo César de Oliveira (fls. 76-77).

4. Consoante já decidiu esta Suprema Corte, “os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo.” (RE 425.734 Agr/MG, de minha relatoria, DJ 28.10.2005).

5. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

(STF - RHC 99057, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-05 PP-01041)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA AO ART. 5º, INCISOS LIV E LV. INVIABILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF Nº 279. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INQUÉRITO. CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO DOS TESTEMUNHOS PRESTADOS NA FASE INQUISITORIAL.

1. A suposta ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa passa, necessariamente, pelo prévio reexame de fatos e provas, tarefa que encontra óbice na Súmula STF nº 279.

2. Inviável o processamento do extraordinário para debater matéria infraconstitucional, sob o argumento de violação ao disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição.

3. Ao contrário do que alegado pelos ora agravantes, o conjunto probatório que ensejou a condenação dos recorrentes não vem embasado apenas nas declarações prestadas em sede policial, tendo suporte, também, em outras provas colhidas na fase judicial. Confirmação em juízo dos testemunhos prestados na fase inquisitorial.

4. Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo.

5. Agravo regimental improvido.

(STF - RE 425734 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 04/10/2005, DJ 28-10-2005 PP-00057 EMENT VOL-02211-03 PP-00529)

Assim, vê-se que a palavra da vítima não é prova isolada e está em harmonia com outros elementos de convicção colacionado aos autos.

Por outro lado, não há qualquer indicação no presente processo no sentido de que a vítima ou qualquer das testemunhas tivesse motivos para levar ao conhecimento da Justiça fato criminoso que não ocorreu e, ainda, com a manifesta intenção de prejudicar o réu. Também não há prova, produzida pelo réu, capaz de afastar o complexo probatório coletado que motivou a condenação do réu na origem. Inclusive, o réu afirmou ter prova de que se encontrava, por volta das 21:30 horas, em um bar na

Localidade de Jurema, distante cerca de uma légua e meia da casa da vítima. Indicou as pessoas com quem ingeriu bebidas alcoólicas, naquela noite, no entanto não as trouxe a Juízo para depor em sua defesa. Ademais, afirma que não sabe a hora em que saiu do bar, mas que, entre dez da noite e duas da manhã (horário em que de lá saiu e o em que passou na frente da casa da Dona Antônia) passou na casa de sua irmã e lá tomou café feito por ela. No entanto, também não trouxe a sua irmã a Juízo a fim de corroborar esse álibi.

Ressalto, por oportuno, que, apesar de a Defesa haver apontado contradição na sentença, especificamente quanto à porta da casa da vítima que fora violada para a entrada do agente, essa contradição não tem o condão de desconstituir a certeza da condenação, porquanto as palavras da vítima são coerentes quanto à violação de seu domicílio, para a entrada do réu, onde ali, mediante grave ameaça, exigiu-lhe a entrega de dinheiro, praticando, assim, o crime previsto no art. 157, *caput*, c/c art. 14, II, do Código Penal Brasileiro, em concurso material com o crime previsto no art. 217- A da mesma lei.

Nesse contexto, onde está provada a ocorrência desses dois crimes, irrelevante a argumentação de ausência de laudo a comprovar tenha sido a porta da casa da vítima arrombada, porque, não obstante comprovado, pelas declarações da vítima, que o réu entrou em sua residência clandestinamente, o que se averigua para se ter a certeza dos delitos é a ocorrência de grave ameaça e violência, para entrega de bem de valor econômico e a prática de atos sexuais sem o consentimento da vítima, observado o fato de que no presente caso, comprovada também a impossibilidade de reação a caracterizar a violência presumida.

Portanto, sobejamente provado que o réu praticou os crimes por que restou condenado, não merecendo, assim, guarida, as razões recursais expendidas.

ISSO POSTO, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço do apelo e nego-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 10 de dezembro de 2012

PROCESSO:0035715-84.2012.8.06.0117- APELAÇÃO
APELANTE: ANTÔNIO LEIDIVALDO PEREIRA DE SOUSA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PROCESSOPENAL.TRÁFICODEDROGAS. APELAÇÃO CRIME. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE AO FIXÁ-LA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. PEDIDOS DE REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO E DE APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CPB. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DA DEFESA CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.

1. O conjunto probatório contido nos autos respalda a condenação do acusado, pois devidamente provada a autoria, através dos depoimentos das testemunhas colhidos em juízo, e a materialidade, que foi consubstanciada ante os exames periciais das substâncias apreendidas.

2. A majoração quantitativa da pena acima do mínimo está dentro do poder discricionário do qual o juiz é detentor, desde que dentro dos parâmetros abstratamente fixados pelo legislador para a pena. No caso em comento, ao fixar a pena-base, o Juiz considerou negativamente três circunstâncias esculpidas no art. 59 do CPB, tais como, culpabilidade, antecedentes e circunstâncias do crime, portanto não há que se falar em exacerbação de pena.

3. Para que o réu seja beneficiado com a causa obrigatória de redução, o agente precisa ter um passado imaculado, bem como, deve atender cumulativamente às quatro diretrizes legais, a saber: não ser reincidente, não ostentar maus antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

4. Reconhecida a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, torna-se inviável a fixação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda.

5. O apelante não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por não preencher o

requisito previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

6. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer dos apelos da defesa, negando-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

Fortaleza, 05 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre Recurso de Apelação Criminal, interposto pela Defesa de Antônio Leivaldo Pereira de Sousa, condenado a 06 (seis) anos de reclusão, mais multa de 500 (quinhentos) dias multa, no regime inicialmente fechado, pelo crime de tráfico de drogas.

Em suas razões às fls. 116/137, a Defesa postula a absolvição do réu por falta de provas suficientes para a sua condenação. Alega ainda que a pena-base fixada foi demasiadamente exacerbada, devendo portanto esta dosimetria ser reavaliada. Requer o reconhecimento da causa de diminuição de pena do § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/2006. E por fim, pugna pela a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda, bem como, pela substituição da pena privativa de liberdade, por restritiva de direito.

O Ministério Público apresentou o contraditório recursal, rebatendo o inconformismo da Defesa às fls. 138/149, seguindo-se parecer da Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-se pelo não provimento ao apelo da defesa.

É o breve relato.

À douta Revisora.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso interposto.

Conforme consta na denúncia, no dia 26 de março de 2012, na Rua Lima Campos, Nº 104, Alto Alegre, no Município de Maracanaú, o apelante foi preso em flagrante, por estar comercializando substâncias entorpecentes (crack e cocaína), em sua residência.

Em suas razões recursais, o apelante argumentou que as provas colhidas durante a instrução criminal, não são suficientes para comprovar ser o mesmo traficante

de drogas, pugnando, em virtude disso, pela sua absolvição. Alega ainda que a pena base fixada foi demasiadamente exacerbada. Requer o reconhecimento da causa de diminuição de pena do § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/2006. E por fim, pugna pela a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, bem como, pela substituição da pena privativa de liberdade, por restritiva de direito.

Em que pese a negativa do apelante, a autoria e materialidade do crime de tráfico restou mais que comprovada, através dos elementos colhidos durante a persecução penal, tanto pelos depoimentos colhidos em juízo, como, também, pela realização de exame pericial das substâncias apreendidas em posse do mesmo, constante às fls 73/75.

Do acervo probatório destaco o depoimento dos policiais Francisco Wanderley Alves da Silva e Maurílio Pereira Duarte Neto:

“(…) Que entrou de serviço pela manhã e tinham a informação de um homicídio e receberam uma solicitação do reservado uma denúncia de tráfico. Que na busca foi encontrada a balança, a droga e sacos de didin. Que na delegacia foi encontrada pela escrivã Iris um papelote de Crack que estava nas partes íntimas da menor. Que não se lembra a quantidade de droga, mas era crack e cocaína. Que ele dissera que era viciado e que a droga era para consumo. Que mais uma vez ocorreu uma denúncia que uns homicidas estavam “por lá” mas nada foi encontrado. Que não tinha ouvido falar de envolvimento com tráfico(…)”

“(…) Que entrou de serviço pela manhã e tinham a informação de denúncia de tráfico no local. Que na casa se encontravam o acusado e sua esposa. Que na busca encontraram no quintal uma rede estendida que tinha a droga, sacos de didin e dinheiro. Que foi dada a voz de prisão. Que na delegacia foi dado busca na menor e foi encontrada droga nas partes íntimas. Que também foi encontrada uma balança de precisão na rede. Que o acusado alegou que a droga era para uso próprio. Que sabe que foi encontrado crack, não se recordando se tinha outra droga (…)”

Neste caso, portanto, a natureza das drogas, o modo de acondicionamento e armazenagem, a apreensão de uma balança de precisão e de vários sacos de didin, bem como os depoimentos seguros e coerentes dos policiais, demonstram, sem dúvida, que o apelante realizava o tráfico de substâncias entorpecentes.

Vale ressaltar por oportuno que, os depoimentos dos policiais em juízo que efetuaram a prisão em flagrante, são de suma importância na elucidação de crimes dessa natureza, notadamente quando são os únicos que presenciaram o fato criminoso, que ocorre, quase sempre, de maneira velada onde são usados todos os subterfúgios para o seu acobertamento. Em sintonia com tais circunstâncias, nossos Tribunais consideram a sua força probante, os quais, são constantemente atacados pelos advogados ao argumento de flagrante forjado, tortura e coisas do gênero, não se vislumbrando, na quase totalidade dos casos, nenhuma comprovação do alegado, resultando em meras suposições e conjecturas.

Portanto, os elementos de convicção, trazidos aos autos, são robustos, suficientes e idôneos para comprovar que a conduta praticada pelo apelante se enquadra perfeitamente no tipo penal descrito no art. 33 da Lei 11.343/2006, contrariando a tese defensiva de que não há nos autos provas suficientes para a condenação do réu.

No tocante à alegação de que a pena imposta ao réu encontra-se exacerbada, cumpre salientar que está a cargo do Juiz, dentro dos parâmetros abstratamente fixados pelo legislador, a dosimetria da pena aplicada ao caso concreto. Desse modo, a dosimetria da pena está dentro do poder discricionário do qual o juiz é detentor.

Neste caso, o Juiz de primeiro grau, ao fixar a pena base em 06 (seis) anos de reclusão, considerou negativamente três circunstâncias esculpidas no art. 59 do CPB, tais como, culpabilidade, antecedentes e circunstâncias do crime, portanto não há que se falar em exacerbação de pena.

Coadjuvação jurisprudencial:

“Ao proceder à individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente – e de natureza objetiva – motivos, circunstâncias e consequências do crime -, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade”.

(STJ – Resp. 60.251-3 – Rel. Vicente Cernicchiaro – DJU 27.05.1996., p. 17.923.

Quanto à possibilidade de incidir no caso, a causa de diminuição de pena prevista no art. 33 § 4º, da Lei nº 11.343/06, deve-se considerar que o agente precisa ter um passado imaculado, bem como, deve atender, cumulativamente, às quatro diretivas legais: não ser reincidente, não ostentar maus antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. O desatendimento a qualquer das diretivas conduzirá, em regra, à denegação do benefício.

Dessa forma, verifica-se no presente caso, que o agente possui maus antecedentes, respondendo a outros dois processos pela prática do mesmo crime, um na 1ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú e o outro na 3ª Vara de Tráfico de substâncias Entorpecentes da Comarca de Fortaleza, o que indica, claramente, que o apelante é traficante habitual e conhecido na localidade onde mora, estando portanto ligado a atividades criminosas.

Assim, é impossível se fazer, como pretende a defesa do réu, pois é clara e incontestada de que não era a sua primeira incursão no mundo do tráfico, mas uma de várias outras que lhe antecederam, configurando, assim, atividade habitual na rotina do apelante, o que afasta, por si só, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Quanto ao pedido de regime inicial menos gravoso para o cumprimento da reprimenda, cumpre salientar que, embora o apelante seja tecnicamente primário, as circunstâncias judiciais lhes são desfavoráveis, tendo em vista que o mesmo possui maus antecedentes, inclusive responde a outros dois processos pelo crime de tráfico de drogas, tendo-se por idôneo a fixação do regime fechado, a teor do disposto no art. 33, § 3º c/c art. 59, inciso III, ambos do Código penal Brasileiro.

E por fim, no tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Supremo Tribunal Federal, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, no entanto, não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o apelante não preenche o requisito previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

Nesse contexto, e de acordo com a prova produzida, inviável a absolvição do recorrente. Da análise dos argumentos trazidos pelo apelante em confronto com os elementos de prova constantes dos autos, bem como a fundamentação da sentença monocrática, à outra conclusão não se pode chegar, a não ser pela confirmação do *decisum* em sua integralidade.

EM FACE DO EXPOSTO, voto pelo conhecimento do recurso da defesa, negando-lhe provimento.

É como VOTO.

Fortaleza, 05 de agosto de 2013.

PROCESSO N.º: 495-64.2009.8.06.0041/1
APELAÇÃO CRIMINAL – COMARCA DE AURORA – VARA ÚNICA
APELANTE: EDSON FERREIRA DA SILVA
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. INVIABILIDADE. QUALIFICADORA CONFIGURADA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. DE OFÍCIO, AFASTADA A CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO RELATIVA AO REPOUSO NOTURNO. REDUÇÃO DA PENA BASE. EXACERBAÇÃO. MODIFICAÇÃO DO REGIME DA PENA CORPORAL PARA O ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Restando comprovadas nos autos, a autoria e materialidade do delito descrito na denúncia, não há que se falar em ausência de contexto probatório suficiente a sustentar a condenação do réu, sendo, assim, inviável o pleito de absolvição pretendido pela defesa.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Na hipótese, a conduta perpetrada pelo réu não pode ser considerada irrelevante para o direito penal, levando-se em consideração a quantidade dos bens furtados, a gravidade da ação criminosa, a periculosidade do agente, além da condição da vítima, portanto, incabível a aplicação de tal princípio.

3. Não há como afastar a qualificadora descrita no art. 155, §4º, I, do CP, quando devidamente configurada nos autos.

4. Tendo o réu confessado o delito, é de ser reconhecida a atenuante descrita no art. 65, III, “d”, do Código Penal.
5. Restando o apelante condenado pela prática do delito de furto qualificado (art. 155, § 4º, I, do CP), incabível o reconhecimento da causa especial de aumento do art. 155, §1º, do CP, vez que a mesma não deve ser aplicada ao crime na forma qualificada, diante de sua incompatibilidade com a referida qualificadora.
6. Aplicada a pena base de forma exacerbada, deve a mesma ser revista nesta instância, ainda que de ofício, vez que havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, a pena base pode ser afastada do mínimo legal, porém, não significa que a reprimenda seja fixada em patamar tão elevado, como na hipótese, sob pena de malferir os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.
7. O réu faz jus ao regime aberto, já que não ostenta a condição de reincidente e a pena restou em *quantum* não superior a 4 (quatro) anos de reclusão, nos termos do art. 33, §2º, “c”, do Código Penal.
8. Da mesma forma, afigura-se cabível e recomendável a substituição da reprimenda, nos termos do art. 44, do Código Penal, tendo a pena corporal sido substituída por duas restritivas de direitos.
9. Apelo conhecido e parcialmente provido. De ofício, afastada a causa de aumento do art. 155, §1º, do CP, bem como reduzida as penas aplicadas ao réu, modificado o regime de cumprimento da pena corporal e substituindo-as por duas restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação crime, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em dissonância com o parecer ministerial e por votação unânime, em conhecer do recurso, mas para dar-lhe parcial provimento, porém, de ofício, afastar a causa de aumento do art. 155, §1º, do CP, bem como reduzir as penas aplicadas ao réu e, ainda, modificado o regime de cumprimento da pena corporal, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 30 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo réu, EDSON FERREIRA DA SILVA, vulgo “Paulista”, contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Aurora, a qual o condenou pela prática do crime descrito no art. 155, §§ 1º e 4º, inciso I, do Código Penal.

O processo transcorreu de forma regular, sobrevivendo a sentença de fls. 69/71 (publicada em 06.08.2009 – fl. 71v), julgando precedente a denúncia para condenar o réu à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, fixado o valor do dia em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Irresignada com a sentença a defesa apelou, pretendendo em suas razões (fls. 77/81), a absolvição do acusado, sustentando a fragilidade das provas, bem como a aplicação do princípio da insignificância, ou a desclassificação para o *caput* do art. 155, reconhecendo-se, ainda, a atenuante do art. 65, III, “d”, do Código Penal.

Contrarrazões apresentadas às fls. 82/90.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 102/105, opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de recurso de Apelação Criminal, interposto pelo réu EDSON FERREIRA DA SILVA, vulgo “Paulista”, contra a sentença que o condenou pela prática do crime descrito no art. 155, §§ 1º e 4º, inciso I, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, fixado o valor do dia em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Narra a denúncia que, na noite do dia 23.02.2009, por volta das 23:00 horas, o acusado Edson Ferreira da Silva, dirigiu-se até a residência da vítima, Luciano Ferreira da Silva, localizada na Rua Manoel Inácio Bezerra, 159, centro, em Aurora e, como o prédio estava fechado, quebrou a porta de lá e subtraiu 01 (um) ventilador da marca FAET, 01 (um) televisor da marca CCE, 01 (um) aparelho de DVD da marca Cougar e 01 (um) aparelho DVD Polivox, tendo sido tais objetos apreendidos na residência do denunciado.

Pugna a defesa pela absolvição do acusado, sustentando a fragilidade das provas, bem como a aplicação do princípio da insignificância, ou a desclassificação para o *caput* do art. 155, reconhecendo-se, ainda, a atenuante do art. 65, III, “d”, do Código Penal.

A materialidade delitiva encontra-se demonstrada nos autos, através do

auto de apreensão e apreensão (fl. 07) e o termo de entrega (fl. 12).

Lado outro, no que concerne à autoria, esta se mostra inquestionavelmente comprovada nos autos, mormente pela confissão do réu da fase extrajudicial (fl. 13), bem como em juízo, tendo o mesmo afirmado que (fl. 58):

“...passou na casa do Luciano pensando que ele estava em casa e chamou por ele. Em seguida, forçou um pouco a porta de cima com a mão e ela abriu. Por se encontrar alcoolizado e drogado tomou a atitude de levar alguns objetos.(...)”.

A vítima, Luciano Ferreira da Silva, declarou em juízo que (fl. 57):

“...tinha uma certa amizade com o acusado e na noite do fato encontrava-se participando da festa de carnaval, estando a sua residência fechada e sem ninguém dentro pelo que ele se aproveitou para arrombar a porta da frente e subtrair os objetos(...) No arrombamento a fechadura ficou danificada, o acusado deixou um balde de tinta azul que era pertencente a administração municipal dentro da casa do declarante, pelo o que de logo ficou sabendo quem tinha sido o autor do furto (...) a polícia recuperou todos os objetos na casa do acusado...”.

Por sua vez, a testemunha, Cícero Magno Alexandre, policial militar que participou da diligência que resultou na prisão em flagrante do acusado, afirmou em juízo (fl. 52) que:

“...Tomou conhecimento que o larápio deixou umas tintas dentro da casa da vítima, pelo que foi facilmente concluído que se tratava de Edson Ferreira, posto que somente este trabalhava com tais tintas. (...) ele confessou a autoria do furto(...) foi constatado que o Edson arrombou a casa da vítima para penetrar quando não havia ninguém em casa...”.

Diante desse contexto, percebe-se claramente que, ao contrário dos frágeis argumentos da defesa, não há motivos para acolher o pleito de absolvição pretendido pelo apelante, uma vez que há provas suficientes a sustentar a condenação do acusado, mormente pela confissão do réu.

Sustenta, ainda, a defesa que deve ser aplicado o princípio da insignificância, haja vista não ter sido efetuado perícia para saber o valor econômico dos bens furtados, porém, melhor sorte não lhe assiste.

Conforme a doutrina e jurisprudência, o princípio da insignificância é aquele que permite excluir a tipicidade penal dos fatos, em casos de lesão inexpressiva ao bem jurídico, afastando as ações de bagatelas, assim definidas, do campo de reprovabilidade da norma penal.

Eis os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO IDÔNEO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO AGENTE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ACRÉSCIMO DESPROPORCIONAL.

1. A sentença condenatória encontra-se devidamente fundamentada, tanto no que diz com a materialidade quanto com a autoria delitiva. O revolvimento das provas que dão amparo à condenação é impossível de ser efetuado no âmbito do habeas corpus, que não é sucedâneo de revisão criminal.

2. Para a aplicação do princípio da insignificância, devem ser preenchidos quatro requisitos, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

3. Na espécie, o modo como o furto foi praticado indica a reprovabilidade do comportamento do réu, que demonstrou ousadia ao invadir, com outros comparsas, uma escola pública, e, mediante arrombamento, subtrair da cantina três botijões de gás, avaliados no total de R\$ 178,00 (cento e setenta e oito reais).

4. A pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal sem suficiente fundamentação, em dissonância com o art. 59 do CP. Considerou-se a existência de ocorrências policiais contra o paciente, circunstância que vai de encontro ao entendimento consolidado no enunciado da Súmula nº 444 deste Tribunal, segundo o qual “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

5. Ordem parcialmente concedida.

(HC 186.501/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012)(grifei).

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DOS AGENTES. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social.

2. Na hipótese, não se verifica o desinteresse estatal à repressão do delito praticado, pois PEDRO SÉRGIO registra duas condenações por furto qualificado e CRISTIANO ostenta uma condenação pela prática de furto qualificado e outra por roubo majorado, as quais serviram para justificar a exasperação da pena-base, como maus antecedentes, bem como para o reconhecimento da reincidência.

3. Conforme decidido pela Suprema Corte, “O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados,

sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal.” (STF, HC 102.088/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010.)

4. A lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma, sob pena de verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida.

5. Ordem de Habeas corpus denegada.

(HC 213.357/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012)(grifei).

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DELITO COMETIDO MEDIANTE FRAUDE. TIPCIDADE MATERIAL. ORDEM DENEGADA.

I. A aplicação do princípio da insignificância requer o exame das circunstâncias do fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, e não apenas do valor da coisa subtraída, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor.

II. A qualificação da conduta pela fraude confere maior gravidade ao delito cometido, afastando a incidência do princípio da insignificância. Precedentes.

III. Ordem denegada.

(HC 223.891/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012)(grifei).

Na hipótese, a conduta perpetrada pelo apelante não pode ser considerada irrelevante para o direito penal, levando-se em consideração a quantidade dos bens furtados, a gravidade da ação criminosa, a periculosidade do agente, além da condição da vítima, como bem asseverou o Procurador de Justiça em seu parecer de fls. 102/105, o qual corroboro, ao considerar que:

“...fazendo uma conta simples, tomando por conta os bens furtados e seus respectivos valores de mercado, a soma desses valores corresponderia a aproximadamente um salário mínimo vigente à época do delito.

Não se pode negar, examinando os autos, a periculosidade social e a gravidade da ação criminosa praticada pelo apelante, qual seja, adentrar na residência durante o repouso noturno, mediante rompimento de obstáculo e furtar diversos objetos da residência.

A atuação do apelante não pode ser tida como irrelevante socialmente nem tampouco reduzido grau de reprovabilidade, circunstâncias que impossibilitam o reconhecimento do Princípio da insignificância em análise. (...)”.

Desta forma, ante tais considerações, entendo não ser cabível a aplicação

do princípio da insignificância e, assim, a condenação do apelante é medida que se impõe.

Quanto ao pleito de desclassificação para furto simples, também não há como acolher a pretensão da defesa.

Primeiramente, é de se salientar que a referida qualificadora não exige a comprovação por meio de laudo pericial, fazendo-se necessário um conjunto de provas firmes e coerentes, de forma a atestar o *modus operandi* do agente.

Eis o entendimento jurisprudencial sobre o assunto:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS - **QUALIFICADORA DA ESCALADA - PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL PARA COMPROVAÇÃO** - REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFESSÃO ESPONTÂNEA - DECOTE DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA - FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - CABIMENTO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO - NECESSIDADE.

- Fica afastada a pretensão absolutória quando a materialidade e a autoria delitivas estão fartamente comprovadas nos autos.
- **Resta configurada a qualificadora da escalada quando o agente retira partes do telhado para entrar no imóvel, sendo prescindível o laudo pericial para sua comprovação.**
- Diminui-se a pena-base fixada, porquanto fundamentada em algumas das circunstâncias judiciais equivocadamente consideradas desfavoráveis.
- Considerando que a confissão do réu, na fase extrajudicial, sendo corroborada pelas demais provas dos autos, serviu como subsídio para a prolação da sentença condenatória, é imperioso o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, "d", do Código Penal.
- Ausentes nos autos a certidão de antecedentes criminais do réu, ou qualquer outro documento hábil a comprovar a reincidência, impõe-se o decote da referida agravante.
- Tendo em vista que o réu preenche os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 33, §2º, 'c' e §3º, e art. 44 do Código Penal, viável é a fixação do regime aberto para início de cumprimento da reprimenda e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.
- Verificando-se que entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, com trânsito em julgado para a acusação, transcorreu o lapso prescricional, mister seja declarada a extinção da punibilidade.

(TJMG - Apelação Criminal 1.0184.03.003412-0/001, Rel. Des.(a) Herbert Carneiro, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 28/11/2012, publicação da súmula em 06/12/2012)(grifei).

EMENTA: DIREITO PENAL - FURTO SIMPLES - REPOUSO NOTURNO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS -

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - RECURSO MINISTERIAL - **RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA RELATIVA À ESCALADA** - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PROVAS - LAUDO INCONCLUSIVO - TESTEMUNHAS QUE APENAS SUPÕEM A ESCALADA - “IN DUBIO PRO REO” - RECURSO DEFENSIVO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - RÉU MULTI REINCIDENTE EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO - FURTO PRIVILEGIADO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - MANUTENÇÃO DA PENA FIXADA- RECURSOS DESPROVIDO. - “O reconhecimento do crime de bagatela exige, em cada caso, análise aprofundada do desvalor da culpabilidade, da conduta e do dano, para apurar-se, em concreto, a irrelevância penal” (TACrimSP, RT714/381). - O §2º do art.155 do CP exige como requisito para o reconhecimento do furto privilegiado que o acusado seja primário e que a coisa seja de pequeno valor, condições que não se enquadram na realidade dos autos. - **A qualificadora inculpada no art. 155 §4º, II do CP (furto cometido mediante escalada) não exige a comprovação por meio de laudo pericial, entretanto, faz-se necessário um conjunto de provas firmes e coerentes que atestam o citado *modus operandi* do agente.** No caso em tela, todas as testemunhas ouvidas, incluindo a vítima, apenas supõem que o acusado escalou o muro da residência para efetuar o crime. (TJMG- Apelação Criminal 1.0433.10.013340-7/001, Rel. Des.(a) Delmival de Almeida Campos, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/02/2013, publicação da súmula em 20/02/2013)(grifei).

No caso, a qualificadora restou devidamente comprovada nos autos, através dos depoimentos testemunhais transcritos anteriormente, onde foi comprovado que o acusado arrombou a casa da vítima para adentrá-la e furtar os objetos.

Por outro lado, entendo que, restando o apelante condenado pela prática do delito de furto qualificado, previsto no artigo 155, § 4º, I, do Código Penal, incabível o reconhecimento da causa especial de aumento de pena descrita no parágrafo 1º deste artigo, tendo em vista que esta majorante não deve ser aplicada ao crime na forma qualificada, diante de sua incompatibilidade com a referida qualificadora. A causa de aumento do repouso noturno somente tem aplicação para o caso de furto simples.

Nesse sentido são os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. AUMENTO DE PENA POR TER SIDO O DELITO PRATICADO DURANTE O PERÍODO NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1) Se a questão constante da inicial não foi analisada pelo juízo de origem, não pode esta E. Corte dela conhecer e analisar, sob pena de indevida supressão de instância.

2) O aumento de pena por ter sido o delito de furto praticado durante o período noturno não incide nos crimes qualificados. Nestes, as penas previstas já são superiores.

3) *omissis*

(HC 131.391/MA, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 06/09/2010)(grifei).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. REPOUSO NOTURNO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL.IMPOSSIBILIDADE.

I - Incide a majorante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal se o delito é praticado durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade inclusive para estabelecimentos comerciais, como ocorreu *in casu* (Precedentes).

II - Entretanto, a causa especial de aumento de pena do repouso noturno é aplicável somente às hipóteses de furto simples, sendo incabível no caso do delito qualificado (Precedente).

Recurso desprovido.

(REsp 940.245/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2007, DJe 10/03/2008)(grifei).

Desta forma, deve ser afastada da condenação a causa de aumento especial relativa ao repouso noturno, o que faço de ofício, devendo, assim, ser redimensionada a pena que lhe foi imposta.

Prosseguindo. Muito embora não tenha sido objeto da pretensão recursal, entendo que a dosimetria da pena merece ser revista.

É que, observando-se a sentença atacada (fls. 69/71), vislumbra-se que o magistrado sentenciante analisou as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, respeitando o sistema trifásico de aplicação da reprimenda, justificando, assim, a aplicação da pena base acima do mínimo legal, vez que há circunstâncias judiciais desfavoráveis ao sentenciado.

Nesse sentido:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. NULIDADE DO JULGAMENTO POR VÍCIO NA QUESITAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA PRECLUSA. REDUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO RÉU. APELO PARCIALMENTE CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.

I – *Omissis*.

II - Quando o juiz singular fixou a pena-base acima do mínimo legal, o fez por considerar que algumas das circunstâncias previstas no supracitado art. 59 se apresentam desfavoráveis ao réu, especialmente sua crueldade e frieza; sua extrema agressividade, inclusive demonstrada em plenário; a intensidade do dolo por ele exercitado; seu péssimo comportamento, vez que já respondeu a seis procedimentos criminais, todos por crimes de violência contra a pessoa, bem como sua personalidade, que se mostra violenta e periculosa. Embora não se possa elevar a pena-base do réu por conta da crueldade de sua ação, já que, realmente, tal elemento já

qualificou o crime, as demais circunstâncias judiciais desfavoráveis, acima evidenciadas, se apresentam como razões suficientes para a manutenção da sanção no patamar arbitrado.

III - Apelo parcialmente conhecido, mas improvido.

(Apelação nº 91059200780600922, Relator Des. FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE, 1ª Câmara Criminal, TJCE, julgado em 27.04.2010) (Grifei).

Ora, é bem verdade que havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, a pena base pode ser afastada do mínimo legal, porém, não significa que a reprimenda seja fixada em patamar tão elevado, como na hipótese, sob pena de malferir os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Contudo, *data venia*, entendo que a decisão guerreada deve ser corrigida no sentido de reduzir a pena base aplicada ao réu, a qual pode ser fixada acima do mínimo legal, ressalte-se, mas em um patamar mais reduzido do que o estabelecido no *decisum*.

Desta feita, diante de tais considerações, considerando as circunstâncias judiciais analisadas pelo juiz singular, reduzo a pena base para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase, não obstante tenha o julgador se equivocado ao atenuar a pena, considerando a atenuante da menoridade, quando o réu à época do fato era maior de 21 (vinte e um) anos de idade, porém, reconheço a atenuante da confissão espontânea, descrita no art. 65, III, “d”, do Código Penal, por ter o réu confessado a prática do delito e, assim, atenuo a pena em 03 (três) meses, ficando a mesma estabelecida em **02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão**, o que torno definitiva neste patamar, ante a inexistência de outras circunstâncias que possam modificar o seu *quantum*, bem como por considerar necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime, atendendo ao princípio da proporcionalidade, mostrando equilíbrio entre o mal cometido e a retributividade da pena.

Quanto à pena de multa, levando em conta as mesmas considerações, reduzo-a para **10 (dez) dias-multa**, fixada a unidade no mínimo legal.

No que tange ao regime inicial de cumprimento da pena, modifico-o para o aberto, em face do *quantum* aplicado da pena e por não ser o réu reincidente, nos termos do art. 33, §2º, “c”, do Código Penal.

Assim, substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos, sendo 01 (uma) pena de prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da condenação, e 01 (uma) pena de prestação pecuniária, no valor de 01 (um) salário mínimo, ambas a serem cumpridas na forma estabelecida no Juízo da Execução.

DIANTE DO EXPOSTO,

Em dissonância com o parecer ministerial, conheço do recurso, para dar-lhe parcial provimento, no sentido de reconhecer a atenuante da confissão espontânea, porém, de ofício, afasto a causa de aumento especial referente ao repouso noturno, bem

como reduzo a pena para 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, e, substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, consistentes em 01(uma) de prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da condenação, e 01(uma) prestação pecuniária arbitrada em 01 (um) salário mínimo vigente à época do pagamento, ambas a serem cumpridas na forma estabelecida no Juízo da Execução, mantendo, no mais, a referida sentença nos termos em que foi proferida.

É o voto.

Fortaleza, 30 de abril de 2013.

PROCESSO: 0005271-87.2011.8.06.0122 - APELAÇÃO
APELANTE: JOSÉ HELDER CALIXTO DE MOURA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELAÇÃO CRIME. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS NOS AUTOS PARA A CONDENAÇÃO DO APELANTE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DA DEFESA CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.

1. O conjunto probatório contido nos autos respalda a condenação do acusado, pois devidamente provada a autoria, através dos depoimentos das testemunhas colhidos em juízo, e a materialidade, que foi consubstanciada ante aos exames periciais das substâncias apreendidas.
2. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer dos apelos da defesa, negando-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

Fortaleza, 06 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre Recurso de Apelação Criminal, interposto pela Defesa de José Helder Calixto de Moura, condenado a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias multa, pelo crime tipificado no art. 33 c/c art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006.

Em suas razões às fls. 133/139, a Defesa postula a absolvição do apelante, por entender que as provas dos autos são insuficientes para embasar a condenação do mesmo.

O Ministério Público apresentou o contraditório recursal, rebatendo o inconformismo da Defesa às fls. 143/147, seguindo-se parecer da Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-se pelo não provimento ao apelo da defesa.

É o breve relato.

À Douta Revisora.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso interposto.

Conforme consta na denúncia, no dia 03 de novembro de 2011, por volta das 16:30hs, policiais militares receberam uma denúncia anônima, de que várias pessoas estariam comercializando drogas na Rua Benjamin Constant, próximo ao campo de futebol do Bairro Barrosão. Chegando ao local, os policiais constataram a presença de quatro indivíduos junto a uma motocicleta, sendo que nesta havia uma sacola contendo 73g (setenta e três) gramas de substância entorpecente semelhante a maconha. Na oportunidade, uma das pessoas do grupo, o acusado José Helder Calixto de Moura, empreendeu fuga, sendo posteriormente capturados pelos milicos.

Em suas razões recursais, a apelante requer a absolvição do apelante, por entender que as provas dos autos são insuficientes para embasar a condenação do mesmo.

Em que pese a negativa do apelante, a autoria e materialidade do crime de tráfico restou mais que comprovada, através dos elementos colhidos durante a persecução penal, tanto pelos depoimentos colhidos em juízo, como também, pela realização de exame pericial das substâncias apreendidas, constante à fl. 13.

Do acervo probatório destaco o depoimento do policial militar Josival Damasceno às fls. 14/15, bem como das testemunhas Raimundo Varela Leite Neto e Nonato Gomes de Sousa, às fls. 18/21 :

“ (...)Ao chegarem avistaram 04 (quatro) homens, próximos a uma motocicleta e um deles ao avistar a viatura policial aproximando-se empreendeu fuga; que o depoente, e outros policiais abordaram os 03 (três) indivíduos que permaneceram no local, sendo que dois identificaram-se como menores de idade; que os três indivíduos confessaram que eram usuários de drogas e que o traficante que os vendia o produto era a pessoa conhecida por Hélder, ou seja, rapaz que havia saído correndo do local ao avistar a viatura policial “.

“(…) Que a maconha que o declarante estava fumando tinha sido comprada pelo Nonato da pessoa de Hélder há poucas horas; (...) que no momento em que acabaram de fumar a maconha, lá chegou a pessoa de Hélder portando uma sacola cheia de maconha para vender (...) todos levantaram-se para sair do local, enquanto o Hélder permaneceu sentado aguardando a chegada dos usuários de maconha; que antes do declarante e os outros saírem do local, a policia militar chegou no local, nessa oportunidade, o declarante, o Nonato e o senhor do qual não sabe o nome, permaneceram parados, enquanto que o Hélder fugiu deixando a sacola com a maconha no chão (...)”.

“(…) Já comprou maconha do Hélder apenas três vezes, sendo a última na data de hoje; Que o Hélder cobra R\$ 2,00 (dois) reais pela trouxinha de maconha (...) que, por volta das 16h, saiu de casa para ir jogar bola no campo, acompanhado de Netinho; que, quando estavam passando próximo a pedra de Benjamim Constant, depararam-se com o Hélder sentado e enrolando a maconha, oportunidade em que resolveu comprar R\$ 2,00 (dois) reais de maconha para fumar com Netinho (...) que quando acabaram de fumar e estavam de saída, a polícia militar chegou e os abordou, sendo que, nessa ocasião, o Hélder fugiu e deixou a sacola cheia de maconha no chão (...)”.

E ainda, a quantidade de drogas, o modo de acondicionamento e armazenagem, as circunstâncias em que foi realizada a prisão do apelante, bem como os depoimentos seguros e coerentes dos policiais, demonstram, sem dúvida, que a apelante realizava o tráfico de substâncias entorpecentes.

Cumpra acrescentar que, não é a primeira vez que o apelante é preso e condenado pelo crime de tráfico de drogas, conforme depreende-se na certidão de antecedentes criminais constante dos autos às fls. 148.

Portanto, os elementos de convicção trazidos aos autos, são robustos, suficientes e idôneos para comprovar que a conduta praticada pelo apelante se enquadra perfeitamente ao tipo penal descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, contrariando a tese defensiva de que não há nos autos provas suficientes para a condenação do réu.

Vale ressaltar por oportuno que, os depoimentos dos policiais em juízo que efetuaram a prisão em flagrante, são de suma importância na elucidação de crimes dessa natureza, notadamente quando são os únicos que presenciaram o fato criminoso, que ocorre, quase sempre, de maneira velada onde são usados todos os subterfúgios para o seu acobertamento. Em sintonia com tais circunstâncias, nossos Tribunais consideram a sua força probante, os quais, são constantemente atacados pelos advogados ao argumento de flagrante forjado, tortura e coisas do gênero, não se vislumbrando, na quase totalidade dos casos, nenhuma comprovação do alegado, resultando em meras suposições e conjecturas.

Nesse sentido tem decidido os Tribunais:

(...) 2. O depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório.(...).

(HC 109300/SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 18/9/2008, DJe 03/11/2008) (grifo nosso).

(...) 2. A jurisprudência é pacífica quando a validade de testemunhos de policiais, prestados na condição de agentes públicos, no exercício de suas funções, porque dotados de presunção de veracidade e legalidade, fé pública, principalmente quando em harmonia com os demais

elementos de prova. (...).

(20060111031562APR, Relator JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 17/06/2010, DJ 21/07/2010 p. 209). (grifo nosso).

Nesse contexto, e de acordo com a prova produzida, inviável a absolvição do recorrente. Da análise dos argumentos trazidos pelo apelante em confronto com os elementos de prova constantes dos autos, à outra conclusão não se pode chegar a não ser pela confirmação do *decisum* em sua integralidade.

EM FACE DO EXPOSTO, voto pelo conhecimento do recurso da defesa, negando-lhe provimento.

É como VOTO.

Fortaleza, 06 de maio de 2013.

APELAÇÃO CRIME Nº 6415-86.2005.8.06.0064 – CAUCAIA
APELANTE: ANTÔNIO EDNALDO CARDOSO DE SOUSA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. INFRAÇÃO AO ART. 157, § 2º, INCISO II, do Código Penal brasileiro. RECURSO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE QUE, REDUZINDO-SE A PENA IMPOSTA, O FEITO ESTARIA ATINGIDO PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. CONSIDERAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES EM VIRTUDE DA EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIS EM CURSO. SÚMULA Nº 444 DO STJ. VIOLAÇÃO. RECONHECIMENTO DE REINCIDÊNCIA EM FACE DE CONDENAÇÃO POSTERIOR AO FATO INDICADO NA DENÚNCIA. IMPROPRIEDADE. NOVA DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A Magistrada sentenciante incorreu em erro ao recrudescer a pena-base do recorrente por avaliar negativamente seus antecedentes criminais, porquanto, apesar de constarem dos autos registros de vários processos penais deflagrados contra ele, assinalando-se, inclusive, a prolação de sentença condenatória em seu desfavor, o fato que ensejou referida condenação é posterior ao indicado na denúncia, não se prestando, por tal, para agravar a pena-base, a qual também não pode ser onerada em razão das demais ações penais em curso, na linha do que orienta escorreita jurisprudência nacional, e em conformidade com a Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

2. O reconhecimento do apelante como reincidente também se mostra equivocado, visto que a sentença condenatória aludida pela Magistrada foi exarada em data ulterior à do crime versado nestes autos, não havendo que se falar, portanto, em reincidência, *ex vi* do art. 63, do Código Penal.

3. Procedendo-se ao novo cálculo da pena do recorrente, obtém-se como resultado 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicialmente semiaberto, além do

pagamento de 30 (trinta) dias-multa,

4. Não assiste razão à defesa no que concerne à arguição de prescrição retroativa da pena, mesmo defronte à redução que ora se perfaz, uma vez que o prazo prescricional aplicável à hipótese, qual seja, 6 (seis) anos, *ex vi* do art. 109, inciso III, c/c o art. 115, ambos do CP, permanece inalterado em relação à pena originária, não havendo sido superado nem entre o dia do recebimento da denúncia (01/12/2005) e o da publicação da sentença recorrível em cartório (04/11/2011) nem entre este e a data presente.

5. Recurso parcialmente provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº Apelação Criminal nº 6415-86.2005.8.06.0064, da comarca de Caucaia, em que é apelante Antônio Ednaldo Cardoso de Sousa, e apelado o Ministério Público do Estado do Ceará.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso apelatório, para dar-lhe parcial provimento, reduzindo a pena do recorrente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicialmente semiaberto, determinando, ainda, o pagamento de 30 (trinta) dias-multa, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Antônio Ednaldo Cardoso de Sousa interpôs o presente recurso de Apelação Criminal contra a decisão da Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Caucaia que, julgando parcialmente procedente a exordial acusatória, o condenou, juntamente com o corréu, Jobson Gonçalves de Sousa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal brasileiro, aplicando-lhe a pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 36 (trinta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente.

Em seu arrazoado, a defesa técnica argui que, se for desconsiderado da pena imposta ao réu o acréscimo de 1 (um) ano e 9 (nove) meses, o lapso remanescente de 4 (quatro) anos findará atingido pela prescrição, a qual se verificaria entre o recebimento da denúncia e a publicação do édito condenatório. Referida causa extintiva da punibilidade incidiria porque o sentenciado contava com 18 (dezoito) anos ao tempo do delito, sendo reduzido de metade o prazo prescricional aplicável ao caso, nos termos do art. 115, do CP. Requer, assim, seja declarada a prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação ao recorrente, e, de forma secundária, modificado o regime de cumprimento da pena imposta, bem como extinta a pena de multa, por ser o réu pobre

na acepção da lei (fls. 283/286).

Contrarrazoando o recurso, pugna o Órgão Ministerial seja este improvido, ante a falta de supedâneo legal a lhe dar amparo (fls. 289/291).

Instada à manifestação, a Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer no sentido de que se indefira improvimento aos termos do apelo (fls. 300/302).

Tendo em vista o teor da certidão de fl. 280-verso, noticiando o possível falecimento do corréu Jobson Gonçalves de Sousa, foi determinada a intimação de seus patronos, a fim de que, em caso positivo, informassem a esse respeito juntando aos autos cópia da respectiva certidão de óbito. Decorrido o prazo assinalado aos indigitados advogados sem que nada fosse por eles apresentado ou requerido, foram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso intentado, passo à análise da matéria alçada a julgamento perante esta Corte de Justiça.

A irresignação *sub oculi* está cingida à argumentação sobre a incidência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, em consequência da virtual redução da pena aplicada ao réu na sentença de primeiro grau, arguindo-se, ainda, de forma subsidiária, acerca da modificação do regime de cumprimento de pena estabelecido e da extinção da sanção pecuniária de multa, não havendo qualquer insurgência concernente à condenação do apelante no *decisum* guerreado.

Pois bem. Em que pese não tenha o recorrente declinado as razões pelas quais caberia a minoração da pena que lhe foi imposta, o que acarretaria, segundo sustenta, a prescrição retroativa da pena, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passo a analisar o tópico da sentença recorrida referente à dosimetria da pena.

Na primeira fase do cálculo da pena aplicada, a Judicante divisou como única circunstância judicial desfavorável ao apelante os seus antecedentes criminais, referindo-se à certidão de fl. 247, afirmando, quanto aos demais parâmetros constantes do art. 59, do CP, nada ter a valorar negativamente. Em decorrência, majorou a pena-base nove meses acima do mínimo legal previsto para o tipo.

Entrementes, assim procedendo, incorreu em equívoco a Magistrada sentenciante, porquanto, apesar de constarem dos autos registros de vários processos penais deflagrados contra o recorrente, assinalando-se, inclusive, a prolação de sentença condenatória em seu desfavor (fl. 251), o fato que ensejou referida condenação é posterior ao indicado na denúncia, não se prestando, por tal, para agravar a pena-base, a qual também não pode ser onerada em razão das demais ações penais em curso, na linha do que orienta escorreita jurisprudência nacional, e em conformidade com a Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Nesse mesmo sentido:

STJ – PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO POSTERIOR AO FATO NARRADO NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS.

I - Condenações, com ou sem o trânsito em julgado, por fatos posteriores ao que está em apuração não servem para a caracterização de maus antecedentes, não sendo possível a sua valoração na dosimetria da pena (Precedentes desta Corte).

II - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 44 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período não superior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (Precedentes). *Writ* concedido para fixar a pena-base no mínimo legal e determinar que o e. Tribunal *a quo* fixe as condições que entender de direito para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (Grifos nossos).

(HC 143074/RS – Quinta Turma, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Julgamento: 02/02/2010, Publicação: DJe 22/03/2010).

STJ – HABEAS CORPUS. ROUBO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL SEM SUFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO. PROCESSOS EM CURSO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO REFERENTE A FATO POSTERIOR À DENÚNCIA.

1. Conforme jurisprudência desta Corte, inquéritos ou ações penais em andamento não podem ser levados em conta para efeito de fixação da pena-base acima do mínimo legal, ainda que a título de “personalidade voltada a prática de crimes” ou de “má conduta social”, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

2. Não se admite, no estabelecimento da pena-base, a valoração de condenações transitadas em julgado referentes a fatos posteriores aos indicados na denúncia.

3. A circunstância de o paciente não haver eventualmente comprovado o exercício de atividade laboral não pode militar em seu desfavor na dosimetria da pena, por falta de amparo legal e constitucional, até porque o fato de estar desempregado não traduz conduta ilícita.

4. Ordem concedida para reduzir a sanção do paciente de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa para 4 (quatro) anos de reclusão, no regime aberto, e 10 (dez) dias-multa. (Grifos nossos).

(HC 127096/SP – Sexta Turma, Relator: Ministro OG FERNANDES, Julgamento: 24/11/2009, Publicação: DJe 14/12/2009).

Por sua vez, na segunda etapa do cômputo da pena, a Juíza monocrática reconheceu duas circunstâncias atenuantes: confissão espontânea e menoridade relativa,

e uma agravante: reincidência, aludindo, quanto a esta última, o teor do espelho de consulta processual de fl. 251 dos autos.

Mais uma vez laborou em erro a Judicante, visto que a condenação por ela referida é ulterior ao crime pelo qual restou condenado o réu/apelante, não havendo que se falar, portanto, em reincidência, *ex vi* do art. 63, do Código Penal.¹

Diante de tais constatações, necessário proceder à nova dosimetria da pena do recorrente, o que faço nos termos seguintes.

Tendo em vista que, retirando-se a avaliação negativa a respeito dos antecedentes do apelante, não remanescem outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, arbitro a pena-base no mínimo legal: 4 (quatro) anos.

Não estando configurada *in casu* a agravante da reincidência, e, ainda que laborem em favor do recorrente duas circunstâncias atenuantes: confissão espontânea e menoridade relativa, deixo de reduzir a pena-base, em virtude de esta ter sido fixada no mínimo legal, consoante o disposto na Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

Aplico a causa de aumento de pena do roubo majorado pelo concurso de agentes na fração de 1/3 (um terço), resultando, desse modo, na pena definitiva de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Pertinente ao regime inicial de cumprimento de pena, considerando o *quantum* da reprimenda ora imposta, e, bem assim, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não sendo o apelante reincidente, estabeleço o regime inicialmente semiaberto, na esteira do que preconiza o art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do CP.

Não vislumbro seja devida a extinção da pena cumulativa de multa, como suplica o recorrente, máxime porque este não logrou comprovar sua hipossuficiência, motivo pelo qual determino o pagamento de 30 (trinta) dias-multa, sendo o dia-multa 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente.

Por fim, não assiste razão ao apelante no que concerne à arguição de prescrição retroativa da pena, mesmo defronte à redução que ora se perfaz, uma vez que o prazo prescricional aplicável à hipótese, qual seja, 6 (seis) anos, *ex vi* do art. 109, inciso III, c/c o art. 115, ambos do CP, permanece inalterado em relação à pena originária, não havendo sido superado nem entre o dia do recebimento da denúncia (01/12/2005 – fl. 44) e o da publicação da sentença recorrível em cartório (04/11/2011 – fl. 270) nem entre este e a data presente.²

1 Art. 63, do CP – Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado **por crime anterior (grifo nosso)**.

2 Art. 117, do CP - O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; (...)

IV - pela publicação da sentença ou acórdão recorríveis;

Ex positis, conheço do recurso interposto, para dar-lhe parcial provimento, reduzindo a pena do recorrente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicialmente semiaberto, determinando, ainda, o pagamento de 30 (trinta) dias-multa, nos termos do voto do Relator.

É como voto.

Fortaleza, 10 de junho de 2013

APELAÇÃO CRIME Nº 7034-22.2000.8.06.0151/1
APELANTES: ROBERTO ANDRADE SILVA, JOSÉ CARLOS LOPES DOS
SANTOS E CARLOS JOSÉ DO NASCIMENTO
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECURSOS DAS DEFESAS. PRESCRIÇÃO RETROATIVA DA PENA IMPOSTA A TRÊS SENTENCIADOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO À RÉ NÃO RECORRENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 580, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU MINORAÇÃO DA PENA COM RELAÇÃO AO ACUSADO REMANESCENTE. NÃO COMPROVAÇÃO DO ANIMUS ESPECÍFICO DE ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E DURADOURA PELOS RÉUS, VISANDO À PRÁTICA DO TRÁFICO. CONDENAÇÃO E DOSIMETRIA REGULARES QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO APELO.

1. Entre o recebimento da denúncia, ocorrido em 07/11/1996, e a publicação da sentença condenatória recorrível, datada de 11/04/2007, passaram-se mais de 10 (dez) anos, sendo forçoso constatar que o período máximo conferido ao Estado para o exercício do *jus puniendi* restou exaurido com relação aos acusados Roberto Andrade Silva, Carlos José do Nascimento e Diana Bem dos Santos, impondo-se declarar, *ex officio*, extintas suas punibilidades, em virtude da prescrição retroativa das penas que lhes foram aplicadas, salientando-se que os efeitos da presente decisão estendem-se à acusada Diana Bem dos Santos, não apelante, por força do disposto no art. 580, do Código de Processo Penal.

2. No que concerne à pessoa do recorrente José Carlos Lopes dos Santos, a autoria do delito de tráfico de drogas é inferida não apenas da confissão extrajudicial do motorista do caminhão que transportava os entorpecentes, mas, também, dos depoimentos firmes dos policiais que efetuaram sua prisão em flagrante, ouvidos na qualidade de testemunhas da acusação, havendo no acervo probante amealhado aos autos

lastro bastante para embasar à conclusão sufragada na sentença condenatória, *máxime* considerando-se as circunstâncias concretas de sua prisão.

3. Sob outro enfoque, a versão escusatória pugnada pelo apelante prescinde de subsídios para lhe dar supedâneo, não dimanando dos fólios maiores incertezas quanto à sua responsabilidade penal no episódio em tablado, revelando-se suficientemente segura a imputação da prática do crime *sub oculi*, consubstanciada, repita-se, no conjunto probatório que aponta a culpabilidade de sua conduta.

4. Pertinente ao crime de associação para o tráfico, dadas as especificidades imanentes a esse tipo penal, assiste razão ao recorrente em sua peleja defensiva, porquanto referida figura penal exige para a sua configuração não apenas que duas ou mais pessoas acordem previamente o cometimento, de forma reiterada ou não, do tráfico ilícito de entorpecentes, devendo estar presente na hipótese o *animus* particular de que essa agregação seja estável e duradoura visando ao desiderato criminoso, prescindindo-se, inclusive, da efetiva obtenção do resultado almejado.

5. O acervo de provas coligido não demonstrou que a confluência dos acusados para o transporte das drogas foi para além da associação ocasional, não se dividando elementos, a despeito da quantidade apreendida, para desbordar da mera prática de tráfico de drogas em concurso de agentes, panorama que inviabiliza, pela ausência de comprovação do dolo específico de estabilidade e permanência da união, o reconhecimento do delito de associação para o tráfico.

6. Recurso parcialmente provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 7034-22.2000.8.06.0151/1, da Comarca de Quixadá, em que são apelantes Roberto Andrade Silva, José Carlos Lopes dos Santos e Carlos José do Nascimento, e apelada a Justiça Pública.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso intentado por José Carlos Lopes dos Santos, absolvendo-o da prática do crime previsto no art. 14, da Lei nº 6.368/76, e, *ex officio*, declarar extinta a punibilidade de Roberto Andrade Silva, Carlos José do Nascimento e Diana Bem dos Santos, em virtude da prescrição retroativa das penas que lhes foram impostas, e, ainda, em razão do disposto no art. 580, do CPP, quanto à ré Diana Bem dos Santos, nos termos do voto

do Relator.

RELATÓRIO

Roberto Andrade Silva, José Carlos Lopes dos Santos e Carlos José do Nascimento interpuseram recursos de Apelação Criminal contra a sentença do Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Quixadá que, julgando procedente a exordial acusatória, os condenou, juntamente com a pessoa de Diana Bem dos Santos, não recorrente, pela prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 14, da Lei 6.368/76, c/c o art. 69, do Código Penal brasileiro, cominando-lhes as penas definitivas de: 10 (dez) anos de reclusão e 120 (cento e vinte) dias-multa, para os dois primeiros acusados; e 6 (seis) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa, para os dois últimos, determinando para todos o regime inicialmente fechado.

A defesa de Roberto Andrade Silva argui que não há provas para condená-lo pelo delito de associação para o tráfico, pugnando por sua absolvição nesse tocante, e que a pena aplicada para o crime de tráfico baseou-se em fundamentação inidônea, devendo ser fixada no mínimo legal, substituindo-a, outrossim, por pena restritiva de direito (fls. 732/733). José Carlos Lopes dos Santos alega em seu arrazoado que não ficou demonstrado que tivesse conhecimento sobre a droga transportada, e que, se houvesse alguma associação entre os acusados, fato que nega, esta seria eventual e não permanente, inexistindo o vínculo que consumaria o delito de associação para o tráfico, razões por que requer sua absolvição. Subsidiariamente, roga seja reduzida a pena pelo delito de tráfico para o patamar mínimo, dado que as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, não lhe são desfavoráveis (fls. 799/807). Carlos José do Nascimento, por meio de seu causídico, argumenta que, apesar de ter confessado a prática do crime previsto no art. 12, da Lei 6.368/76, não ficou configurada sua incursão no delito do art. 14, da mesma lei, visto que não restou comprovado o *animus* associativo permanente entre os acusados. Pugna, assim, seja absolvido com relação ao crime de associação para o tráfico e, ainda, reduzidas tanto a reprimenda imposta pelo delito de tráfico, considerando a atenuante da confissão, quanto a pena pecuniária, haja vista tratar-se de pessoa pobre na forma da lei (fls. 700/703).

Contrarrazoando os recursos, o representante do Ministério Público pugnou sejam estes improvidos relativamente aos apelantes Roberto Andrade Silva e José Carlos Lopes dos Santos, mantendo-se inalterada a sentença recorrida quanto a eles, sendo decretada a extinção da punibilidade dos acusados Carlos José do Nascimento e Diana Bem dos Santos, em função da prescrição retroativa das penas que lhes foram impostas (fls. 735/745, 748/751 e 812/818).

Em decisão de fl. 756, o Juízo monocrático julgou extinta a punibilidade dos réus Carlos José do Nascimento e Diana Bem dos Santos, em face da incidência da prescrição da pretensão punitiva quanto a eles, na modalidade retroativa.

Com vista dos autos, a Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer no

sentido de que, preliminarmente, seja reconhecida a prescrição retroativa em relação ao réu Roberto Andrade Silva, e, no mérito, sejam os réus Roberto Andrade Silva e José Carlos Lopes dos Santos absolvidos da prática do crime de associação para o tráfico, por insuficiência probatória, devendo ser mantida a reprimenda fixada quanto ao delito de tráfico de drogas (fls. 820/833).

Tendo em vista a aposentadoria da eminente Relatora originária, restou o feito redistribuído por encaminhamento a este Signatário (fls. 891/892).

Em decisão de fls. 915/916, instado a se manifestar defronte a petição atravessado nos autos pelo recorrente Carlos José do Nascimento, este Relator chamou o feito à ordem reconhecendo a impropriedade da decisão do Juízo *a quo* que declarou a incidência da prescrição retroativa da pena em relação ao requerente, porquanto, com a prolação do édito condenatório, estava exaurida a jurisdição de primeiro grau, cabendo unicamente à referida autoridade judiciária proceder aos atos necessários ao processamento dos recursos interpostos, encaminhando-os a este Tribunal de Justiça, após o prévio juízo de admissibilidade.

É o que importa relatar.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade dos apelos intentados, passo à análise da matéria alçada a julgamento perante esta instância recursal.

De início, considerando o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação (fl. 738), e tratando-se de questão de ordem pública, cumpre verificar acerca da possível incidência do instituto da prescrição da pena no que respeita a cada um dos réus.

Pois bem. Na sentença recorrida, o Juízo reitor do feito, entendendo procedente a denúncia ministerial, condenou Roberto Andrade Silva, José Carlos Lopes dos Santos, Carlos José do Nascimento e Diana Bem dos Santos às penas privativas de liberdade de: 10 (dez) anos de reclusão, para os dois primeiros, e 6 (seis) anos de reclusão, para os dois últimos. Tais montantes resultaram dos somatórios das penas individualmente aplicadas aos réus pelos crimes dos arts. 12 e 14, da Lei nº 6.368/76, sendo, para os dois primeiros acusados, imposta a pena de 5 (cinco) anos para cada um dos delitos; e, para os dois últimos, a pena de 3 (três) anos para cada infração penal.

Tratando-se de concurso de crimes, o cômputo da prescrição se dá em relação a cada pena, isoladamente.¹ Desse modo, a pena de 5 (cinco) anos corresponde ao prazo prescricional de 12 (doze) anos, e a pena de 3 (três) anos, ao prazo de 8 (oito) anos, consoante dispõem, respectivamente, os incisos III e IV, do art. 109, do CP. Anote-

1 Art. 119, do CP – No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

se, ainda, que os acusados Roberto Andrade Silva e Carlos José do Nascimento eram, ao tempo do crime, menores de 21 (vinte e um) anos (fls. 11 e 13), circunstância que, quanto a eles, reduz de metade os prazos de prescrição, *ex vi* do art. 115, do CP.²

Temos, assim, para cada acusado, os seguintes lapsos prescricionais aplicáveis: José Carlos Lopes dos Santos – 12 (doze) anos; Diana Bem dos Santos - 8 (oito) anos; Roberto Andrade Silva - 6 (seis) anos; e Carlos José do Nascimento – 4 (quatro) anos.

Entre o recebimento da denúncia, ocorrido em 07/11/1996 (fl. 03), e a publicação da sentença condenatória recorrível, datada de 11/04/2007 (fl. 692 – verso),³ passaram-se mais de 10 (dez) anos, sendo forçoso constatar, por via de consequência, que o período máximo conferido ao Estado para o exercício do *jus puniendi* restou exaurido com relação aos acusados Roberto Andrade Silva, Carlos José do Nascimento e Diana Bem dos Santos.

Diante do exposto, em virtude da prescrição retroativa das penas que lhes foram aplicadas, declara-se, *ex officio*, extinta a punibilidade de Roberto Andrade Silva, Carlos José do Nascimento e Diana Bem dos Santos, sendo esta última, apesar de não recorrente, alcançada pelos efeitos da presente decisão por força do disposto no art. 580, do Código de Processo Penal.⁴

Pertinente ao recurso aviado por José Carlos Lopes dos Santos, que sustenta não se ter comprovado seu conhecimento sobre a droga transportada, nem que houvesse associação entre os acusados de modo a caracterizar o vínculo que consumaria o delito de associação para o tráfico, vejamos o que exsurge da prova produzida nos autos.

A condenação sob refute reconheceu que, no dia 16/10/1996, por volta das 02:10 h, na Estrada do Algodão, Município de Quixadá, José Carlos Lopes dos Santos, guiando um veículo Saveiro CL 1.8 na companhia de Diana Bem dos Santos, exercia

2 Art. 115, do CP – 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.

3 Art. 117, do CP – O curso da prescrição interrompe-se:

- I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;
- II - pela pronúncia;
- III - pela decisão confirmatória da pronúncia;
- IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;
- V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
- VI - pela reincidência.

4 Art. 580, do CPP. No caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

a função de “batedor”, “dando cobertura” ao caminhão Mercedes Benz 1618, dirigido por Carlos José do Nascimento juntamente com Roberto Andrade Silva, tendo sido localizados no aludido caminhão, após uma barreira policial na estrada e a consequente vistoria, 524,331 kg (quinhentos e vinte quatro quilos, trezentos e trinta e um gramas) de “maconha”, e 49,06 g (quarenta e nove vírgula seis gramas) de “haxixe”.

A materialidade do fato criminoso ressoa manifesta nos documentos de fls. 20/24, 76/77 e 156/166 (laudo de exame de constatação, auto de apreensão e apresentação, laudo de exame em substância vegetal, laudo de exame em veículo).

Já a autoria do delito de tráfico de drogas, no que concerne à pessoa do recorrente é inferida não apenas da confissão extrajudicial do motorista do caminhão (fl. 11/13), mas, também, dos depoimentos firmes dos policiais que efetuaram sua prisão em flagrante (fls. 355/356, 363/364, 373/374), ouvidos na qualidade de testemunhas da acusação, havendo, assim, no acervo probante amealhado aos autos lastro bastante para embasar à conclusão sufragada na sentença condenatória, *máxime* considerando-se as circunstâncias concretas de sua prisão.

Conforme já pacificado na jurisprudência pátria, os depoimentos de policiais constituem meio de prova idôneo e possuem toda a credibilidade para dar margem à condenação, mormente quando consentâneos com os demais elementos de convicção angariados na instrução.

Sob outro enfoque, a versão escusatória pugnada pelo apelante prescinde de subsídios para lhe dar supedâneo, não dimanando dos fólios maiores incertezas quanto à sua responsabilidade penal no episódio em tablado, revelando-se suficientemente segura a imputação da prática do crime *sub oculi*, consubstanciada, repita-se, no conjunto probatório que aponta a culpabilidade de sua conduta.

Não se divisa, portanto, razões para infirmar o entendimento consignado na decisão fustigada quanto ao delito de tráfico de drogas.

Entrementes, no que respeita ao crime de associação para o tráfico, dadas as especificidades imanentes a esse tipo penal, tenho que assiste razão ao recorrente em sua pejeja defensiva.

Com efeito, o delito de associação para o tráfico, previsto no art. 14 da antiga lei de drogas (lei nº 6.368/76) e no art. 35 da atual (lei nº 11.343/2006),⁵ exige para a sua configuração não apenas que duas ou mais pessoas acordem previamente o cometimento, de forma reiterada ou não, do tráfico ilícito de entorpecentes, devendo estar presente na hipótese o *animus* particular de que essa agregação seja estável e duradoura visando ao desiderato criminoso, prescindindo-se, inclusive, da efetiva

5 Art. 14, Lei nº 6.368/76. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos Arts. 12 ou 13 desta Lei:

Art. 35, Lei nº 11.343/2006. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

obtenção do resultado almejado.

No caso dos autos, tenho que o acervo de provas coligido não demonstrou que a confluência dos acusados para o transporte das drogas suprarreferidas foi para além da associação ocasional, não se divisando elementos, a despeito da quantidade apreendida, para desbordar da mera prática de tráfico de drogas em concurso de agentes, panorama que inviabiliza, pela ausência de comprovação do dolo específico de estabilidade e permanência da união, o reconhecimento do delito em pauta, na linha do que obtempera a Procuradoria Geral de Justiça em seu judicioso parecer.

A jurisprudência pátria corrobora a mesma orientação, senão vejamos:

STJ – HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. RECONHECIMENTO PELA CORTE ESTADUAL DE QUE TERIA HAVIDO ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE OU PERMANÊNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. TRANCAMENTO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. 1. Diante da expressão “reiteradamente ou não”, contida no *caput* do artigo 35 da Lei 11.343/2006, há que se perquirir se para a configuração do delito de associação para o tráfico basta a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre pessoas para a prática delituosa, ou se é necessário, tal como no crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal, que a reunião se dê de forma estável. 2. **Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. Doutrina. Precedentes.** 3. O Tribunal *a quo*, tendo reconhecido que a reunião do paciente e os demais corréus teria sido eventual, a admitiu como apta a configurar o delito de associação para o tráfico, o que contraria a interpretação majoritária que tem sido conferida ao tipo do artigo 35 da Lei de Drogas. 4. **Não havendo qualquer registro, quer na denúncia, na sentença condenatória, ou no aresto objurgado, de que a associação do paciente com os demais sete corréus teria alguma estabilidade ou caráter permanente, não há que se falar no delito de associação para o tráfico, estando-se diante de mero concurso de pessoas.** [OMISSIS] 3. Ordem parcialmente concedida apenas para trancar a ação penal com relação ao paciente pela acusação do delito de associação para o tráfico, mantendo-se, quanto ao mais, o acórdão objurgado. **(Grifos nossos)**. (HC 208886/SP – Quinta Turma, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Julgamento: 08/11/2011, Publicação: DJe 01/12/2011).

STJ – Drogas (tráfico ilícito). Associação para o tráfico (condenação). Mera eventualidade (caso). 1. **O delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06 não se configura diante de associação eventual, mas apenas quando estável e duradoura, não se confundindo com a simples**

coautoria. Precedentes. 2. No caso dos autos, em nenhum momento foi feita referência ao vínculo associativo permanente porventura existente entre os agentes, mas apenas àquele que gerou a acusação pelo tráfico em si. Inviável, pois, manter a condenação pela associação, pois meramente eventual. 3. Ordem concedida para se excluir da condenação a figura do art. 35 da Lei nº 11.343/06. **(Grifos nossos)**. (HC 149330/SP – Sexta Turma, Relator: Ministro NILSON NAVES, Julgamento: 06/04/2010, Publicação: DJe 28/06/2010).

Desse modo, vislumbro como indevida a condenação pelo crime de associação para o tráfico, conclusão que aproveita unicamente o apelante José Carlos Lopes dos Santos, em razão dos amplos efeitos da declaração da prescrição retroativa da pena levada a efeito com relação aos demais réus.

Insurge-se, ainda, o recorrente contra a dosimetria da pena imposta, reputando-a inadequada por não lhe serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP¹.

Diversamente do alegado, o Juízo sentenciante considerou adversas as circunstâncias judiciais referentes ao apelante, destacando sua anterior condenação perante a 2ª Vara de Tóxicos de Fortaleza (fls. 676/677), e estimando-o como indivíduo voltado para a prática do crime, razão por que majorou em dois anos a pena-base pelo delito de tráfico de entorpecentes, avaliação que se mostra razoável para a espécie, tendo em vista que os patamares da pena oscilam entre três e quinze anos.

Não prospera, pois, o pleito da defesa no tocante.

Saliente-se, por oportuno, que, malgrado a absolvição do apelante José Carlos Lopes dos Santos quanto ao crime de associação para o tráfico, remanescendo sua condenação a 5 (cinco) anos de reclusão pelo delito de tráfico de drogas, e sendo desfavoráveis quanto a si as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, permanece idônea a determinação do regime inicialmente fechado para o cumprimento de sua pena, *ex vi* do art. 33, § 3º, do CP.⁶

Forte nessas considerações, declara-se, *ex officio*, extinta a punibilidade de Roberto Andrade Silva e Carlos José do Nascimento, em virtude da prescrição retroativa de suas penas, estendendo os efeitos da decisão para a ré Diana Bem dos Santos, não recorrente, mas de situação idêntica àqueles, por força do disposto no art.

6 Art. 33, do CP – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código

580, do Código de Processo Penal. Outrossim, dá-se parcial provimento ao recurso de José Carlos Lopes dos Santos, absolvendo-o da prática do crime previsto no art. 14, da Lei nº 6.368/76, mantendo-se incólume a sentença recorrida quanto aos demais aspectos da condenação, nos termos do voto do Relator.

É como voto.

Fortaleza, 1º de abril de 2013.

PROCESSO: 0007601-98.2011.8.06.0173 - APELAÇÃO
APELANTE: JONAS OLIVINDO DO NASCIMENTO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. FURTO SIMPLES. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Os elementos probatórios imputam ao acusado a autoria e a materialidade do delito, que restou suficientemente demonstradas pelas declarações das vítimas e testemunhas, sendo descabida a pretensão absolutória.
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, em **conhecer** do apelo, para **negar provimento**, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 1º de abril de 2013.

RELATÓRIO

Jonas Olivindo do Nascimento, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público da Comarca de Tianguá/Ce, como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, c/c art. 14, ambos do Código Penal Brasileiro.

O processo transcorreu de modo regular, atendidas as formalidades processuais penais, culminando com a decisão de primeiro grau, proferida às fls. 74/79, que condenou o recorrente nos artigos supra citados, à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, bem como a pena de multa em 15 (quinze) dias multa.

Inconformado com o *decisum*, o sentenciado interpôs o presente recurso de apelação, no qual pugna por sua absolvição, ao fundamento de que as provas colacionadas aos autos são insuficientes para sua condenação.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 93/97, seguindo-se de parecer

da Procuradoria Geral de Justiça, na qual manifesta-se pelo improvimento ao apelo.

É o breve relato.

À Revisora.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Trata-se de recurso de apelação crime, interposto contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Tianguá/Ce, que condenou o recorrente à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, bem como a pena de multa de 15 (quinze) dias multa, como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, c/c art. 14, ambos do Código Penal Brasileiro.

Narra a denúncia que, no dia 08 de agosto de 2011, por volta de 14h00min, na Rua 12 de Agosto, no interior do lava jato Cidade, no Município de Tianguá, o recorrente, tentou subtrair para si, uma furadeira de marca “Black and Decker”, modelo HD 550-B2, com uma escova de polimento, pertencentes a vítima Lucindo Silva do Nascimento, o que não ocorreu por circunstâncias alheias a sua vontade.

Alega, em suma, o recorrente, que não existem provas suficientes para a sua condenação, pugnando por este motivo por sua absolvição.

No entanto, entendo que não há possibilidade de sucesso no pleito recursal, eis que o crime pelo qual foi condenado o apelante encontram no acervo probatório farta e segura demonstração da materialidade e autoria delitivas.

A materialidade restou inconteste ante o auto de prisão em flagrante (fls. 8/9), o auto de apresentação e apreensão (fl. 13), aliados à prova oral colhida.

Com relação à autoria, o MM. Juiz analisou detalhadamente os elementos probatórios, principalmente os depoimentos das vítimas e das testemunhas que confirmam toda a sequência dos fatos, merecendo destaque as seguintes transcrições da r. sentença (fls. 74/79):

“ (...) VÍTIMA: LUCINDO SILVA DO NASCIMENTO – DIZ O SEGUINTE: Que por volta do meio dia estava em sua residência almoçando onde também funciona um lava jato (garagem), que o almoço se dava na sala da casa, pois dali tinha visão do lava jato. Que referido estabelecimento não tinha ninguém, que percebeu o acusado passando e olhando para dentro do referido lava jato, que momento depois o acusado voltou e entrou no estabelecimento seguindo logo em direção as máquinas, pegando uma furadeira, quando então a vítima abordou o acusado, tendo este dito que estava ali apenas para pedir uma ajuda e logo tentando se evadir do local, momento em que a vítima derrubou e imobilizou o acusado, chamando a polícia em seguida(...) Já a testemunha JOÃO CARLOS DA SILVA OLIVEIRA disse o seguinte: Que trabalha no lava jato e que presenciou quando o acusado entrou no estabelecimento, se dirigindo logo

até o local onde ficam as máquinas, quando então a vítima se dirigiu até o acusado, tendo este dito que queria apenas uma ajuda e tentou sair do local, foi quando a vítima disse que era policial e deu voz de prisão(...) O policial JOÃO HUMBERTO FEITOSA assim depôs: Que segundo a vítima percebeu quando o acusado passando e olhando para dentro do referido lava jato, que momento depois o acusado voltou e entrou no estabelecimento seguindo em direção as maquinas, pegando uma furadeira, quando então a vítima disse que era policial e pediu para que o mesmo deixasse a furadeira no local, não tendo o acusado obedecido, razão pela qual a vítima imobilizou o acusado, chamando a polícia em seguida (...).”

Dessa forma, não resta dúvida da participação do recorrente na ação delituosa, ademais, é entendimento pacífico desta Corte, especialmente desta Câmara Criminal que, nos crimes contra o patrimônio, as palavras da vítima assumem especial valor probatório, em razão da clandestinidade em que normalmente são cometidos, desde que aliados aos demais elementos constantes dos autos.

Neste sentido tem decidido os Tribunais:

“PENAL. ROUBO MAJORADO. PALAVRA DA VÍTIMA. TESTEMUNHA POLICIAL. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE AMPARA A CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. EMPREGO DE VIOLÊNCIA.

Nos crimes contra o patrimônio, as declarações do ofendido são sumamente valiosas, constituindo-se meio de prova de grande valor.

O testemunho prestado por agente policial, quando em harmonia com as provas dos autos, não contraditado ou desqualificado, resta merecedor de fê na medida em que provém de agente público no exercício de sua função.

Conjunto probatório que ampara a condenação. Presente o dolo de subtrair coisa alheia móvel, mediante violência, consistente em ter sido puxada a bolsa da vítima pelos autores do fato, não merece acolhimento, por isso, o pedido de desclassificação do crime de roubo para furto. Apelo improvido”. (APR 20090610127044, Rel.: Mario Machado, 1ª Turma Criminal, julgado em 9/9/10, DJ de 28/9/10, pág. 194 – grifei).

“PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO. DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS. PROVA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PEQUENO PREJUÍZO. PENA REDUZIDA.

1. A palavra da vítima, em crimes contra o patrimônio, geralmente cometidos em locais com pouca movimentação de pessoas, merece especial relevância. Suficiente como prova para a condenação do réu, o seu reconhecimento seguro realizado pelas vítimas de roubo.

2. Desfavorável ao réu apenas a circunstância judicial relativa às consequências do crime, injustificável a fixação da pena-base em 6 (seis) meses acima da mínima cominada ao tipo. Especialmente se o prejuízo causado à vítima foi de pequena monta, apenas R\$ 56,00 (cinquenta e seis reais).

3. Apelação parcialmente provida para redimensionar a pena”.

(APR 20080810044479, Rel.: Alfeu Machado, 2ª Turma Criminal, julgado em 9/9/10, DJ de 22/9/10, pág. 269 – grifei).

Portanto, não merece respaldo a afirmação da Defesa de que não há provas suficientes para a condenação, pois o conjunto probatório, colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, mostra-se seguro, robusto e coeso quanto à comprovação da materialidade e da autoria, não havendo que se falar em absolvição por falta de provas.

EM FACE DO EXPOSTO, voto pelo conhecimento do recurso da Defesa, negando-lhe provimento.

Fortaleza, 1º de abril de 2013.

PROCESSO: 0000772-45.2008.8.06.0064 – APELAÇÃO CRIME
APELANTE: PAULO HENRIQUE DA SILVA MACIEL
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 157, §2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE QUANTO À APLICAÇÃO DA DADOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE FATOS CONCRETOS PARA EXASPERAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DAS ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE. RECONHECIMENTO EM PRIMEIRO GRAU. SÚMULA Nº, 231, DO STJ. PENA FIXADA DE FORMA ADEQUADA E PROPORCIONAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Não há que se falar em nulidade, vez que a julgadora sentenciante analisou, de forma escoreita, as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, bem como seguiu de forma técnica a aplicação trifásica da reprimenda, fixando a pena acima do mínimo legal por existir circunstância judicial desfavorável ao réu.

2. Ao contrário do arguido pelo nobre causídico, as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea foram aplicadas em favor do réu, tendo a reprimenda sido diminuída em 01 (um) ano, ficando a mesma no mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão, porém, a reprimenda não pode ser diminuída aquém do mínimo legal em face do reconhecimento de atenuante, conforme a súmula nº 231, do STJ.

3. Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação crime, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime e em consonância com o parecer ministerial, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo réu, PAULO HENRIQUE DA SILVA MACIEL, contra a sentença proferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Caucaia, a qual o condenou pela prática do crime descrito no art. 157, §2º, inciso II, do Código Penal.

O processo transcorreu de forma regular, sobrevindo a sentença de fls. 131/136, (publicada em 13.09.2011 - fl. 137), julgando parcialmente procedente a denúncia, para condenar o réu à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Irresignada com a sentença a defesa apelou, pretendendo em suas razões (fls. 147/148), a nulidade da sentença quanto a aplicação da dosimetria da pena base, sustentando a ausência de fatos concretos que autorizem a fixação/exasperação da pena acima do mínimo legal. Arguiu, ainda, que em face do princípio da presunção de inocência, não se pode considerar como maus antecedentes a mera instauração de inquéritos policiais e nem ações penais em andamento, nem mesmo quando há sentença penal condenatória que ainda não transitou em julgado para exasperar a pena acima do mínimo legal, bem como aduziu que o acusado não foi contemplado em relação às duas atenuantes, ou seja, a menoridade e a confissão espontânea, tendo havido erro na aplicação do cálculo referente a redução das atenuantes apontadas.

Contrarrazões apresentadas às fls. 150/152.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 187/203, opinando pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto pelo réu, PAULO HENRIQUE DA SILVA MACIEL, contra a sentença que o condenou pela prática do crime descrito no art. 157, §2º, inciso II, do Código Penal, à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Pretende a defesa a nulidade da sentença quanto à aplicação da dosimetria da pena base, sustentando a ausência de fatos concretos que autorizem a fixação/exasperação da pena acima do mínimo legal. Arguiu, ainda, que em face do princípio da presunção de inocência, não se pode considerar como maus antecedentes a

mera instauração de inquéritos policiais e nem ações penais em andamento, nem mesmo quando há sentença penal condenatória que ainda não transitou em julgado para exasperar a pena acima do mínimo legal, bem como aduziu que o acusado não foi contemplado em relação às duas atenuantes, ou seja, a da menoridade e a da confissão espontânea, tendo havido erro na aplicação do cálculo referente a redução das atenuantes apontadas.

Pois bem.

A materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada nos autos, bem como a autoria, porém não estão sendo questionadas.

Analisando a sentença atacada (fls. 135/136), verifica-se que a magistrada de piso analisou, de forma escorregada, as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, bem como seguiu de forma técnica a aplicação trifásica da reprimenda. Colaciono trecho da sentença guerreada:

“...Para fins de valoração como circunstância judicial, a CULPABILIDADE deve ser entendida e concretamente fundamentada na reprovação social que o crime e o autor do fato merece, em nada se confundindo com o elemento ‘culpabilidade’ de pressuposto de aplicação da pena. A sua valoração deve atender a aspectos outros que não aqueles intrínsecos da figura penal referida.

No caso dos autos, a conduta do réu se exteriorizou pela simples consciência de infringência da norma penal, nada se tendo a valorar, inexistindo informações de que o acriminado tenha agido com requintes de premeditação, frieza, crueldade, etc;

ANTECEDENTES: Os autos não noticiam que o réu possua maus antecedentes; não há sentença com trânsito em julgado;

CONDUTA SOCIAL: Não há no processo dados suficientes para aferir se a conduta social do réu mantinha-se fora dos padrões de normalidade social;

PERSONALIDADE: Quesito com aferição prejudicada, à falta de elementos nos autos;

MOTIVOS DO CRIME: Nada há que favoreça o réu, presumindo-se que tenha sido mero desejo de locupletação ilícita de bens alheios;

CIRCUNSTÂNCIAS: São desfavoráveis, eis que o réu se utilizou de intensa violência física contra a vítima, muito além do necessário para assegurar a posse da *res*, eis que esta última fora espancada quando já se encontrava derrubada no chão;

CONSEQUÊNCIAS EXTRAPENAIS: Não foram relevantes;

COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: Em nada contribuiu para a conduta criminosa;

Em assim sendo, e observadas as circunstâncias judiciais do artigo 59, como dito acima, c/c as diretrizes do art. 68, ambos do Código Penal, dosolhe a pena base da seguinte forma:

Não sendo a pena de reclusão a única prevista no tipo, fixo a pena base para o acusado em **5 (cinco) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa** (considerando as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CP), cada dia no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato (atenta à condição econômica do réu) notadamente pelas circunstâncias do crime.

Há a atenuante de menoridade, prevista no art. 65, inciso I, do CP, bem

como a atenuante da confissão, prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do CP. Com efeito, **ATENUO** a pena em **um ano**, resultando **em 4 (quatro) de reclusão e 20 (vinte) dias multa**.

Não há circunstâncias agravantes nem causas de diminuição de pena. Há o caso de aumento de pena previsto no inciso II do §2º do art. 157, qual seja *concurso de pessoas*. Assim **AUMENTO** a pena em um terço, resultando em **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias multa**, tornando-a **DEFINITIVA** a pena neste patamar(...)"

Como se vê, a juíza sentenciante fixou a pena base acima do mínimo legal, por existir circunstância judicial desfavorável ao réu.

Eis o entendimento jurisprudencial acerca do assunto:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTS. 33 E 35 DA LEI N. 11/343/2006) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ASSOCIADAS AO CONTEXTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME NA VIA ESTREITA DO *WRIT* CONSTITUCIONAL. 1. O habeas corpus não é o meio processual adequado ao reexame de circunstâncias judiciais justificadoras da fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes: HC 100.952, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 31/5/11, e 94.847, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ de 26/9/09). 2. **A presença de apenas uma das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal já é motivo suficiente para que a pena-base não seja fixada no mínimo legal (HC 76.196, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 29/9/98)**. 3-5. *Omissis*. 6. Ordem denegada. (HC 107719, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/12/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 13-02-2012 PUBLIC 14-02-2012) (Grifo nosso).

Assim, entendo que não há que se falar em exacerbação, muito menos em ausência de fundamentação de forma a anular a sentença, como requerido pela defesa, posto que a pena base restou devidamente fundamentada e foi fixada um pouco acima do patamar mínimo, em face da presença de circunstância judicial desfavorável ao réu.

Portanto, incabível o pleito da defesa em anular a sentença por ausência de fundamentação na dosimetria da pena.

Com efeito, o parecer do Procurador de Justiça de fls. 197/203:

“...Não são pertinentes os fundamentos expostos pelo recorrente. Na prolação da sentença, a pena aplicada, com dosagem justa e comedida, atende os ditames do sistema trifásico. (...)

Convém destacar as informações relativas às circunstâncias do crime, ressaltou a Douta Magistrada julgadora a utilização de intensa violência física contra a vítima, ‘muito além do necessário para assegurar a posse da

res, eis que esta última fora espancada quando já se encontrava derrubada no chão’.

Pelo exposto, ante a circunstância negativa mencionada que pesa sobre o Apelante, fixou-se a pena base acima do mínimo legal (saindo de seu patamar mínimo de quatro anos e deslocando-se para cinco anos).

Destaque-se que a fixação da pena-base acima do mínimo foi devidamente fundamentada, ante a condição desfavorável do acusado, qual seja, o uso excessivo de violência contra a vítima. Até porque, vale frisar, que tal aplicação está bastante aquém do máximo, qual seja, de 10 (dez) anos.(...)”.

Ademais, ao contrário do arguido pelo nobre causídico, as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea foram devidamente aplicadas em favor do réu, tendo sido reduzida a reprimenda em 01 (um) ano, ficando a pena em seu mínimo legal, qual seja, 04 (quatro) anos de reclusão, porém, conforme entendimento consolidado na doutrina e jurisprudência, não há como reduzir a reprimenda aquém do mínimo legal em face do reconhecimento de atenuantes, conforme súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

“Súmula nº 231- A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

Nesse sentido são os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. PROGRESSÃO DE REGIME. OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS DO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS.

1. Tendo em vista o contido no enunciado da Súmula nº 231 desta Corte, a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, razão pela qual não se mostra possível, na espécie, proceder à diminuição das sanções por conta da aplicação da atenuante de confissão espontânea.

2. *omissis*

3. *omissis*

4. Ordem parcialmente concedida.

(HC 231.315/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 15/10/2012)(grifei).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N.º 1.117.073/PR. PENA-BASE FIXADA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. PRETENSÃO DE INICIAR

O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 440 DA SÚMULA DESTA CORTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. É consolidado o entendimento deste Tribunal no sentido de que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior e reafirmado no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n.º 1.117.073/PR.

2. *omissis*

3. *omissis*

4. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente concedido para, reformando o acórdão impugnado, determinar a fixação do regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

(HC 238.502/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 15/08/2012)(grifei).

Na terceira fase, a pena foi aumentada em 1/3 (um terço) em face da causa de aumento descrita no art. 157, §2º, II, do Código Penal, restando a reprimenda estabelecida em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, o que considero necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime, atendendo ao princípio da proporcionalidade, mostrando equilíbrio entre o mal cometido e a retributividade da pena.

Portanto, incabível a pretensão da defesa, posto que correta e devidamente fundamentada a pena fixada pela juíza *a quo*.

EM FACE DO EXPOSTO, em consonância com o parecer ministerial, conheço do apelo, mas para negar-lhe provimento, mantendo a sentença nos termos em que foi proferida.

É como voto.

Fortaleza, 14 de maio de 2013

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS Nº 0001083-58.2013.8.06.0000

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

PACIENTE: ERNANDES BEIJAMIM DE PAIVA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE QUIXADÁ, CEARÁ

RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO GOMES DE MOURA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO NA PRISÃO E NECESSIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. CUSTÓDIA PREVENTIVA. AÇÃO SEM PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO APRESENTAÇÃO DA ORDEM DE PRISÃO ATACADA. ALEGATIVA DE EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADA. DEMORA NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO CAUSADA PELA DEFESA. SÚMULA 64 DO STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NESTA INDEFERIDA.

1. Trata-se de *habeas corpus* em que se alega que a prisão do paciente é ilegal, pois haveria ausência de fundamentação na ordem de prisão preventiva do paciente, indicando ainda que o mesmo faria jus a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Indica ainda que existe um excesso de prazo na formação do processo penal uma vez que a instrução criminal já foi concluída.

2. Prisão em flagrante em 2 de outubro de 2012 pelo delito de roubo majorado em concurso com corrupção de menores (art. 157, §2º, I e II, Código Penal e art. 244 do ECA).

3. A inicial não veio acompanhada da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, o que faz com que seja impossível a análise da legalidade ou pertinência da mesma, bem como eventual aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

4. Ante a inexistência de prova pré-constituída, torna-se impossível analisar os fundamentos porventura invocados na decisão que determinou a prisão do paciente.

5. Em relação a alegativa de excesso de prazo este não está configurado, especialmente considerando que a instrução processual não foi iniciada ainda por demora na apresentação da resposta à acusação causada pela defesa. Aplicação da súmula 64 do STJ.

5. Ordem parcialmente conhecida e nesta indeferida.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de *habeas corpus*, acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer parcialmente da presente ação, e na parte conhecida negar provimento a ordem nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar (fls. 01/06), impetrado em 21 de março de 2013, em favor do paciente Ernandes Beijamin de Paiva.

Na inicial o impetrante indica que o paciente foi preso em flagrante em 2 de outubro de 2012 pelo crime de roubo majorado em concurso com corrupção de menores (art. 157, §2º, I e II, Código Penal e art. 244 do ECA) e teve sua prisão convertida em prisão preventiva de forma ilegal já que esta estaria carente de fundamentação. Indica ainda a existência de excesso de prazo na formação do processo penal, já que a instrução criminal ainda não teria sido iniciada.

O pedido de medida liminar foi indeferido, sendo determinado que fosse oficiada à autoridade impetrada, a fim de prestar as informações de estilo e, após, vista à douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 18/19).

As informações requeridas ao impetrado foram oferecidas por ofício em 16 de abril de 2013 (fls. 22/26). Nestas, informou a autoridade impetrada os diversos andamentos processuais, indicando que o pedido de relaxamento de prisão foi indeferido pela aplicação da súmula 64 do STJ, já que o juiz entendeu que a defesa teria colaborado para o retardamento da ação penal.

Instado a se pronunciar a respeito da ordem de *Habeas Corpus*, o ilustre representante do Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e indeferimento da ordem. (fls. 28/33)

É o breve relatório. Segue a decisão.

VOTO

A presente ação de *habeas corpus* tem como fundamento a ausência de fundamento na decisão que decretou a custódia preventiva do paciente ao converter a prisão em flagrante, mantendo-o preso cautelarmente. Indica ainda a existência de excesso de prazo na formação do processo penal, bem como a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Com a análise dos elementos de prova juntados na inicial percebe-se

prontamente que a petição inicial não foi instruída com documento que comprove as alegações do impetrante. Na peça inicial, este apresentou, em cópia, a decisão que negou o relaxamento de prisão, o despacho que nomeou o defensor público para conduzir a defesa do paciente, a denúncia e cédula de identidade.

Conforme se depreende da análise dos documentos acostados a petição inicial do presente *writ*, não temos a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, pois esta não foi acostada aos autos, nem pelo impetrante, nem mesmo quando da ocasião das informações pela autoridade impetrada.

Desta forma, mostra-se impossível a análise da legalidade, pertinência e fundamentação da ordem de prisão preventiva, nem mesmo da eventual utilização de medidas cautelares diversas da prisão, fazendo com que tenhamos que decidir pela não admissibilidade da presente ação de *habeas corpus*.

Na ação de *habeas corpus* a prova deve ser necessariamente pré-constituída, uma vez que se trata de tutela cautelar de urgência que visa proteger o direito líquido e certo, mais especificamente a liberdade de locomoção. Assim, não se pode tolerar o seguimento do *writ* desprovido adequadamente de lastro probatório.

A prova exigida deve versar sobre todos os elementos definidos e descritos na hipótese de cabimento prevista no texto constitucional em seu art. 5º, LXVII, ou seja, não é suficiente a mera menção de que o paciente está preso ou sofre risco de prisão, é necessário provar a ilegalidade da mesma, a existência de grave defeito material ou formal, bem como a existência de violência ou abuso de poder.

No presente caso, fácil é perceber a carência efetiva e plena de elementos probatórios, especialmente que possam autorizar o reconhecimento da dita ilegalidade.

Por tudo isso, mostra-se impossível o conhecimento nesta parte da presente ação de *habeas corpus*, já que a prova pré-constituída é imprescindível e indispensável no caso.

Neste sentido o entendimento da doutrina. Na lição de Eugênio Pacelli temos que:

Tal como o mandado de segurança, outro *writ* (no sentido de ordem, mandado) constitucional, também destinado a proteger direitos individuais, o *habeas corpus* deve, então, apresentar prova pré-constituída, para imediato conhecimento da matéria alegada e apreciação da ilegalidade ou coação ao direito de liberdade de locomoção. Não há impropriedade em se referir ao *habeas corpus* como *writ*, já que tal expressão, do ponto de vista jurídico, é equivalente à ordem ou mandado. Daí se dizer *writ of habeas corpus*, bem como *writ* judicial ou *writ mandamus*, para designar o andado de segurança.¹

No mesmo sentido o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, que nos diz que:

1 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 16ª Edição, 2012. Editora Atlas: São Paulo. Pág. 935

Não se produz prova, em regra, no procedimento do *habeas corpus*, devendo o impetrante apresentar, com a inicial, toda a documentação necessária para instruir o pedido.¹

Revela-se, portanto, a impossibilidade de conhecimento da presente ação. No mesmo sentido tem sido firmada a jurisprudência deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sobretudo em suas Câmaras Criminais, vejamos:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. LEI MARIA DA PENHA. IMPETRAÇÃO CONFUSA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DAS ALEGAÇÕES. 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.

(TJ/CE – HC 3281681200980600000 – Relator)a): FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA – Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal – Data de Registro: 23/05/2011)

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MENORES (ECA). CASA DE PROSTITUIÇÃO. CONCURSO DE PESSOAS. PAGA OU RECOMPENSA. PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS SUBJETIVOS. 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.**

(TJ/CE – Habeas Corpus 692791201080600000 – Relator(a): FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA – Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal - Data de registro: 23/05/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. 5ª Edição, 2009. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. Pág. 969

FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO ESSENCIAL. JULGAMENTO PREJUDICADO. NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM.

1. Alegação de que o ato da prisão do paciente fora efetuado sob a marcha da ilegalidade, ou seja, “flagrante preparado”, sendo, portanto, nulo.

2. Pedido que não veio acompanhado de qualquer documento que comprovasse a ilegalidade do flagrante ou a ausência dos motivos ensejadores da medida cautelar, o que impede o conhecimento do writ.

3. Ordem não conhecida.

(TJ/CE – HC 4711529201080600000 – Relator(a): PAULO CAMELO TIMBÓ – Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal – Data de registro: 17/01/2011)

No mesmo sentido, a mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cite-se:

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. NEGATIVA DE DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO NÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Não constando dos autos cópia da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória ou a que decretou a prisão preventiva do paciente, impossível analisar os fundamentos invocados na sentença condenatória para manter a constrição da liberdade, ante a inexistência de prova pré-constituída.

2. Na hipótese, considerando o *quantum* de pena aplicado - 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão - e favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo o paciente primário, o regime semiaberto mostra-se adequado para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal.

3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade. (STJ – HC 190144/SP; Min. Og Fernandes; 6ª Turma; Data de Julgamento: 18/06/2012 e Data da Publicação: 29/06/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA IMPEDE O CONHECIMENTO DO WRIT. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O rito do remédio constitucional do habeas corpus demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade suscitada, descabendo conhecer de impetração deficitariamente instruída, em que não tenha sido juntada peça essencial para o deslinde da controvérsia, de modo a inviabilizar a adequada análise do pedido. Precedentes.

2. Habeas corpus não conhecido, sem prejuízo do ajuizamento de novo pedido de revogação da custódia cautelar, que deverá ser encaminhada ao Juízo de 1.º grau, para ser analisado à luz da decisão exarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n.º 104.339/SP,

que declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes.

(STJ - HC 229874/DF; Min. Laurita Vaz; 5ª Turma; Data de Julgamento: 05/06/2012 e Data da Publicação: 15/06/2012)

Em relação a alegativa de que haveria um excesso de prazo na formação do processo penal, esta não merece prosperar, notadamente considerando que a instrução criminal não foi iniciada por responsabilidade da defesa, pois, apesar de regularmente citado em 29 de janeiro de 2013, o paciente não apresentou a resposta escrita à acusação, tendo o juiz de primeiro grau nomeado o defensor público para a promoção da defesa do réu.

Com efeito, o excesso de prazo na formação da culpa, não pode ser analisado isolada e abstratamente, ou seja, é necessário a sua verificação no caso concreto, levando-se em conta a complexidade do feito, a quantidade de réus, bem como o comportamento das partes, em face do princípio da razoabilidade.

Descabe, portanto, falar em coação ilegal por mora instrumental, notadamente considerando que a instrução criminal não foi iniciada por responsabilidade da defesa do paciente, nas diretrizes da Súmula nº 64 do STJ.

“Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.”

Isto posto, pelas razões expostas conheço parcialmente do presente *habeas corpus* e na parte conhecida indefiro a ordem.

É o voto, salvo melhor juízo.

Fortaleza, 11 de junho de 2013.

PROCESSO Nº 0131029-20.2012.8.06.0000

TIPO: *HABEAS CORPUS* DIGITAL

IMPETRANTE: EDMAR HOLANDA CAVALCANTE NETO

PACIENTE: JÚLIO MARTINS DOS SANTOS

IMPETRADO: JUÍZO DA 3ª VARA DE EXECUÇÃO PENAL DA COMARCA DE FORTALEZA

RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA

EMENTA: PENAL E EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. INCIDENTE DE EXECUÇÃO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO PARA O ABERTO OU PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ESTABELECIDO. NÃO INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO EM EXECUÇÃO. DESPREZO À LÓGICA DO SISTEMA RECURSAL VIGENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA CONTROVÉRSIA PELA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. NOTÓRIA AUSÊNCIA TEMPORÁRIA DE ESTABELECIMENTO PARA O CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME ESTIPULADO. CONCESSÃO *EX-OFFICIO*. CUMPRIMENTO TEMPORÁRIO SOB AS REGRAS DO REGIME ABERTO.

1. Impetração substituta de recurso de agravo de execução, em favor de paciente que, beneficiado com a progressão de regime prisional semi-aberto, encontra-se nas mesmas condições do regime anterior, por falta de estabelecimento adequado para cumprimento do novo regime estabelecido. Pede-se para cumprir o restante da pena no regime aberto ou em prisão domiciliar.

2. “(...) *É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.(...)*”.(STJ)

3. O artigo 197 da LEP dispõe que: “*Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.*” No caso concreto, o impetrante abriu mão de utilizar-se do recurso legal, sendo portanto, inviável a solução da controvérsia na via célere do *habeas corpus*. Ordem não conhecida.

4. Todavia, sabe-se, é público e notório, inexistente no momento nesta Comarca, estabelecimento prisional para o cumprimento de pena em regime semi-aberto, razão pela qual, se justifica a concessão *ex-officio* da ordem, para que o paciente se submeta provisoriamente às regras do regime aberto, até que surja local apropriado para cumprimento do regime legalmente estabelecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de *habeas corpus* n°. 0131029-20.2012.8.06.0000, ajuizado pelo advogado Edmar Holanda Cavalcante Neto, em favor de Júlio Martins dos Santos, contra ato do Juízo da 3ª Vara de Execução Penal da Comarca de Fortaleza/CE.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em não conhecer do *habeas corpus*. Todavia, concedê-lo *ex-officio*, nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre ordem de *Habeas Corpus* ajuizado pelo Advogado Edmar Holanda Cavalcante Neto, em prol de Júlio Martins dos Santos, acoimando ato do Juízo da 3ª Vara de Execução Penal da Comarca de Fortaleza/CE. (fls. 01/13).

Diz o impetrante, em resumo, que o paciente cumpre pena totalizada em 31 anos de reclusão; que foi beneficiado com a progressão para o regime semi-aberto e se encontra em situação prisional idêntica ao regime fechado.

Afirma que com a interdição e fechamento da Colônia Agrícola de Amanari, inexistente nesta Comarca outra instituição que possa receber o paciente para cumprimento da penal que lhe foi imposta.

Conclui, requerendo liminarmente que o paciente seja imediatamente submetido às regras do regime aberto ou prisão domiciliar em face da inexistência de estabelecimento próprio para o regime semi-aberto.

No mérito, a confirmação da liminar e concessão definitiva da ordem.

À impetração colacionou-se os documentos de fls. 14/27.

Liminar indeferida, conforme decisão de fls. 34/35.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 39/40.

Com vista, a douta Procuradoria Geral de Justiça, através do parecer de folhas 51/54, opinou pelo conhecimento e concessão do *mandamus*.

É o relatório.

VOTO

Como se depreende do relato, cuidam-se os autos de *habeas corpus* substituto de recurso de agravo de execução, ajuizado em favor de paciente que beneficiado com a progressão para o regime semi-aberto, não se acha satisfeito com o estabelecimento que se encontra, pois segundo o impetrante o coacto permanece em situação prisional idêntica ao regime fechado.

Compulsando os autos percebe-se de plano que o paciente pegou o atalho do *habeas corpus*, uma vez que abriu mão de utilizar o recurso cabível na espécie, no caso, o Agravo de Execução penal previsto no art. 197 da lei de Execução penal, o qual dispõe que: “Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito

suspensivo.”

A jurisprudência recente do Colendo Superior Tribunal de Justiça vem recomendando que o *mandamus* constitucional só seja conhecido em situações especialíssimas, evitando com isso a sua banalização e substituição por recursos previsto no ordenamento, velamos:

“(…)É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal. Não é possível a impetração de habeas corpus substitutivo de revisão criminal. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.(…)”
(HC 139.724/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 11/04/2012).”

Como visto, a impetração esta sendo utilizada como sucedâneo de recurso de agravo, que por sinal, possui prazo de interposição de cinco dias, contrarrazões e Juízo de retratação, tornando-se impossível o seu conhecimento em face da sua inadequação, assim como, por necessitar de exame aprofundado da prova, já que pleiteia-se regime aberto ou prisão domiciliar. Por tudo isso, nega-se conhecimento a ordem.

Todavia, sabe-se, é publico e notório que inexistente no momento nesta Comarca, estabelecimento prisional para o cumprimento de pena em regime semi-aberto, razão pela qual, se justifica a concessão *ex-officio* da ordem, para que o paciente se submeta provisoriamente às regras do regime aberto, até que surjam locais apropriados para cumprimento do regime legalmente imposto, ou seja, o semi-aberto.

Nessa perspectiva:

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME SEMI-ABERTO. INEXISTÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL AO DETERMINADO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. PERMANÊNCIA NO REGIME FECHADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Inexistindo vaga em estabelecimento prisional compatível com o regime semi-aberto, deferido ao paciente pelo juízo das execuções, e permanecendo recluso em regime fechado, mesmo após sua promoção, resta configurado flagrante constrangimento ilegal, passível de ser sanado pela via eleita, ainda que concedida a ordem *ex officio* por esta Corte Superior, ante a ausência de manifestação do Tribunal estadual a respeito da matéria.

2. Ordem concedida de ofício, determinando-se, caso inviável a imediata transferência do paciente para o regime semi-aberto, que o

mesmo aguarde em regime aberto ou prisão domiciliar o surgimento de vaga em estabelecimento próprio, se por outro motivo não estiver preso.”

(HC 138.621/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 19/10/2009). Grifei.

Pelos motivos acima expostos, não conheço do *mandamus*, porém, concedo-o de ofício, em parcial consonância com o parecer da Douta Procuradoria de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 02 de outubro de 2012.

PROCESSO: 0002783-69.2013.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: FRANCISCO ALDENOR XAVIER (OAB/CE 4834)
PACIENTE: LUIZ HENRIQUE DE ANDRADE FERREIRA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE
CAPISTRANO
RELATOR: HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INOCORRÊNCIA. INSTRUÇÃO CRIMINAL CONCLUÍDA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 52 DO STJ. ORDEM DENEGADA.

01 – Precedente do STJ. “O excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, segundo pacífico magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcionais que venham a retardar a instrução criminal e não se restringindo à simples soma aritmética de prazos processuais” (HC 101382 / CE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJ 15/09/2008).

02 - Ademais, diante das informações prestadas, verifica-se que o processo se encontra com a instrução criminal concluída, sendo aplicável, na hipótese, a Súmula 52/STJ, segundo a qual, encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo

03 - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **Habeas Corpus**, acordam os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer da impetração, para denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 05 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de pedido de **habeas corpus** impetrado por Francisco Aldenor

Xavier, em favor de Luiz Henrique de Andrade Ferreira, preso em flagrante delito, no dia 21 de novembro de 2012, pela suposta prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06.

Alega, em síntese, que o paciente encontra-se detido há mais de 07 (sete) meses, sem que a instrução criminal tenha sido concluída, configurando-se, desta forma, constrangimento ilegal por injustificado excesso de prazo na formação da culpa.

Informações prestadas às fls. 139/141, a douta PGJ manifestou-se pelo não concessão da ordem impetrada.

É o relatório.

VOTO

A ordem requestada pelo presente *mandamus* não deve alcançar o pretendido deferimento, à míngua de suporte legal e fático suficiente para tal.

O impetrante requer a liberdade do paciente sob a alegação de que o mesmo encontra-se recolhido à prisão por mais tempo do que o permitido por lei.

A MM. Juíza da Vara Única da Comarca de Capistrano/Ce informou todo o andamento processual às fls. 139/141, destacando que o réu foi preso em flagrante delito no dia 21 de novembro de 2012 e denunciado no dia 20 de dezembro do mesmo ano. Na data de 06 de fevereiro do ano de 2013, o paciente foi citado para a primeira audiência designada para o dia 11 de junho último, sendo, na ocasião, devidamente encerrada a instrução criminal.

Em vista disso, percebo que a ação penal vem tendo curso regular e, considerando que a constatação do excesso de prazo não observa regra aritmética rígida, devendo-se levar em conta o princípio da razoável duração do processo, avaliado consoante as circunstâncias emanadas do caso concreto, que, podem, ou não, justificar uma maior dilação da marcha processual, não visualizo, na espécie, situação de constrangimento ilegal.

Impende acrescentar também que, conforme informações prestadas pela suposta autoridade coatora, verifica-se que o processo se encontra com a instrução criminal concluída, sendo aplicável, portanto, o enunciado da Súmula 52/STJ, segundo a qual, encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

Confira-se, a propósito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E USO DE DOCUMENTO FALSO. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO. EXCESSO DE PRAZO. NÃO-OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

INEXISTÊNCIA DE DESÍDIA OU IRREGULARIDADE PELO ESTADO-JUIZ. FEITO NA FASE DE MEMORIAIS. SÚMULA 52 DESTA CORTE .(...).

2. Na espécie, nenhuma desídia restou demonstrada, de sorte a configurar constrangimento ilegal por excesso de prazo, restando justificada eventual demora na conclusão da instrução, a qual não se mostra injustificável, desarrazoada ou mesmo excessiva, em se considerando, sobretudo, a data da prisão em flagrante do Paciente, bem assim a infração penal imputada.

3. Ordem denegada.

(HC 102.183/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 30.06.08).

Portanto, à luz do que dos autos consta, denega-se a ordem em face da inexistência de constrangimento ilegal.

Fortaleza, 05 de agosto de 2013.

PROCESSO: 0027887-63.2013.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE : TALES DIEGO DE MENEZES (OAB/CE 26483)
PACIENTE: EUPÍDIO FERNANDES DA ROCHA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE CASCAVEL
RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

A mora processual encontra justificativa no comportamento do próprio paciente, reticente em apresentar sua defesa preliminar, como também, na necessidade de expedição de cartas precatórias a outras comarcas. Infere-se dos autos, que não houve desídia do julgador na condução do processo, que longe de se mostrar negligente, tem denotado especial atenção à celeridade processual. **PRISÃO PREVENTIVA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEMONSTRADAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA. ORDEM DENEGADA.**

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 DENEGAR a ordem impetrada, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 8 de julho de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, devidamente identificado à epígrafe, voltado contra decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente, por tráfico ilícito de drogas e associação, em prisão preventiva.

Alega-se, em síntese, que o acriminado encontra-se encarcerado desde 1º

de dezembro de 2012 sem que tenha termo a instrução processual da ação penal a que responde, circunstância caracterizadora de inegável constrangimento ilegal.

Assevera, ainda, ausentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, servindo de fundamento a autoridade coatora para a manutenção do acriminado, carcer ad custodiam, somente a gravidade abstrata do delito.

Nesses termos requereu, liminarmente, a concessão da ordem libertária e, no mérito, a sua manutenção.

Liminar indeferida, sendo requisitadas e prestadas as informações pela autoridade coatora.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça pela denegação da ordem.

É o relato.

VOTO

O paciente, juntamente com outros três comparsas, respondem a ação penal por tráfico e associação, tendo sido presos em operação policial que culminou com a apreensão de 102, 600 KG (cento e dois quilos e seiscentos gramas) de maconha, acondicionadas em pacotes com fita adesiva e escondidos na lataria de um veículo Corsa.

A defesa, alega, em síntese, excesso de prazo na formação da culpa, como bem desnecessidade e desfundamentação da prisão preventiva do paciente.

Contudo, corridos os autos, especificamente as informações prestadas pela autoridade processante, constata-se, de pronto, que há contribuição da defesa para a tardança processual alegada.

Informou o judicante que, relativamente ao paciente, o mesmo foi devidamente notificado, não apresentando, até os informes, sua defesa preliminar, existindo outro acusado que foi notificado por precatória, não apresentando, igualmente, sua defesa preliminar.

Além disso, constata-se que ação penal se entremostra complexa, com quatro denunciados, alguns presos em cidades distintas do juízo “a quo”, demandando a prática de atos processuais através de cartas precatórias, circunstâncias que, sabido, justificam possíveis dilatações temporais.

Como é cediço, para que se tenha pela ocorrência ou não da configuração de constrangimento ilegal por excesso de prazo, é mister considerar-se todas as circunstâncias do caso concreto, de forma a constatar a injustificada tardança processual, o que, nem de longe, tangencia o caso sub oculi, onde, claramente, se vê a contribuição da defesa e da própria complexidade da causa para que a ação penal a que responde o paciente tenha dilação temporal excessiva.

Infere-se dos autos, que não houve desídia do julgador na condução do processo, que longe de se mostrar negligente, tem denotado especial atenção à celeridade processual.

No respeitante à prisão preventiva do paciente, de igual modo, a

inconformação não merece prosperar.

Como bem ressaltado pela autoridade coatora, em decisão que indeferiu pleito de liberdade provisória, o paciente responde ação penal por crime dos mais graves, tráfico de drogas, tendo sido apreendida, em poder do grupo criminoso, grande quantidade de maconha, mais de cem quilos, devidamente embalada e acondicionada, de modo a demonstrar que não se trata do “tráfico miúdo” mais de organização criminosa bem organizada possuindo seus membros atribuições definidas para a prática do comércio de substâncias entorpecentes.

Não há falar, no caso, em gravidade abstrata do delito. O tráfico de drogas, como já salientei em julgamentos anteriores, é a locomotiva da criminalidade, corrompe o tecido social em suas entranhas ao tempo que fomenta a prática dos mais diversos crimes. A grande quantidade de droga apreendida em poder do paciente e de seus comparsas, prontas para abastecer o crescente mercado consumidor, faz crer a certeza da grave ofensividade de suas condutas e da necessária repressão que deve existir, em contrapartida, por parte do Estado.

Diante do exposto, sem mais delongas, em conformidade com o parecer da douta Procuradoria de Justiça, é o presente para tomar conhecimento da impetração, porém para denegar a ordem.

Fortaleza, 8 de julho de 2013

PROCESSO: 0028185-55.2013.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: FRANCISCO MARCELO BRANDÃO (OAB/CE 4.239)
PACIENTES: ROSIMEIRE RODRIGUES UCHOA E PRISCILA ALVES
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

**EMENTA: HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4º ,
INCISO IV DO CPB. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO
DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA.
PERICULOSIDADE DAS PACIENTES ANTE VÁRIAS
REITERAÇÕES CRIMINOSAS. CONVENIÊNCIA
DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E MANUTENÇÃO DA
ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.**

01- Presentes indícios de autoria e materialidade do crime, bem como a necessidade de garantia da ordem pública, a prisão cautelar deve ser mantida, principalmente quando as circunstâncias fáticas relacionadas ao crime demonstram a gravidade da conduta e a periculosidade dos agentes.

02- Ademais, eventuais condições subjetivas favoráveis, como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e atividade laboral lícita, não são garantidoras da liberdade quando a manutenção da prisão se sustenta sob outros fundamentos.

03- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em DENEGAR a ordem impetrada, de conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, 8 de julho de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de pedido de habeas corpus impetrado por Francisco Marcelo Brandão e outros, em favor das pacientes Rosimeire Rodrigues Uchôa e Priscila Alves.

Alegam, em síntese, que as pacientes foram presas em flagrante no dia 16 de abril de 2013, pela suposta prática do crime previsto no art. 155, § 4º, inciso IV do

CPB, e que, em virtude de suas prisões, encontram-se sofrendo constrangimento ilegal, já que carece de fundamentação o decreto prisional das mesmas, bem como, pelo fato de não estarem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, que justifiquem seus cárceres provisórios, posto que as pacientes são detentoras de bons antecedentes, são rés primárias, possuem residências fixa no distrito da culpa, não existindo nada que desabone as mesmas.

Informações prestadas às fls. 84/85, a douta PGJ manifestou-se pela não concessão da ordem impetrada.

É o relatório.

VOTO

A ordem requestada pelo presente *mandamus* não deve alcançar o pretendido deferimento, à míngua de suporte legal e fático suficiente para tal.

Os impetrantes requerem a liberdade das pacientes sob a alegação de que não estão presentes os requisitos autorizadores da custódia preventiva, que justifiquem seus cárceres provisórios, posto que as mesmas são detentoras de bons antecedentes, são rés primária, possuem residência fixa no distrito da culpa, não existindo nada que desabone as suas condutas sociais, bem como alegam falta de fundamentação no decreto que negou seus pedidos de liberdade provisória.

Para que a prisão preventiva seja decretada nos moldes do art. 312, do Código de Processo Penal, necessário se faz que existam provas suficientes de autoria e materialidade.

No caso, além de comprovada a materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria, a manutenção das prisões encontram-se devidamente justificada na garantia da ordem pública, mormente diante a reiteração delitiva das pacientes, que respondem a outros processos por crimes contra o patrimônio, inclusive um deles na 4ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, pelo crime de latrocínio, o que certamente é argumento mais que suficiente à manutenção das suas segregações cautelares.

Por conseguinte, a necessidade da prisão cautelar fora muito bem justificada pelo Juiz singular, senão vejamos:

“(…) Compulsando a certidão de antecedentes criminais das pleiteantes, verifica-se que as mesmas respondem a vários processos por furto. A autuada Rosimeire responde, inclusive, a um latrocínio neste juízo. A autuada Simony já fora beneficiada duas vezes com transação penal na Vara de Penas Alternativas. Observa-se que as postulantes, embora beneficiadas anteriormente com liberdade provisória, não souberam aproveitar as oportunidades que lhes foram dadas. Voltando a delinquir, demonstrando

inclinação ao campo delituoso e pouco caso com a justiça (...) Dessa forma, acolho o parecer da representante do Ministério Público como razão e fundamento de decidir, somando a isto as razões acima elencadas para indeferir o pedido de liberdade provisória(...)”.

Portanto, evidencia-se nos autos que o encarceramento das pacientes está alicerçado em fundamentos legais, de forma a não pairar dúvida quanto à sua conveniência e necessidade, sobretudo no resguardo da ordem pública.

Nesse sentido tem decidido os Tribunais:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E RESISTÊNCIA. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DE FATO INCONTROVERSO. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA: PRESUNÇÃO DE AMEAÇA A TESTEMUNHAS. INIDONEIDADE. PERICULOSIDADE DO AGENTE EVIDENCIADA PELO *MODUS OPERANDI*. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS IRRELEVÂNCIA.

1. Apesar de o rito do habeas corpus não comportar reexame de fatos e provas, é possível operar-se, nessa via, a qualificação jurídica de fatos incontroversos. Precedentes.

2. Prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. Presunção de ameaça a testemunhas. Inidoneidade.

3. **Prisão cautelar para garantia da ordem pública. Periculosidade do réu evidenciada pelo *modus operandi* na prática do crime. Idoneidade. Precedentes.**

4. **Primariedade, bons antecedentes, residência e trabalho fixos não impedem a prisão preventiva quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP.** Precedentes. Ordem denegada.

(HC 98197, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 12/05/2009, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-04 PP-00693).

Nesse contexto, considerando que a custódia cautelar acha-se fundamentada na garantia da ordem pública, a soltura das pacientes não se mostra prudente, haja vista que poderá semear a insegurança na comunidade, além de contribuir para disseminar a ideia de impunidade, dificultando ou até mesmo inviabilizando o ingente esforço do Estado no combate ao crime.

Salienta-se, por oportuno, que a imposição das medidas cautelares elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal mostra-se inadequada e inócua ao caso vertente, a teor do que dispõe o art. 282, inciso II, do Código de Processo, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11.

Portanto, à luz do que dos autos consta, denega-se a ordem em face da inexistência de constrangimento ilegal.

Fortaleza, 8 de julho de 2013.

PROCESSO: 0028398-61.2013.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE: RICARDO HENRIQUE LIMA SILVA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 10ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS – PENALE PROCESSUAL PENAL – ROUBO MAJORADO EM CONCURSO COM CORRUPÇÃO DE MENORES – PRISÃO PREVENTIVA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE – SENTENÇA FUNDAMENTADA QUANTO AO SEU INDEFERIMENTO – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1. O paciente foi denunciado e condenado pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II do CPB e art. 244-B do ECA, à pena de 07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 70 (setenta) dias-multa.

2. Com o advento da sentença condenatória recorrível foi negado ao paciente o direito de recorrer em liberdade em razão da subsistência das razões de cautela, previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, não sendo trazidos aos autos quaisquer elementos que demonstrassem a alteração na situação fática do mesmo, o que, só assim, autorizaria a desconstituição da custódia cautelar.

3. O paciente foi preso em flagrante na data de 18/03/2012 e permaneceu segregado até 19/01/2013, ocasião em que foi expedido mandado de prisão em seu desfavor.

4. Ressalte-se que embora tecnicamente primário, o paciente possui personalidade voltada para o crime, eis que responde a outros processos.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus,

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer a ordem, mas para denegá-la, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 19 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de RICARDO HENRIQUE LIMA SILVA, pela prática do art. 157, § 2º, II do CPB e art. 244-B do ECA, apontando como autoridade coatora o juízo de direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE.

Alega o impetrante em síntese, que o paciente foi processado e julgado perante o Juízo impetrado, restando condenado a pena de 07 (sete) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 70 (setenta) dias-multa e que na sentença penal lhe foi negado o direito de recorrer em liberdade; configurando, na sua ótica, constrangimento ilegal.

Concluiu requerendo em sede de liminar o deferimento da ordem, ou seja, a revogação do decreto preventivo e no mérito a concessão definitiva, para que possa aguardar o julgamento do seu recurso em liberdade.

Informações da autoridade dita coatora às fls. 207/211, justificando a necessidade da manutenção da prisão como garantia da ordem pública e apontando o fato de tratar-se de delito cometido com extrema violência, evidenciando a periculosidade e ousadia do acusado.

Liminar indeferida às fls. 198.

Às fls. 213/218 a Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade. Conhece-se da ordem, porém para denegá-la.

O pedido do paciente de aguardar em liberdade o julgamento do seu recurso de apelação não merece ser acolhido.

Cuida-se de impetração de Habeas Corpus liberatório com pedido de liminar contra ato da autoridade citada, que, segundo a inicial, tem por objetivo restabelecer a liberdade do paciente, sob a argumentação de que sofre constrangimento ilegal decorrente de sentença que negou-lhe o direito de recorrer em liberdade.

O paciente permaneceu custodiado praticamente durante toda a instrução criminal, restando condenado por sentença, como incurso nas sanções do art. 157, §

2º, II do CPB e art. 244-B do ECA, à 07 (sete) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 70 (setenta) dias-multa, não tendo lhe sido garantido o direito de recorrer em liberdade, porque inalteradas as condições que determinaram a decretação da prisão cautelar.

O impetrante, irresignado com a negativa do direito de recorrer em liberdade, manejou a presente ação de “habeas corpus” (fls. 01/24) em que requer a concessão do referido benefício ao paciente.

Em decisão suficientemente fundamentada, o Juízo *a quo* faz expressa menção sobre a necessidade da prisão preventiva do paciente. Com efeito, a presença dos pressupostos da prisão cautelar obsta o direito do apenado aguardar o julgamento do seu recurso em liberdade.

Examinando detidamente a pretensão do impetrante, tem-se que o paciente não faz jus à concessão do benefício pleiteado, porquanto não vislumbra-se qualquer mácula ou falta de fundamentação na decisão que negou-lhe o direito de recorrer em liberdade, haja vista que subsistirem os requisitos que fundamentaram a prisão preventiva do mesmo ao longo do processo.

Os fundamentos que tornaram necessária a segregação do agente durante a formação de culpa acabaram por se solidificar em virtude da sentença condenatória, pelo que a liberdade do acusado, nesta fase processual, poderia representar mera esquiva do cumprimento da sanção penal.

Além disso, o cometimento desse tipo de crime gera repercussão na comunidade, merecendo, pois, um tratamento diferenciado das autoridades constituídas, como forma de inibir e coibir a sua crescente marcha.

É certo que a concessão do direito de recorrer em liberdade ao paciente representaria não apenas risco à ordem pública, como teria o condão de gerar sentimento de impunidade, tanto na sociedade, quanto para o próprio criminoso. Ademais, ressalte-se que embora tecnicamente primário, o paciente possui personalidade voltada para o crime, eis que responde a outros processos.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que “*o modus operandi, os motivos, a repercussão social, dentre outras circunstâncias, em crime grave (na espécie, inclusive, hediondo), são indicativos, como garantia da ordem pública, da necessidade de segregação cautelar, dada a afronta a regras elementares de bom convívio social*” (RHC 15.016/SC, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 09/02/2004).

Ressalte-se, ainda, que o paciente permaneceu preso praticamente durante todo o processo criminal em razão da presença dos requisitos autorizadores da segregação cautelar, não sendo trazidos aos autos quaisquer elementos que demonstrassem a alteração na situação fática do mesmo, o que, só assim, autorizaria a desconstituição da custódia cautelar.

Nesse sentido, confira-se precedente:

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. ROUBO MAJORADO. PROIBIÇÃO DO RECURSO EM LIBERDADE. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS FÁTICOS (ART. 312 DO CPP) E INSTRUMENTAIS (ART. 313, I, DO CPP) PARA A DECRETAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES. INVIABILIDADE NO PRESENTE CASO. REDAÇÃO DADA PELA LEI 12.403/11. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA

Com não há que se falar em constrangimento ilegal, quando, com o advento da sentença condenatória recorrível é negado ao agente o direito de recorrer em liberdade, com base na presença dos requisitos necessários à decretação da prisão preventiva, bem como diante da gravidade da conduta praticada. 2. Além dos requisitos constantes no artigo 312 do CPP, para a decretação da prisão preventiva, faz-se necessária a presença de pelo menos um dos requisitos instrumentais do art. 313 do CPP. 3. No caso do cometimento de crime doloso punido com pena máxima, privativa de liberdade, superior a quatro (04) anos, será admitida a prisão preventiva, se presentes, também, os requisitos do art. 312 do CP, como é o caso. 4. Não há que se falar em falta de fundamentação da decisão que negou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, tendo a mesma apresentado os motivos pelos quais a constrição cautelar foi decretada, sobretudo em se tratando, o caso concreto, de crime cuja gravidade se revela acentuada. 5. Não se mostrando adequadas e suficientes, no caso concreto, as medidas cautelares diversas da prisão não poderão ser aplicadas, mormente quando presentes os requisitos para a manutenção da prisão preventiva. 6. Ordem denegada, com recomendação.”

(Habeas Corpus Nº 1.0000.13.041934-4/000 – Comarca de Caratinga – Tribunal de Justiça do MG – Sétima Câmara Criminal, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Julgado em 18/07/2013 e Publicado em 25/07/2013).

Assim, não havendo constrangimento ilegal a ser reparado, entende-se que deve ser mantida a custódia provisória do paciente.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, considerando não haver constrangimento ilegal que macule a prisão do paciente, conhece-se a presente ordem porém para denegá-la.

Fortaleza, 19 de agosto de 2013.

PROCESSO: 0028470-48.2013.8.06.0000- HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: WALBER OLIVEIRA DE CARVALHO (OAB/CE 22.425)
PACIENTE: EVANDI NASCIMENTO SOUSA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE DELITOS DE TRÁFICO DE
DROGAS DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. PRISÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA NA MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.

01 – O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº. 104.339/SP, declarou a inconstitucionalidade da expressão “liberdade Provisória” constante no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, no entanto, verificando-se a presença dos requisitos do art. 312 do CPP, necessário se faz a segregação cautelar.

02 - Na espécie, as circunstâncias do caso concreto e principalmente a quantidade de droga apreendida com o paciente evidenciam a sua periculosidade e caracterizam situação de acentuado risco à incolumidade pública, inclusive quanto a real chance de reincidência criminosa, motivos estes suficientes para justificar a prisão cautelar.

03 – Ademais, eventuais condições subjetivas favoráveis, como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e atividade laboral lícita, não são garantidoras da liberdade quando a manutenção da prisão se sustenta sob outros fundamentos.

04 - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer da impetração, para denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 8 de julho de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de pedido de habeas corpus impetrado por Walber Oliveira de Carvalho, em favor de Evandi Nascimento Sousa.

Alega, em síntese, que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33 da Lei nº 11.343/2006 e que em virtude de sua prisão encontra-se sofrendo constrangimento ilegal, já que não estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, que justifiquem seu cárcere provisório, posto que o paciente é detentor de bons antecedentes, é réu primário, possui residência fixa no distrito da culpa, não existindo nada que desabone a sua conduta social. Além disso, alega ausência de fundamentação na decisão que decretou o encarceramento do coacto.

Liminar denegada à fl. 31.

A autoridade apontada coatora prestou informações às fls. 34/36.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 38/42).

É o relatório.

VOTO

A ordem requestada pelo presente *mandamus* não deve alcançar o pretendido deferimento, à míngua de suporte legal e fático suficiente para tal.

O impetrante requer a liberdade do paciente sob a alegação de que não estão presentes os requisitos autorizadores da custódia preventiva, que justifiquem seu cárcere provisório, posto que o paciente é detentor de bons antecedentes, é réu primário, possui residência fixa no distrito da culpa, não existindo nada que desabone a sua conduta social, bem como, alega falta de fundamentação no decreto que determinou sua prisão.

Sabe-se que, em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes.

Entretanto, reconhecida a inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória, devem ser observados, para a manutenção da prisão cautelar nos crimes de tráfico, os parâmetros do art. 312 do Código de Processo Penal, que subordinam a medida excepcional ao *fumus commissi delicti* e ao *periculum libertatis*.

No caso em apreço, verifica-se que o ilustre magistrado “a quo” decretou a prisão preventiva do ora paciente com fulcro na garantia da ordem pública, fundamentando sua decisão na gravidade do crime e na periculosidade concreta do paciente, nos seguintes termos:

“(...) Analisando o presente caso, observa-se que a medida mais adequada é a conversão da prisão em flagrante em preventiva, posto que as medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP, são insuficientes para a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Com efeito, os indiciados Antônio Gomes Almeida e Evandi Nascimento Sousa foram presos em flagrante delito, sob acusação de tráfico de drogas, por transportarem, para comercialização, 999,34g de cocaína(...) Os indiciados em epígrafe são acusados de terem praticado o crime grave de tráfico de entorpecentes, equiparado a hediondo, demonstrando possuírem condutas perigosas, pois seus atos causam desgraça aos usuários de droga, e a seus familiares, aproveitando-se da fraqueza, do desespero, da desesperança das pessoas que utilizam a substância maldita, as quais acabam com a própria vida (...) O certo é que a gravidade do crime imputado aos réus Antônio Gomes Almeida e Evandi nascimento Sousa, bem assim a quantidade do entorpecente apreendido, de patente nociva à saúde pública também justificam a segregação antecipada dos mesmos, a fim de evitar novos atentados à ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal, em caso de eventual condenação(...)”

Portanto, na espécie, evidencia-se o risco concreto à garantia da ordem pública, sendo certo também que o delito de tráfico demanda uma atuação mais rígida em decorrência da rápida disseminação e dos efeitos devastadores, além de estar associado a outros delitos que são cometidos para fomentar e manter a traficância.

Nesse contexto, conclui-se que o encarceramento do paciente está alicerçado em fundamentos legais, de forma a não pairar dúvida quanto à sua conveniência e necessidade, sobretudo no resguardo da ordem pública.

Nesse sentido, trago à colação precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA. RISCO PARA ORDEM PÚBLICA. EXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A necessidade da custódia cautelar restou demonstrada, com base em dados concretos dos autos, conforme recomenda a jurisprudência desta Corte, estando o *decisum* proferido na origem fundamentado no risco para a ordem pública, evidenciado na significativa quantidade de droga apreendida.

2. Ordem denegada (com voto-vencido).

(HC nº 114.361/SP, Relator o Ministro NILSON NAVES, Relator para o acórdão, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIM MOURA, DJE 22/3/2010.)

Vale ressaltar por oportuno que, embora o paciente seja primário, tenha bons antecedentes, residência fixa e ocupação definida, as condições pessoais favoráveis ao paciente não são suficientes para, por si sós, autorizar a revogação da prisão preventiva.

Nesse sentido:

(...) 4. Condições pessoais favoráveis, não têm, em princípio, o condão de, por si sós, garantirem a concessão do direito de recorrer em liberdade, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da prisão, como ocorre *in casu*.

5. Ordem denegada.

(HC 228.952/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 22/03/2012).

Destaco, ainda, que a prisão para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal não se contrapõe ao princípio da presunção de inocência, porquanto tratar-se de prisão de cunho processual, cujo objetivo busca, além de salvaguardar a sociedade, garantindo-lhe a ordem, assegurar a futura aplicação da lei penal.

Portanto, à luz do que dos autos consta, denega-se a ordem em face da inexistência de constrangimento ilegal.

Fortaleza, 8 de julho de 2013.

PROCESSO N.º: 0081133-08.2012.8.06.0000

HABEAS CORPUS

IMPETRANTE: CELSO ALVES DE MIRANDA

IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE PEDRA BRACA/CE

PACIENTE: MARCOS ANTONIO PEREZ DE LIMA E JOSÉ ALAN ARAÚJO FERREIRA

RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO DE PEDIDO. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1. Decreto de prisão preventiva expedido em desfavor dos pacientes no dia 07.11.2012, investigados pelo suposto cometimento de crime de tráfico de drogas e associação ao tráfico de drogas, tendo a prisão sido efetivada no dia 08.11.2012 em relação ao paciente José Alan Araújo Ferreira e estando o paciente Marcos Antônio Perez de Lima foragido desde então, sendo aduzida a ilegalidade das ordens de prisão e a necessidade de reconhecimento da nulidade da interceptação telefônica realizada.

2. Não se conhece o *writ* quando tiver por base a mesma causa *petendi* de impetração anterior, assim recomendando a administração da justiça para evitar que a reiteração constante da postulação crie instabilidade permanente nos julgamentos. *In casu*, tendo as custódias preventivas dos pacientes sido analisadas nos *habeas corpus* n° 0081209-32.2012.8.06.0000 e n° 0081207-62.2012.8.06.0000, não há que se conhecer do *writ* nesse ponto.

3. Acerca da alegativa de ferimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa diante da ausência de disponibilização do pedido de interceptação telefônica e quebra de sigilo telefônico, a mesma não restou demonstrada nos autos, haja vista a inexistência de documento hábil a comprová-la, devendo ser destacado que, conforme dispõe a Súmula Vinculante n° 14, são garantidos ao defensor, no

interesse do representado, apenas os elementos de provas já documentados em procedimento investigatório e não aqueles que ainda estão sob o prisma da investigação e sem materialização. Ademais, deve ser ressaltado que o exercício do contraditório sobre as provas obtidas em razão de interceptação telefônica judicialmente autorizada é diferido para a ação penal porventura deflagrada, já que a sua natureza cautelar não é compatível com o prévio conhecimento do agente que é alvo da medida (STJ, HC 171.453/SP, julgado em 07/02/2013).

4. Sobre a nulidade da decisão que deferiu a interceptação telefônica devido à incompetência do impetrado para determiná-la, deve ser destacado que o mero fato de 01 (um) dos indiciados encontrar-se preso em Comarca diversa, cumprindo pena em estabelecimento prisional, não retira do magistrado dotado de jurisdicionalização a competência para determinar aludida interceptação quando o ilícito aconteceu em território de sua jurisdição, como é o caso dos autos onde se apura das investigações que os 02 (dois) grupos criminosos atuam no Município de Pedra Branca/CE.

5. *Writ* parcialmente conhecido e denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime e em dissonância com o parecer ministerial, em CONHECER PARCIALMENTE a ordem, mas para DENEGÁ-LA, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 05 de março de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor dos pacientes MARCOS ANTONIO PEREZ DE LIMA e JOSÉ ALAN ARAÚJO FERREIRA, contra suposto ato ilegal praticado pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Pedra Branca/CE.

Em síntese, alega o impetrante que o primeiro paciente encontra-se foragido e o segundo encarcerado, devendo ser revogados os decretos preventivos expedidos em

desfavor dos mesmos, destacando a necessidade de reconhecimento do princípio da presunção de inocência.

Aduz também que a interceptação telefônica, única prova dos autos que originou o decreto prisional, deve ser tida como nula, haja vista que o impetrado não é a autoridade competente para determinar a interceptação telefônica e a quebra de sigilo telefônica.

Na ocasião, sustenta que o principal alvo da investigação criminal é Geovane Pereira de Souza, preso há muito tempo na CPPL-I, em Itaitinga/CE, razão pela qual o magistrado competente para determinar aludida interceptação é o juízo de Execuções Criminais da Comarca de Fortaleza/CE ou de Itaitinga/CE.

Afirma que até o dia 30.11.2012 não foi disponibilizado o processo nº 5504-84.2012.8.06.0143 (pedido de interceptação telefônica e quebra de sigilo telefônico), ferindo a ampla defesa e o contraditório, além de o deferimento de tal pleito ter sido aferido sem a instauração de inquérito policial ou ação penal.

Ao final, requer, liminarmente, a concessão da ordem de liberdade em favor dos pacientes e, no mérito, a confirmação da decisão de liberdade e o reconhecimento da nulidade da prova colhida antecipadamente, inclusive por ferir a presunção de inocência e o contraditório.

Liminar indeferida em 04.12.2012 (fls. 298).

Informações da autoridade impetrada em 15.01.2013 (fls. 308/309).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça em 22.02.2013, opinando pela denegação da ordem no tocante a nulidade da interceptação telefonia e o pedido de revogação da prisão preventiva do paciente Marcos Antônio Perez de Lima e pela prejudicialidade da revogação da prisão preventiva em relação ao paciente José Alan Araújo Ferreira, haja vista a concessão da liberdade deste no *habeas corpus* nº 0081207-62.2012.8.06.0000 (fls. 319/324).

É o relatório.

VOTO

Como relatado, trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor do paciente FRANCISCO ANDERSON MENDONÇA, contra suposto ato ilegal praticado pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Quiterianópolis/CE.

In casu, foi expedido decreto de prisão preventiva em desfavor dos pacientes no dia 07.11.2012, investigados pelo suposto cometimento de crime de tráfico de drogas e associação ao tráfico de drogas, tendo a prisão sido efetivada no dia 08.11.2012 em relação ao paciente José Alan Araújo Ferreira e estando o paciente Marcos Antônio Perez de Lima foragido desde então, sendo aduzida a ilegalidade das ordens de prisão e a necessidade de reconhecimento da nulidade da interceptação telefônica realizada.

Não se conhece o *writ* quando tiver por base a mesma causa *petendi* de impetração anterior, assim recomendando a administração da justiça para evitar que a

reiteração constante da postulação crie instabilidade permanente nos julgamentos. *In casu*, tendo as custódias preventivas dos pacientes sido analisadas nos *habeas corpus* n° 0081209-32.2012.8.06.0000 e n° 0081207-62.2012.8.06.0000, não há que se conhecer do *writ* nesse ponto.

Segue adiante, a íntegra das ementas dos referidos julgados, senão vejamos:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS. PACIENTE FORAGIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Paciente acusado do cometimento de crime de tráfico de drogas e associação ao tráfico de drogas, alegando a ausência dos motivos autorizadores do decreto preventivo.

2. *In casu*, reputa-se devidamente fundamentada a ordem de segregação do acusado sob o enfoque de que o mesmo integra grupo criminoso sediado no Município de Pedra Branca/CE, onde se investiga o cometimento de crimes de tráfico e associação ao tráfico de drogas, homicídio, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e roubo, estando devidamente justificada a necessidade de garantia da ordem pública.

3. Ademais, apesar das alegativas do impetrante de que o paciente foi preso no dia 08.11.2012, constam informações da autoridade coatora de que o mandado prisional não fora cumprido, o que aduz a necessidade de manutenção da ordem prisional para garantia da instrução criminal e da aplicação da lei penal, inexistindo a possibilidade de concessão da ordem de ofício pelo excesso de prazo na oferta da peça denunciatória. Súmula n° 02 do TJ-CE. Precedentes.

4. Por outro lado, como é entendimento jurisprudencial, inclusive desta Corte, a simples alegativa de condições pessoais favoráveis ao paciente não impõe o direito subjetivo à liberdade.

5. Constrangimento ilegal que não se configura.

(Habeas Corpus n° 0081209-32.2012.8.06.0000 - Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal - Relator: Des. Paulo Camelo Timbó - Data do Julgamento: 26.02.2012)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO DE DIVERSOS ILÍCITOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. EXCESSO DE PRAZO. PACIENTE PRESO DESDE 08.11.2012. INEXISTÊNCIA DE DENÚNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA E CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Paciente preso preventivamente no dia 08.11.2012, investigado juntamente com outros indiciados pelo cometimento de diversos ilícitos, sendo aduzida a ilegalidade da prisão devido à ausência dos pressupostos que a autorizam.

2. Sobre o decreto prisional, reputa-se devidamente fundamentado a ordem

de segregação do acusado sob o enfoque de que o mesmo integrava grupo criminoso sediado no Município de Pedra Branca/CE, onde se investiga o cometimento de crimes de tráfico e associação ao tráfico de drogas, homicídio, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e roubo, o que denota a necessidade de garantia da ordem pública.

3. Entretanto, evidenciado o manifesto constrangimento ilegal, estando o paciente privado de sua liberdade, o juiz ou tribunal deve agir de ofício (art. 654, § 2º, do CPP), concedendo a ordem, excepcionando o entendimento acima citado.

4. *In casu*, observa-se a patente ilegalidade da manutenção do encarceramento devido o excesso de prazo para oferecimento da peça delatatória, haja vista que o paciente foi preso no dia 08.11.2012, entretanto, ainda não foi apresentada a denúncia por parte do órgão acusador, o que torna ilegal a manutenção do encarceramento. Precedentes.

5. Diante da vigência da Lei nº 12.403/2011, determino a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal.

6. *Writ* não conhecido, contudo, de ofício, concedo a ordem de soltura diante da configuração de excesso de prazo para oferecimento da peça delatatória, devendo ser cumpridas as medidas cautelares impostas.

(Habeas Corpus nº 0081207-62.2012.8.06.0000 - Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal - Relator: Des. Paulo Camelo Timbó - Data do Julgamento: 29.01.2013)

Por tal razão, não conheço do pleito em relação à análise da custódia preventiva dos pacientes.

Sobre a alegativa de ferimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa diante da ausência de disponibilização do pedido de interceptação telefônica e quebra de sigilo telefônico, a mesma não restou demonstrada nos autos, haja vista a inexistência de documento hábil a comprová-la, devendo ser destacado que, conforme dispõe a Súmula Vinculante nº 14, são garantidos ao defensor, no interesse do representado, apenas os elementos de provas já documentados em procedimento investigatório e não aqueles que ainda estão sob o prisma da investigação e sem materialização.

Adiante segue o teor da referida súmula:

STF - Súmula Vinculante nº 14 - É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Ademais, conforme dispõe a jurisprudência pátria “*o exercício do contraditório sobre as provas obtidas em razão de interceptação telefônica judicialmente autorizada é diferido para a ação penal porventura deflagrada, já que a sua natureza cautelar não é compatível com o prévio conhecimento do agente que é alvo da medida*”,

senão vejamos:

EMENTA: CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVA EMPRESTADA COLHIDA SEM A PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE. INOCORRÊNCIA. ELEMENTO PROBATÓRIO COLHIDO POR FORÇA DE MEDIDA CAUTELAR. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. ÉDITO REPRESSIVO MOTIVADO EM OUTRAS PROVAS PRODUZIDOS NOS AUTOS. CONJUNTO PROBATÓRIO IDÔNEO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. No caso em apreço, apesar de a prisão em flagrante do paciente haver se originado de interceptações telefônicas autorizadas no curso de inquérito policial em curso em outra comarca, não há dúvidas de que as transcrições das gravações de suas conversas foram anexadas aos autos e, portanto, disponibilizadas às partes para que pudessem impugná-las e sobre elas exercer o contraditório.

2. O exercício do contraditório sobre as provas obtidas em razão de interceptação telefônica judicialmente autorizada é diferido para a ação penal porventura deflagrada, já que a sua natureza cautelar não é compatível com o prévio conhecimento do agente que é alvo da medida.

3. Ainda que assim não fosse, tais provas não foram as únicas utilizadas pelo magistrado singular para fundamentar o édito repressivo, uma vez que, como bem destacado pela magistrada sentenciante, “a interceptação telefônica não se constitui prova única, mas foi corroborada pelas demais, em especial, pela apreensão da droga e pela prova oral”.

4.. Desse modo, garantindo-se às partes o acesso à interceptação telefônica obtida por empréstimo de inquérito policial em curso na comarca de São Bernardo, e não tendo o togado sentenciante e a Corte Estadual se fundado apenas em tais elementos de convicção para motivar a condenação proferida contra a paciente, não há que se falar em utilização de prova não sujeita ao crivo do contraditório.

(HC 171.453/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 19/02/2013)

Acerca da nulidade da decisão que deferiu a interceptação telefônica devido à incompetência do impetrado para determiná-la, deve ser destacado que o mero fato de 01 (um) dos indiciados encontrar-se preso em Comarca diversa, cumprindo pena em estabelecimento prisional, não retira do magistrado dotado de jurisdicionalização a competência para determinar aludida interceptação quando o ilícito aconteceu em território de sua jurisdição, como é o caso dos autos onde se apura das investigações que os 02 (dois) grupos criminosos atuam no Município de Pedra Branca/CE.

Sobre o tema colaciono o seguinte julgado:

EMENTA: TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006). ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS. AUTORIZAÇÃO POR JUIZ INCOMPETENTE. ESCUTAS DEFERIDAS NO CURSO DE INQUÉRITO POLICIAL EM TRÂMITE EM OUTRA COMARCA.

CONVERSAS DO PACIENTE MONITORADAS DURANTE A REALIZAÇÃO DA MEDIDA. POSTERIOR PRISÃO EM FLAGRANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Nos termos do artigo 1º da Lei 9.296/1996, a competência para deferir a interceptação telefônica no curso do inquérito policial é do juiz competente para a ação principal.

2. Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual a competência para autorizar a interceptação telefônica no curso das investigações deve ser analisada com cautela, pois pode ser que, inicialmente, o magistrado seja aparentemente competente e apenas no curso das investigações se verifique a sua incompetência.

3. No caso dos autos, mostra-se totalmente improcedente a arguição de incompetência do Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de São Bernardo do Campo/SP para autorizar a interceptação telefônica que culminou com a prisão em flagrante do paciente, pois a quebra de seu sigilo telefônico foi deferida nos autos de inquérito policial que tramitava perante aquele Juízo, sendo certo que somente após o monitoramento se descobriu que as atividades dos envolvidos no tráfico de entorpecentes ultrapassava os limites de São Bernardo do Campo, estendendo-se até a capital do Estado de São Paulo.

(HC 171.453/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 19/02/2013)

Apenas a título de esclarecimento, o mesmo julgado supracitado ensina que os indícios razoáveis da autoria ou participação do acusado em infração penal são suficientes para a instauração de interceptação telefônica, não sendo necessária a anterior instauração de inquérito policial.

EMENTA: INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS SEM INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO. DESNECESSIDADE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. EIVA NÃO CARACTERIZADA.

1. A anterior instauração de inquérito policial não é imprescindível para que seja permitida a interceptação telefônica, bastando que existam indícios razoáveis da autoria ou participação do acusado em infração penal. Precedentes.

2. No caso em tela, da documentação que instrui a impetração, constata-se que apesar do monitoramento telefônico dos investigados haver sido permitido quando ainda não havia inquérito policial contra eles instaurado, durante as apurações o procedimento foi regularmente iniciado, tendo a autoridade policial, durante o seu transcurso, representado pela quebra do sigilo telefônico de vários acusados.

(HC 171.453/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 19/02/2013)

Diante do exposto, em dissonância com o parecer ministerial, CONHEÇO PARCIALMENTE da ordem impetrada, mas para DENEGÁ-LA, tudo em conformidade

com o voto do relator.

É como voto.

Fortaleza, 05 de março de 2013.

PROCESSO N.º: 0081409-39.2012.8.06.0000

HABEAS CORPUS

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DA COMARCA DE QUIXADÁ/
CE

PACIENTE: FRANCISCO EDIVAN FERREIRA DA SILVA

RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PACIENTE PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE DENEGADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1. *In casu*, o paciente permaneceu preso preventivamente durante a instrução criminal, sendo condenado a uma pena de 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado pela prática delitiva de crime tipificado no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal.

2. Reputa-se devidamente fundamentada a decisão que denega o direito de apelar em liberdade fundamentando os motivos ensejadores da segregação cautelar em razão da manutenção dos pressupostos da prisão preventiva, sendo evidenciada a periculosidade do paciente e o risco concreto de reiteração delitiva.

3. Ademais, deve ser enaltecido que o paciente responde a outras 07 (sete) ações penais, todas relativas ao mesmo tipo penal pelo qual restou condenado, motivo pelo qual deve ser resguardada a garantia da ordem pública.

4. É pacífico o entendimento jurisprudencial de que não assiste direito de apelar em liberdade ao réu que permaneceu preso durante a instrução criminal e não apresentou fatos novos capazes de destituir os motivos da segregação preventiva, até então presentes no caso concreto.

5. Ordem conhecida e denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em DENEGAR a ordem impetrada.

Fortaleza, 05 de março de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor do paciente FRANCISCO EDIVAN FERREIRA DA SILVA contra ato do Juízo de Direito da 3ª Vara da Comarca de Quixadá/CE.

Em síntese, alega a impetrante que o paciente foi denunciado pelo cometimento de crime tipificado no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal (furto qualificado mediante escalada ou destreza), sendo condenado a uma pena de 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado e negado o direito de recorrer em liberdade.

Sustenta que inexistem os pressupostos autorizadores da prisão preventiva e elucida a possibilidade de aplicação de regime menos gravoso que o fechado.

Ao final, requer a concessão da ordem para que o paciente possa apelar em liberdade.

Liminar indeferida em 17.12.2012 (fls. 29/30).

Informações apresentadas pela autoridade coatora em 04.02.2013 (fls. 34/36).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em 26.02.2013, opinou pela denegação da ordem (fls. 39/43).

É o breve relatório.

VOTO

Como relatado, cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor do paciente FRANCISCO EDIVAN FERREIRA DA SILVA contra ato do Juízo de Direito da 3ª Vara da Comarca de Quixadá/CE.

Em síntese, alega a impetrante que o paciente foi denunciado pelo cometimento de crime tipificado no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal (furto qualificado mediante escalada ou destreza), sendo condenado a uma pena de 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado e negado o direito de recorrer em liberdade, sendo requerida a concessão da ordem para que o acusado possa aguardar em liberdade o julgamento da ação penal.

Analisando acuradamente a sentença proferida pelo juízo *a quo*, a mesma configura-se idônea e irretocável, estando devidamente fundamentada.

Na ocasião, o magistrado denegou o direito de apelar em liberdade fundamentando os motivos ensejadores da segregação cautelar em razão da manutenção dos pressupostos da prisão preventiva, sendo evidenciada a periculosidade do paciente e o risco concreto de reiteração delitiva, motivo pelo qual deve ser resguardada a garantia da ordem pública.

Adiante, segue o trecho da decisão que denegou ao acusado o direito de apelar em liberdade:

Sentença (fls. 09/14):

Em decorrência de estarem presentes os motivos ponderosos à decretação da custódia preventiva do réu, consubstanciados pelos pressupostos da prisão preventiva (*fumus commissi delicti*), os quais se reencontram relacionados no bojo dessa decisão (materialidade e autoria) e, ainda, a vista da presença de fundamento à reprimenda legal (*periculum libertatis*) o qual se revela pela periculosidade do réu e como forma de garantia da ordem pública, eis que o meio social precisa ser protegido, evitando-se, assim, a reprodução dos fatos criminosos constatados nos presentes fôlios, uma vez que restou comprovada a periculosidade do acusado, DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA DO SENTENCIADO e, em consequência, nego-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Ressalta-se que a jurisprudência é uníssona em autorizar que o magistrado mantenha a segregação quando persistirem os motivos autorizadores da custódia preventiva, assim como quando não advier fato novo capaz de revogar a custódia. Assim, os julgados:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA EM 08.04.07. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONSTRITIVO. DESNECESSIDADE DE NOVA FUNDAMENTAÇÃO. MANUTENÇÃO DO QUADRO FÁTICO. PRECEDENTES DO STJ. AUSÊNCIA DE CÓPIA DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA E DO ACÓRDÃO QUE A CONFIRMOU. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consoante entendimento pacificado nesta Corte Superior, caso persistam os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, desnecessária se torna proceder à nova fundamentação quando da prolação da sentença de pronúncia, mormente quando inexistem fatos novos capazes de promover a soltura do acusado.

2. *In casu*, a ausência de cópia da decisão que decretou a prisão preventiva e do primeiro acórdão do Tribunal Estadual que a confirmou impedem a análise da existência dos pressupostos para a manutenção da custódia cautelar.

3. Como cediço, impetrado HC ou interposto RHC por Advogado regularmente constituído, é seu o ônus de instruir corretamente o pedido.

4. Recurso desprovido, em conformidade com a manifestação ministerial. (RHC 25034/PB, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 5ª-T, j. 18/06/2009, Dje. 03/08/2009). (negritei)

Por outro lado, observo que o paciente permaneceu a instrução criminal encarcerado, o que, a princípio, aduz a necessidade da segregação cautelar. Sobre o assunto, também é uníssona a jurisprudência quanto à denegação do direito de apelar em liberdade ao réu que permaneceu preso durante a instrução criminal. Vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES. 1. PRISÃO EM FLAGRANTE. RÉU PRESO CAUTELARMENTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 2. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, pois a manutenção na prisão constitui um dos efeitos da respectiva condenação.

2. Na espécie, o réu, preso em flagrante, permaneceu custodiado durante toda a instrução criminal, não caracterizando constrangimento ilegal a preservação da sua custódia pela sentença condenatória, mormente porque permanecem hígidos os motivos insertos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

3. As condições pessoais favoráveis não são requisitos bastantes para a concessão de liberdade provisória, e, ademais, no caso dos autos, o paciente não logrou demonstrar ocupação lícita e possuir residência no distrito da culpa.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 207.906/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 07/02/2012)

EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PACIENTE PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS DO ENCARCERAMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Ainda que o paciente apresente condições pessoais favoráveis, permanecendo segregado durante a instrução criminal por força de prisão preventiva, mantida diante dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, não deve ser revogada a custódia cautelar se, após a condenação, não houve alteração fática a ponto de autorizar a devolução do seu *status libertatis*.

2. Não fere o princípio da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição a vedação do direito de apelar em liberdade, se ocorrentes

os pressupostos legalmente exigidos para a preservação do paciente na prisão, consistente, principalmente, na garantia da ordem pública.

3. *Omissis.*

(HC 121.468/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 01/03/2010). (negritei)

Logo, não configura constrangimento ilegal o indeferimento do direito de apelar em liberdade, por ocasião de sentença penal condenatória, se o réu já passou a instrução criminal recolhido e não apresentou fatos novos capazes de destituir os motivos da segregação preventiva, até então presentes no caso concreto.

Ademais, deve ser enaltecido que o sentenciado responde a outras 07 (sete) ações penais, todas relativas ao mesmo tipo penal pelo qual restou condenado, estando justificada a necessidade de manutenção do encarceramento.

Diante do exposto, em consonância com o parecer ministerial, por considerar devidamente fundamentada a decisão que condenou o paciente e negou-lhe o direito de apelar em liberdade, DENEGO a ordem impetrada.

É como voto.

Fortaleza, 05 de março de 2013.

PROCESSO N.º: 0081562-72.2012.8.06.0000

HABEAS CORPUS

IMPETRANTE: FÁBIO RODRIGUES COUTINHO

IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE QUIXADÁ/
CE

PACIENTE: ELINEUDO OLIVEIRA DA SILVA

RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM PÚBLICA AMEAÇADA. MEDIDA CAUTELAR. INADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO. LIMINAR CASSADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Decreto preventivo expedido em desfavor do paciente no dia 11.07.2012, relativo à acusação da prática de crime tipificado no art. 121, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, sendo aduzida a ilegalidade da prisão diante da ausência dos pressupostos da prisão preventiva.

2. *In casu*, verifico que o paciente já ostenta outras 02 (duas) condenações criminais relativas ao crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal) e crime relacionado à antiga Lei do Sistema Nacional de Armas (art. 10, *caput*, da Lei nº 9.437/1997), mas tornou a delinquir, demonstrando desprezo com a vida humana, novamente atentando contra semelhante e com uso de arma de fogo.

3. É idônea a fundamentação que mantém a custódia preventiva do paciente, notadamente pela periculosidade do agente e pelo risco concreto de reiteração delitativa, o que aduzem a necessidade de garantia da ordem pública, sendo necessária a sua segregação cautelar em prol da tutela à sociedade, estando à prisão preventiva em conformidade com o disposto nos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal. Precedentes.

4. No tocante a possibilidade de aplicação de medidas cautelares substitutivas da prisão, observo que as mesmas não se mostram suficientes e adequadas ao caso concreto, haja vista a personalidade criminosa do paciente, sendo beneficiado

com a liberdade, mas tornando a delinquir, desconsiderando a credibilidade da Justiça, sendo necessária a sua segregação cautelar em prol da tutela à sociedade.

5. Ordem conhecida e denegada, revogando-se a liminar anteriormente deferida para manter a fundamentação do magistrado de piso, devendo ser expedido mandado prisional após o trânsito em julgado deste *writ*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em dissonância com o parecer ministerial, em DENEGAR à ordem impetrada, revogando-se a liminar anteriormente deferida para manter a fundamentação do magistrado de piso, devendo ser expedido mandado prisional após o trânsito em julgado deste *writ*.

Fortaleza, 05 de março de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, ajuizado em sede plantão judiciário ocorrido no dia 25.12.2012, configurando como paciente ELINEUDO OLIVEIRA DA SILVA, em face de suposto ato ilegal praticado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Quixadá/CE.

Em síntese, alega o impetrante que o paciente foi denunciado por conduta tipificada no art. 121, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, relativo a fato ocorrido no dia 09.06.2011.

Afirma que o paciente não foi preso em flagrante, tendo se apresentado espontaneamente junto a autoridade policial para prestar esclarecimentos e, após iniciado o processo, colaborado com o mesmo, inclusive apresentando resposta à acusação

Destaca que, apenas por ocasião do recebimento de sua defesa, portanto, sem ensejar nenhum fato novo, foi decreta sua custódia preventiva, estando configurada a ilegalidade da segregação, haja vista que os motivos elencados não são condizentes com os ensinamentos previstos na legislação em vigor, havendo carencia de fundamentação no *decisum* guerreado.

Por fim, requer, liminarmente, a concessão da ordem de soltura em favor do paciente e, no mérito, a confirmação da decisão.

Liminar deferida em 25.12.2012 (fls. 36/42).

Redistribuídos os autos após o recesso natalino os mesmo vieram conclusos

a minha relatoria (fl. 54), ocasião na qual determinei que fossem solicitadas informações do impetrado e vista a Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer (fl. 56).

Informações da autoridade coatora em 22.01.2013 (fls. 58/59), ratificadas em 06.02.2013 (fls. 62/63).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em 20.02.2013, opinou pela concessão da ordem e ratificação da liminar anteriormente deferida (fls. 65/71).

É o breve relatório.

VOTO

Como relatado, cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, ajuizado em sede plantão judiciário ocorrido no dia 25.12.2012, configurando como paciente ELINEUDO OLIVEIRA DA SILVA, em face de suposto ato ilegal praticado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Quixadá/CE.

Em síntese, alega o impetrante que o paciente foi denunciado por conduta tipificada no art. 121, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, relativo a fato ocorrido no dia 09.06.2011, tendo se apresentado espontaneamente, no dia 14.07.2012, junto a autoridade policial para prestar esclarecimentos, posteriormente, decreta sua custódia preventiva.

Na ocasião, aduz a ilegalidade da segregação pelos motivos elencados não serem condizentes com os ensinamentos previstos na legislação em vigor, havendo carencia de fundamentação no *decisum* guerreado.

No caso concreto, verifico que o paciente já ostenta outras 02 (duas) condenações criminais relativas ao crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal) e crime relacionado à antiga Lei do Sistema Nacional de Armas (art. 10, *caput*, da Lei nº 9.437/1997), mas tornou a delinquir, demonstrando desprezo com a vida humana, novamente atentando contra semelhante e com uso de arma de fogo.

Analisando a necessidade da segregação preventiva, a magistrada singular assim destacou:

Decreto preventivo (fls. 21/22)

Na denúncia do Ministério Público, foi solicitada a decretação da prisão preventiva do indiciado ELINEUDO OLIVEIRA SILVA, conforme disposto no art. 312 do CPP, a prisão preventiva será decretada para a garantia da ordem pública, para conveniência da instrução criminal ou para a segurança da aplicação da lei penal, desde que presentes os pressupostos, quais sejam, prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria.

Compulsando os presentes autos, percebe-se que os pressupostos estão fartamente comprovados, em especial, pelo envolvimento de ELINEUDO OLIVEIRA SILVA em outros crimes, conforme certidão de fls. 28/28v. Embora o acusado esteja respondendo a outros processos

em liberdade, continua envolvido em ações delituosas, o que enaltece sua personalidade criminoso. Quanto ao fundamento da presente medida, evidencia-se este como forma de garantir a ordem pública e solidificar a credibilidade da justiça, procurando inibir a prática de outras condutas semelhantes. (...).

Certamente, da forma como os fatos vêm narrados no presente caderno inquisitorial, poderá o indigitado, vir a cometer delitos da mesma natureza se a devida providência não for adotada a tempo. Vê-se, ainda, que a conduta delitiva atribuída ao acusado enquadra-se naquelas descritas no art. 313, I, do CPP, ou seja, crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. Por fim, não vislumbro nenhuma das hipóteses do art. 314, CPP, ou seja, casos de excludente de ilicitude.

Isto posto, determino, nos moldes da denúncia do Ministério Público, a decretação da prisão preventiva do acusado ELINEUDO OLIVEIRA SILVA, tendo em vista a necessidade de garantia da ordem pública e solidificação da credibilidade da justiça, repousando, aos autos do presente inquisitorial, provas da existência de crime e indícios suficientes de autoria, nos termos do art. 312, do CPP.

Logo, observo que o paciente é detentor de periculosidade, propenso a prática de ilicitudes da mesma estirpe, estando à segregação preventiva devidamente fundamentada diante da gravidade e do risco concretos de reiteração delitiva. Sobre o tema colaciono os recentes julgados da Corte Superior:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. **HABEAS CORPUS**. 1. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO DECRETO DE PRISÃO. REITERAÇÃO CRIMINOSA. 2. EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DO FEITO E ANDAMENTO REGULAR DO PROCESSO. NÃO OCORRÊNCIA. 3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A liberdade, não se pode olvidar, é a regra em nosso ordenamento constitucional, somente sendo possível sua mitigação em hipóteses estritamente necessárias. Contudo, a prisão de natureza cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo juiz a sua necessidade, como é o caso dos autos.

2. No caso, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação idônea para a manutenção da prisão cautelar, enfatizando a reiteração criminosa, circunstância essa ensejadora de risco à ordem pública, nos moldes do preconizado no art. 312 do Código de Processo Penal.

3. *Omissis*.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 247.074/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013)

EMENTA: **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO

LEGAL. HOMICÍDIO TENTADO E AMEAÇA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. *Omissis*. 2. *Omissis*. 3. *Omissis*.

4. **A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente está calcada em fatos concretos, tendo em vista a violência e *modus operandi* do paciente na prática criminosa do homicídio tentado, revelando-se indivíduo de periculosidade acentuada e cuja folha de antecedentes criminais evidenciam a necessidade de sua custódia para que se evite a reiteração criminosa.**

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 254.258/MG, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 18/12/2012)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE **HOMICÍDIO QUALIFICADO, CONSUMADO E TENTADO**. TESES DE EXCESSO DE PRAZO E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. **CUSTÓDIA CAUTELAR FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA**. RECURSO PARCIALMENTE PREJUDICADO E DESPROVIDO.

1. *Omissis*.

2. **As instâncias ordinárias, calcadas em elementos concretos, restaram convictas quanto à necessidade da segregação cautelar. O Recorrente é temido na localidade, ostenta maus antecedentes e foi preso em flagrante porque teria praticado homicídio e tentativa de homicídio, ao efetuar vários disparos em praça pública. Vale ressaltar que as vítimas não eram o alvo da ação criminosa, mas sim um menor de idade, com o qual o réu detinha rixa pessoal. Tais circunstâncias justificam a manutenção da custódia para a garantia da ordem pública, dado o risco concreto de reiteração delitiva.** 3. Recurso parcialmente prejudicado e, no restante, desprovido.

(RHC 31.584/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012)

EMENTA: **HABEAS CORPUS** IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

1. **NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.** 2. **HOMICÍDIO. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE - EVIDENCIADA PELO *MODUS OPERANDI* DO CRIME - E REITERAÇÃO DELITIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL PATENTE.** 3. **ORDEM NÃO CONHECIDA.**

1. *Omissis*.

2. **Inexiste ilegalidade manifesta a ser sanada mediante a concessão**

de habeas corpus de ofício, uma vez que a manutenção da segregação provisória está devidamente justificada na necessidade de resguardo da ordem pública, nos termos disciplinados no art. 312 do Código de Processo Penal, evidenciada tanto pela periculosidade concreta do paciente - extraída do *modus operandi* do crime - quanto pela reiteração delitiva.

3. Demonstrada a necessidade concreta da custódia cautelar, a bem do resguardo da ordem pública, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas pela Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e à repressão do crime, razão pela qual são inaplicáveis à hipótese em análise.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 256.957/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. **HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO.**

1. Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito em tese praticado e da periculosidade do agente, bem demonstradas pelo *modus operandi* empregado.

2. Verifica-se a necessidade da custódia antecipada do recorrente, ainda, para fazer cessar a reiteração criminosa, pois consta dos autos que ele responde a outro processo pelo crime de tentativa de homicídio, circunstância que revela a sua propensão a atividades ilícitas, demonstra a sua periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.

3. *Omissis*. 4. *Omissis*.

5. Recurso improvido.

(RHC 32.773/PA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 13/12/2012)

Logo, o fato de o paciente encontrar-se em liberdade e desconsiderar a credibilidade da Justiça denota a necessidade de garantia da ordem pública, sendo necessária a sua segregação cautelar em prol da tutela à sociedade.

Na mesma vertente de que a periculosidade e o risco concreto de reiteração ao crime justificam sua segregação cautelar, esta Egrégia 1ª Câmara Criminal, à unanimidade, em julgado de minha relatoria, assim já se decidiu:

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO MAJORADO. QUADRILHA OU BANDO ARMADO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA DO PACIENTE. ORDEM PÚBLICA AMEAÇADA. MEDIDA CAUTELAR. INADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Paciente preso temporariamente em 08.06.2012, tendo a prisão temporária sido convertida em preventiva no dia 07.07.2012, acusado do cometimento dos crimes capitulados no art. 159, §1º e art. 288, parágrafo único, ambos do Código Penal.

2. **É idônea a fundamentação que mantém a custódia preventiva do paciente, notadamente pela periculosidade do agente e pelo risco concreto de reiteração delitiva, o que aduzem a necessidade de garantia da ordem pública, sendo necessária a sua segregação cautelar em prol da tutela à sociedade, estando à prisão preventiva em conformidade com o disposto nos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal.**

3. **No tocante a possibilidade de aplicação de medidas cautelares substitutivas da prisão, observo que as mesmas não se mostram suficientes e adequadas ao caso concreto, haja vista que o paciente possui condenação de 06 (seis) anos de reclusão por crime de tráfico de drogas e diversas outras ações penais ainda em curso, sendo beneficiado com a liberdade provisória e tornando a delinquir.**

4. Constrangimento ilegal que não se configura.

5. Ordem denegada.

(Habeas corpus nº 0131738-55.2012.8.06.0000 - Relator: Paulo Camelo Timbó - Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal - Julgado em 27.11.2012)

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal se posiciona:

Como já decidiu esta Corte, **‘a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos’** (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 03.06.2005). **Nessa linha, deve-se considerar também o ‘perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação’.** (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 17.05.2007). (HC 106.788, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31-5-2011, Segunda Turma, DJE de 4-8-2011) (negritei)

É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. **Já no que toca à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente.** Não propriamente da culpabilidade. Pelo que o *quantum* da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que

pode colocar em risco o meio social quanto à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública).

(HC 96.212, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 16-6-2010, Primeira Turma, DJE de 6-8-2010). (negritei)

Assim, resta presente o requisito ensejador da prisão cautelar, qual seja, a necessidade de garantia da ordem pública, aliada aos indícios de autoria e materialidade do crime, devidamente amparados nos fatos concretos extraídos dos fólios processuais.

No tocante a possibilidade de aplicação de medidas cautelares substitutivas da prisão, observo que as mesmas não se mostram suficientes e adequadas ao caso concreto, haja vista a personalidade criminoso do paciente, sendo beneficiado com a liberdade, mas tornando a delinquir, desconsiderando a credibilidade da Justiça, sendo necessária a sua segregação cautelar em prol da tutela à sociedade, razão pela qual a prisão preventiva encontra-se em conformidade com o disposto nos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, em dissonância com o parecer ministerial, não vislumbro constrangimento ilegal, uma vez que a prisão está justificada e a decisão devidamente fundamentada, motivo pelo qual DENEGO a ordem impetrada, devendo ser revogada a liminar anteriormente deferida e mantida a fundamentação do magistrado de piso, devendo ser expedido mandado prisional após o trânsito em julgado deste *writ*.

É como voto.

Fortaleza, 05 de março de 2013.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

R.S.E. Nº: 207-56.2005.8.06.0074/1 - VARA ÚNICA DA COMARCA DE CRUZ/CE
RECORRENTE: MANOEL MARCELO ARAÚJO
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª. CÂMARA CRIMINAL
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - PRONÚNCIA - IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA BUSCANDO A DESPRONÚNCIA – VIABILIDADE – INDÍCIOS DE AUTORIA FRÁGEIS E INSUFICIENTES PARA SUBMETER O RÉU A JULGAMENTO POPULAR PERANTE O CONSELHO DE SENTENÇA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

I - O Estatuto Processual Penal autoriza a pronúncia quando provada a materialidade do fato e presentes indícios suficientes de autoria ou participação delitiva (art. 413).

II - Nesta fase, embora não se faça necessária a certeza acerca da autoria, é imprescindível a existência de indícios idôneos, sérios, fortes e convincentes que justifiquem a viabilidade da acusação.

III - Na espécie, a materialidade delitiva é incontroversa. Todavia, os indícios de autoria são frágeis, existindo contra o recorrente apenas depoimentos de “ouvir dizer”, suposições, insuficientes para justificar, de maneira satisfatória, o decreto de pronúncia.

IV - Ausentes, portanto, indícios concretos e palpáveis da autoria delitiva, a despronúncia é medida que se impõe.

V - Destaca-se, ainda, que a impronúncia não encerra um juízo definitivo quanto à improcedência da pretensão punitiva estatal, vez que, não estar acobertada pela coisa julgada material, admitindo-se a deflagração de nova ação penal, enquanto não extinta a punibilidade (Art. 414, parágrafo único, CPP).

RECURSO PROVIDO - DECISÃO REFORMADA – IMPRONÚNCIA IMPOSTA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª. Câmara Criminal desta Egrégia Corte, à unanimidade, conhecer do recurso, dando-lhe provimento, para IMPRONUNCIAR o réu, nos termos do voto do eminente relator.

Fortaleza/Ce., 29 / 5 /2012.

I -Relatório :

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito manejado por MANOEL MARCELO DE ARAÚJO, inconformado com a decisão que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incs II e IV, do Código Penal Brasileiro, submetendo-o a julgamento perante o Tribunal do Júri, por ter, segundo a acusação, no dia 1º.11.1998, por volta das 18h30min, na localidade de Tucuns, Cidade de Cruz/Ce., utilizando-se de instrumento pérfuro-cortundente (revólver), assassinado Marcelo Magalhães de Sousa.

Nas razões (fls. 287/290), busca a impronúncia, alegando, em síntese, insuficiência de prova da autoria delitiva.

Contrarrazoando, o MP pugnou pela confirmação do édito hostilizado (fls. 299/300).

Decisão mantida (fl. 301), ascenderam os autos.

Nesta Corte, a nobre Procuradora Geral de Justiça, opinou pelo provimento do recurso (fls.306/309).

Feito que independe de revisão (art. 34, § 3º, RITJCE).

É o relatório.

II – Voto :

Cabível e tempestiva, conheço da irresignação.

Insurge-se o réu contra a decisão que o pronunciou nas tenazes do art. 121, § 2º, incs. II e IV, CP, pretendendo a impronúncia, sob o argumento de inexistência de indícios suficientes de autoria no crime que lhe é imputado.

A meu sentir, razão lhe assiste.

O Estatuto Processual Penal autoriza a pronúncia quando provada a materialidade do fato e presentes indícios suficientes de autoria ou participação delitiva (art. 413).

É certo que, nesta fase, embora não se faça necessária a certeza acerca da autoria, é imprescindível a existência de indícios idôneos, sérios, fortes e convincentes que justifiquem a viabilidade da acusação.

O saudoso Evandro Lins e Silva, ensinava, com maestria:

“[...] o Código de Processo Penal só autoriza a pronúncia quando há indícios suficientes: o adjetivo não está aí colocado por mero capricho ou por enfeite de redação do legislador. Suficiente, segundo o Aurélio, é aquilo que satisfaz, que é bastante, que é apto ou capaz, no caso de condenar.”
(In, Sentença de Pronúncia, artigo publicado no Boletim IBCCRIM nº 100 – Março/2001).

Na espécie, a materialidade delitiva é incontroversa, comprovada pelo Auto de Exame Cadavérico (fl.06) e Declaração de Óbito (fl. 07).

Todavia, entendo que os indícios existentes são frágeis e insuficientes para submeter o recorrente a julgamento perante os juízes leigos.

O acusado, nas duas oportunidades em que foi ouvido, negou veementemente a prática do crime (fls. 14/15 e 146/148).

As testemunhas ouvidas durante a instrução criminal não presenciaram os fatos narrados na peça inaugural acusatória. Com efeito, se limitaram a afirmar que “por ouvir dizer”, tomaram conhecimento que o acusado teria assassinado a vítima, por engano, pois, a confundiu com a pessoa de nome José Rogério, com quem havia discutido anteriormente. Vejamos:

[...] que o declarante não estava presente no local do fato; que ouviu falar do fato através de uma cunhada que comunicou pelo telefone que o pai do acusado teria dito que seu filho havia matado o filho do declarante por haver confundido com outra pessoa; que acha que o acusado confundiu a vítima com José Rogério; que o declarante acha que não ouve (sic) quem visse o fato” ... [...] que o declarante acha que José Rogério não é parecido fisicamente com a vítima, mas ouviu falar que a vítima foi confundida porque vestia uma camisa igual a de José Rogério; [...] (José Arteiro da Silveira, pai da vítima, fls. 83/84).

[...] que não sabe dizer se o acusado estava com seu amigo na hora do fato; que depois o depoente ouviu falar que o acusado havia matado a vítima de pau, mas quando viu a quantidade de sangue no local o depoente sabia que não havia sido matado de pau; [...] que o depoente acha que o acusado foi confundido, porque ouviu falar que a vítima estava com uma blusa igual a sua; [...]” (José Rogério da Silveira, fls. 85/86).

[...] que depois o depoente ouviu falar que o acusado havia jurado de morte o Rogério; [...] que o depoente não encontrou com a vítima no dia do fato; que não sabe dizer se o acusado confundiu a vítima como sendo Rogério; [...]”
(José Maria da Silveira – fl. 87).

Em que pese a afirmação da testemunha Luiz Carlos de Araújo (fls. 88/89) de que o acusado chegou em seu bar, armado, com um revólver, tal assertiva, por si só, não é suficiente para suspeitar que o mesmo teria praticado o crime. Até porque, segundo palavras da testemunha, o acusado ali chegou “*por volta de 7:30 horas da*

noite”. A arma ficou guardada no estabelecimento comercial, somente sendo devolvida ao acusado “*por volta das 9:30 horas da noite*”. Entretanto, consta do auto de exame cadavérico que o corpo da vítima deu entrada no hospital de Cruz, às 19:35h.

De fato, como dito alhures, tudo o que existe contra o recorrente são depoimentos de “ouvir dizer”, suposições, insuficientes para justificar, de maneira satisfatória, o decreto de pronúncia.

Destarte, ausentes indícios concretos e palpáveis que possam ser imputado ao recorrente, sua submissão a julgamento popular perante o Tribunal do Júri mostra-se inviável, impondo-se a despronúncia.

A propósito, vejamos o entendimento jurisprudencial:

[...] A sentença de pronúncia deve demonstrar, no conjunto probatório emanado dos autos, indício suficiente da autoria imputada aos acusados, não podendo valer-se de mera presunção, suposição ou especulação, sentimentos estranhos ao caderno processual. A ausência de indício da autoria ou participação dos recorrentes no fato criminoso narrado na denúncia autoriza a impronúncia dos mesmos. [...].
(TJPE – 4ª. CÂMARA CRIMINAL - RSE nº 0004224-50.2011.8.17.0000, Rel. Des. Alexandre Guedes Alcoforado Assuncao, j. 24/01/2012)

EMENTA: RECURSO APELATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPRONÚNCIA MANTIDA.

1. Para a pronúncia, há de se ter como certa a existência do crime e provável a autoria imputada ao acusado. Se os indícios de autoria levam apenas à possibilidade, isto é, não passam de conjecturas, a impronúncia se impõe.

2. Recurso conhecido e improvido.

(TJCE – 2a. Câmara Criminal – Apelação n. 3393895201080600000 – Rel. Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo, j. 17.06.2011).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SÉRIOS DE AUTORIA - IMPRONÚNCIA.

1. Inexistindo indícios sérios de autoria, impõe-se a manutenção da r. sentença que impronunciou o agente, pois, ainda que a pronúncia seja um mero juízo de admissibilidade da acusação, o juiz não pode, pura e simplesmente, lavar as mãos e remeter a ‘quaestio’ ao Tribunal do Júri, eis que para a sua prolação não basta apenas a prova incontroversa da materialidade, necessita-se também de indícios suficientes da autoria.

2. Recurso ministerial improvido.

(TJMG - 3a. CÂMARA CRIMINAL – APELAÇÃO N. 1.0105.07.222366-9 – Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, j. 25.05.2010)

EMENTA: HOMICÍDIO SIMPLES. Pronúncia. Prova da materialidade delitiva. Indícios de autoria insuficientes. Para a pronúncia há necessidade de indícios sérios e veementes, não bastando mera suspeita ou possibilidade de autoria. Recurso acolhido para impronunciar o acusado.

(TJSP – 5a. CÂMARA CRIMINAL – RSE N. 0058144-19.2000.8.26.0405,

Rel. Des. Tristão Ribeiro, j. 13.11.2008)

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO HOMICÍDIO - IMPRONÚNCIA - PLEITO MINISTERIAL PARA QUE O ACUSADO SEJA PRONUNCIADO E SUBMETIDO A JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI - IMPOSSIBILIDADE - ELEMENTOS INDICIÁRIOS INSUFICIENTES DE AUTORIA DO CRIME - EXIGÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO IDÔNEO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Em que pese a materialidade delitiva encontrar-se devidamente demonstrada, não vislumbra-se a presença de elementos indiciários suficientes de autoria aptos a autorizar uma sentença de pronúncia.

2. É cediço que a pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação, entretanto, a lei exige que para tal desiderato, os indícios de autoria sejam idôneos e convincentes. Simples informação frágil e duvidosa não basta para a prolação da referida decisão interlocutória.

3. Imperiosa, portanto, a manutenção da decisão monocrática e a impronúncia do acusado, com fulcro no artigo 409 do Código de Processo Penal.

4. Recurso conhecido e improvido.

(TJES – 2a. CÂMARA CRIMINAL – RSE n. 48060084158, Rel. Des. JOSÉ LUIZ BARRETO VIVAS, j. 12/03/2008).

Demais disso, vale ressaltar, que a impronúncia não encerra um juízo definitivo quanto à improcedência da pretensão punitiva estatal, vez que, não estar acobertada pela coisa julgada material, admitindo-se a deflagração de nova ação penal, enquanto não extinta a punibilidade (Art. 414, parágrafo único, CPP).

II – DISPOSITIVO :

Diante do exposto, em consonância com o bem lançado parecer da douta Procuradora de Justiça, provejo o recurso para despronunciar o réu Manoel Marcelo Araújo.

É como voto.

Fortaleza-Ce., 29 / 5 /2012.

PROCESSO: 0002355-87.2013.8.06.0000 – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
RECORRENTES: LADISLAU PEREIRA DA SILVA E JOSEMÁRIO LEITE DA COSTA

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. PRETENSÃO DE “IMPRONÚNCIA”. IMPROVIMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LEI PARA SUBMISSÃO DO ACUSADO A JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI.

A decisão de pronúncia deve comportar, basicamente, o juízo de admissibilidade da acusação, adstrito à existência de prova da materialidade do ilícito e suficientes indícios de autoria. As dúvidas existentes acerca do crime devem ser resolvidas *pro societate*, para que não seja violado o comando constitucional de submissão do julgamento pelo Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso crime em sentido estrito, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 19 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Crime em Sentido Estrito, interposto em favor dos pronunciados identificados à epígrafe, inconformados com a decisão que os pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, da Lei Substantiva Penal.

Pretendem os recorrentes as suas despronúncias sob o argumento de ausência de provas sobre a autoria dos fatos narrados nos autos.

Rechaçando os argumentos defensivos, manifesta-se o órgão ministerial oficiante no juízo de origem, pelo improvimento do recurso.

Consta do caderno processual decisão da autoridade processante, em que mantém as pronúncias e determina a subida dos autos a este Egrégio Tribunal de Justiça.

Parecer da PGJ pela manutenção das pronúncias em sua integralidade.

É o relatório.

Peço data para julgamento.

VOTO

Recursos tempestivos, cabíveis e regularmente processados, razão pela qual deles conheço.

Insurgem-se os recorrentes contra decisão de fls. 835/842, que os pronunciou como incurso nas penas do art. 121, § 2º, II e IV, da Lei Substantiva Penal.

Alegam que não há provas suficientes das autorias, motivo pelo qual entendem que devem ser impronunciados.

O pleito não merece acolhida.

A decisão sob enfoque há de ser confirmada, isso porque o magistrado singular agiu nos precisos termos da lei ao pronunciar o acusado nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal Brasileiro.

É sabido que a pronúncia deve comportar, basicamente, o juízo de admissibilidade da acusação, adstrito à existência de prova da materialidade do ilícito e suficientes indícios da autoria. Nesse sentido, em face da doutrina e da jurisprudência, deve ser evitado o exame aprofundado da prova, com objetivo de não contaminar o convencimento dos juízes naturais da causa.

Frederico Marques leciona **in** ‘Elementos de Direito Processual Penal’ - vol. III, p.177, “que o magistrado que prola a sentença de pronúncia deve exarar a sua decisão em termos sóbrios e comedidos, a fim de não exercer qualquer influência no ânimo dos jurados.”

No caso dos autos, perquirindo-se os elementos para a prolação da decisão de pronúncia, vale dizer, a existência do crime e indícios de autoria, verifica-se acertada a decisão do juízo singular que admitiu a acusação em face dos recorrentes, declarando a necessidade de submetê-lo a julgamento perante o Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida (CF, art. 5º, XXXVII).

Isto porque a materialidade do crime de homicídio encontra-se comprovada pelo auto de exame cadavérico fl. 10, e os indícios de autoria, delineados pelos testemunhos colhidos durante o sumário de culpa.

Sendo, assim, um mero juízo declaratório e provisório sobre a admissibilidade da acusação, a decisão de pronúncia, no tocante à autoria, “não necessita chegar à formação de um convencimento absoluto, devendo ficar, no tocante à explicação, limitado à apresentação de dados que representem indícios de ser o acusado

o autor dos fatos descritos pela inicial, dados que justifiquem a possibilidade de ser a autoria reconhecida pelos jurados”.

Há que se anotar que a jurisprudência dos tribunais pátrios já é pacífica e unânime no sentido de que a pronúncia exige apenas um juízo de certeza quanto à materialidade do crime e indícios suficientes de que o acusado seja o autor do fato criminoso, sem excluir, evidentemente, a possibilidade de dúvida, uma vez que existindo dúvida no que tange à autoria criminosa deve esta ser dirimida em favor da sociedade, em obséquio ao princípio do *in dubio pro societate*.

Ora, se para a pronúncia é suficiente a presença de indícios de autoria e da materialidade, devendo qualquer dúvida ser dirimida pelo juiz natural competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, correta foi a decisão do juiz *a quo*.

Sobre a matéria, tem-se posicionado o STF:

“EMENTA PENAL. PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO DOS CRIMES DA COMPETÊNCIA DO JÚRI. *IDICIUM ACUSATIONIS*. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. JUÍZO COMPETENTE PARA JULGAR OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE.

1. No procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, a decisão judicial proferida ao fim da fase de instrução deve estar fundada no exame das provas presentes nos autos.

2. Para a prolação da sentença de pronúncia, não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza a respeito da autoria do crime. Exige-se prova da materialidade do delito, mas basta, nos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal, que haja indícios de sua autoria.

3. A aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, pautada nesse juízo de probabilidade da autoria, destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri.

4. Considerando, portanto, que a sentença de pronúncia submete a causa ao seu Juiz natural e pressupõe, necessariamente, a valoração dos elementos de prova dos autos, não há como sustentar que o aforismo *in dubio pro societate* consubstancie violação do princípio da presunção de inocência.

5. A ofensa que se alega aos artigos 5º, incisos XXXV e LIV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal (princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da motivação das decisões judiciais) se existisse, seria reflexa ou indireta e, por isso, não tem passagem no recurso extraordinário.

6. A alegação de que a prova testemunhal teria sido cooptada pela assistência da acusação esbarra na Súmula nº 279/STF.

7. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

(RE 540999 / SP. Relator(a): Min. MENEZES DIREITO. Julgado em 22/04/2008. 1ª Turma. Publicação. DJ-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-06 PP-01139).

Isso posto, voto no sentido de tomar conhecimento dos recursos, mas

negar-lhes provimento em consonância com o parecer da douta Procuradoria de Justiça.

Fortaleza, 19 de agosto de 2013.

PROCESSO Nº 0003644-05.2011.8.06.0104
TIPO DE PROCESSO: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
COMARCA: ITAREMA
RECORRENTE: GUILHERME ANDRÉ ESTEVES DE MORAES
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATOR: DES. FRANCISCO GOMES DE MOURA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO OBJETIVANDO A IMPRONÚNCIA OU A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. NEGATIVA DE AUTORIA E ENVOLVIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE COMPROVADA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO DO RÉU NO FATO CRIMINOSO. AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS E IRREFUTÁVEIS QUE PERMITAM O ACOLHIMENTO DA TESE DEFENSIVA. EXAME MERITÓRIO. ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Insurgência defensiva contra decisão que pronunciou o recorrente nas sanções do art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal Brasileiro, objetivando a impronúncia ou absolvição sumária sob o argumento de ausência de provas aptas a justificar a submissão do acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

Para o decreto de pronúncia basta que o magistrado se convença da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes da autoria ou participação no delito, não se exigindo certeza, esta indispensável apenas para a condenação. Lado outro, a impronúncia somente é possível quando claramente demonstrada a inexistência do crime ou quando ausentes indícios veementes de autoria ou de participação (art. 414, CPP). Na espécie, há depoimentos apontando o recorrente como partícipe do crime de homicídio.

Destarte, a negativa de autoria ou envolvimento do recorrente não exsurtiu forte o suficiente para afastar e inviabilizar o contexto acusatório, descabendo, portanto, se falar em impronúncia ou absolvição sumária.

Recurso conhecido, mas improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por GUILHERME ANDRÉ ESTEVES DE MORAES, em face da sentença de f. 621/624, por meio da qual a MM. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Itarema pronunciou o acusado como incurso nas sanções previstas no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal Brasileiro.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, no dia 15 de junho de 2011, por volta das 07h50min, na Vila Dimas, Município de Itarema/CE, os acusados Guilherme André Esteves de Moraes e Walisson de Oliveira Paulino, agindo em unidade de desígnios, se dirigiram à casa da vítima José dos Santos Rodrigues, sendo que este se encontrava dormindo em uma rede. Lá chegando, o segundo denunciado vai na direção da rede da vítima, onde a mesma se encontrava deitada, e efetua um disparo de arma de fogo em sua cabeça, sem lhe possibilitar qualquer chance de defesa, ceifando-lhe a vida, enquanto o primeiro denunciado teria ficado em pé com pedras na mão resguardando a ação delituosa. Após o crime, os denunciados fugiram em duas motocicletas para lado opostos.

Consta, ademais, que o *modus operandi* do delito denota a utilização de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, eis que, além de se encontrarem em superioridade numérica, o segundo acusado disparou um tiro de arma de fogo contra a vítima quando esta se encontrava dormindo em uma rede no local dos fatos.

A denúncia foi recebida em 16 de agosto de 2011 (f. 498/499).

Designada a audiência de instrução e julgamento (f. 160/162), foram oitivadas as testemunhas de acusação e de defesa, bem como interrogados os réus (fls. 621/624).

O Ministério Público e defesa dos acriminados apresentaram alegações finais orais às fls. 621/624.

Ao final da audiência de instrução e julgamento, com fundamento no art. 413 do Código de Processo Penal, foi exarada a decisão de pronúncia, restando os acusados pronunciados como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal.

Inconformada, a defesa recorreu, pretendendo, em síntese, a impronúncia do acusado, nos termos do parágrafo único do art. 414 do CPP ou mesmo sua absolvição sumária, com base no art. 415, IV, do Código de Processo Penal, sob o argumento de que ausentes nos autos indícios suficientes de sua participação na prática do delito (fls. 631/640).

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo desprovimento do recurso com a manutenção da sentença recorrida (f. 649/652).

Em juízo de retratação, a decisão objurgada foi mantida pela d. magistrada *a quo* (f. 697/698).

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso (f. 700/707).

É o relatório.
Feito que independe de revisão.
Peço dia para julgamento.

VOTO

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Não tendo sido arguidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

Insurge-se o réu contra a sentença que o pronunciou como incurso nas tenazes do art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal Brasileiro, pretendendo a impronúncia ou absolvição sumária ante a ausência de indícios suficientes de autoria ou participação no delito, referindo-se a existência de contradições nos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação.

Razão não lhe assiste, todavia.

Reportando-me à decisão recorrida, verifico a sua pertinência e a sua adequação, na medida em que, de forma minuciosa e irreparável, cuidou de averiguar o conjunto probatório e, dentro dos preceitos legais, considerou ponto pacífico e indubitosa a materialidade do fato (laudo pericial de fls. 72/81) e os indícios suficientes de autoria (prova testemunhal), assim como a possibilidade de incidência da qualificadora do inciso IV, § 2º, do art. 121, do Código Penal, em coerência com os fatos narrados na peça delatória e, ainda, evidenciados ao longo da instrução criminal.

Inicialmente, cumpre-nos enfatizar que a sentença de pronúncia deve trazer em sua fundamentação apenas um juízo de admissibilidade da acusação, pela constatação, no caso concreto, da existência do crime e indícios suficientes de autoria, não podendo o julgador nesta fase realizar exame aprofundado sobre a prova coligida aos autos e eventuais teses levantadas pela defesa, devendo para tanto agir com total prudência, exigência essa que se impõe para evitar que sua decisão venha influir diretamente no ânimo do Conselho de Jurados, a quem compete, segundo o texto Constitucional (art.5º, XXXVIII), o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Nesse sentido, o ensinamento de Eugênio Pacelli de Oliveira:

“Pronuncia-se alguém, quando, ao exame do material probatório levado aos autos, pode-se verificar a demonstração da provável existência de um crime doloso contra a vida, bem como da respectiva e suposta autoria. Na decisão de pronúncia, o que o juiz afirma, com efeito, é a existência de provas no sentido da materialidade e da autoria. Em relação à materialidade, a prova há de ser segura quanto ao fato. Já em relação à autoria, bastará a presença de elementos indicativos, devendo o juiz, tanto quanto possível, abster-se de revelar um convencimento absoluto quanto a ela. É preciso considerar que a decisão de pronúncia somente deve revelar um juízo de probabilidade

e não o de certeza.”

(Curso de Processo Penal, Ed. Lumen Juris, 14ª ed. 2011, p. 653-654).

Entretanto, a impronúncia somente é possível quando claramente demonstrada a inexistência do crime ou quando ausente indício veemente de autoria ou de envolvimento, segundo melhor inteligência do art. 414 do Código de Processo Penal.

Sobre a decisão de impronúncia nos ensina Nestor Távora e Rosmar Rodrigues em sua obra Curso de Direito Processual Penal:

“A regra que vigora na fase do encerramento da primeira etapa do rito escalonado do júri é o *in dubio pro societate*, segundo entendimento correto. A impronúncia deve ter lugar em situações excepcionais. O juiz deve zelar para que não seja afastada a competência constitucional dos jurados”.

(ALENCAR, Rosmar Rodrigues. TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 7 ed. Salvador: Jus Podvm, 2012)

A propósito, oportuno conferir o entendimento jurisprudencial:

“(…) Apenas é possível a impronúncia do réu quando claramente demonstrada a inexistência do delito ou quando ausente qualquer indício de autoria delitiva”.

(STJ - 5ª. TURMA - HC N.74.730 - RJ, Rel. Min. Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJMG, j. 04.10.2007).

Na espécie, a materialidade é incontroversa, estando evidenciada pelo laudo pericial de fls. 434/440 e o auto de exame de corpo de delito (cadavérico) acostado às fls. 442/444, não constituindo objeto do presente recurso.

Inobstante a negativa de participação do recorrente nas duas oportunidades em que fora ouvido (fase inquisitorial e durante a instrução criminal), sustentando que estava na porta da casa da vítima apenas esperando o corréu, Walisson de Oliveira Paulino, a fim de receber o valor de R\$ 5,00 (cinco reais), das provas acostadas aos autos emergem indícios suficientes de autoria e participação dele nos eventos criminosos. Confira-se:

Em seu depoimento prestado em solo policial e confirmado em juízo, a testemunha Daniele dos Santos Rodrigues, assim se manifestou:

“(…) que presenciou o fato. Que Walisson perguntou pelo irmão e a mesma afirmou que a vítima encontrava-se dormindo. Que o réu entrou na sala e disparou um tiro na vítima. Que a mesma olhou por uma brecha na porta da frente e viu muito sangue no chão. Que após o disparo o Walisson saiu correndo. **Que o Guilherme estava na porta da frente com duas pedras na mão. (...) Que viu Guilherme na frente da casa, de baixo de um pé de planta, com duas pedras na mão de calçamento.** O irmão de 10 anos e o marido também presenciaram

o fato. Que em nenhum momento Guilherme falou nada, só ficou na porta da frente com duas pedras na mão. Que na noite anterior a vítima tinha brigado com Walisson. Que não viu a arma do crime (...)”.

Por sua vez a testemunha Francisco Vagner Oliveira Araújo, ouvida no curso da instrução criminal, declarou o seguinte:

“(…) que presenciou o fato. Que o Walisson perguntou pela vítima, afirmando a irmã que a mesma estava em casa. Que de repente escutaram um tiro e saíram do quarto, quando viram os acusados saindo do local do crime. **Que Guilherme estava em frente a casa com pedra na mão.** Que os réu não falaram nada. Que a vítima não estava armada. Que não viu a arma do crime. Que viu o Guilherme após o disparo quando saíram do quarto.”

O irmão menor da vítima, Isac dos Santos Rodrigues, na fase inquisitorial afirmou que:

“(…) que encontrava-se dormindo junto de sua irmã Danielle dos Santos Rodrigues, quando em dado momento, as pessoas conhecidas pela alcunha de Walisson e Guilherme chegaram em sua residência e perguntaram a Danielle pelo seu irmão José. Que Danielle disse a eles que José dos Santos Rodrigues encontrava-se dormindo em uma rede na sala. Que naquele instante, Walisson proferiu um disparo de arma de fogo em direção a cabeça de seu irmão, atingindo-o. Que José dos Santos Rodrigues faleceu na mesma hora. **Que Guilherme, comparsa de Walisson encontrava-se com pedras nas mãos, sendo uma delas bem grande. Que após a prática do crime ambos os autores empreenderam fuga em duas motocicletas (...)**”

De fato, a negativa de autoria ou participação do recorrente no fato criminoso não exsurtiu forte o suficiente para afastar e inviabilizar o contexto acusatório, não havendo, portanto, que se falar em impronúncia.

Com efeito, a impronúncia só se opera quando o juiz verificar não estarem presentes no caso concreto a prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria e participação, nos termos do artigo 414 do Código de Processo Penal.

A jurisprudência orienta nesse sentido:

(...) Incabível a absolvição sumária ou impronúncia por negativa de autoria, havendo prova testemunhal nos autos que indicam a contribuição do recorrente para o desfecho do fato criminoso (...)

(TJDFT - 1a. Turma Criminal - RSE n. 20100310244438, Rel.Des. Jesuino Rissato, j. 08.11.2010).

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO SIMPLES. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PRETENSÃO DEFENSIVA DE IMPRONÚNCIA OU ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA COM BASE NA

NEGATIVA DE AUTORIA. TESE INCOMPROVADA DE FORMA SEGURA. INCONTROVERSA. PROVA DA MATERIALIDADE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I – Apenas se a negativa de autoria se revelar de plano evidente, incontroversa e absolutamente certa, admite-se a impronúncia ou absolvição sumária do inculpado.

II – Na espécie, prova contida nos autos autoriza a manutenção da sentença de pronúncia, inviabilizando a acolhida do pleito defensivo de despronúncia, por insuficiência probatória ou por negativa de autoria.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO

(R.S.E nº. 72905-15.2010.8.06.0000/0, Rel. Des. Francisco Pedrosa Teixeira, DJ **31/08/2011**).

A propósito, segundo o ponderado entendimento doutrinário de Heráclito Antônio Mossin:

“(…) jamais se pode perder de vista que a subtração do acusado de seu juízo natural, que é o júri popular, é mecanismo processual de singular exceção, somente tendo cabimento quando a prova encartada nos autos demonstrar de forma clara, evidente e insofismável, a ocorrência de circunstância ou causas autorizadoras desta modalidade de absolvição. Nesta ordem de consideração, havendo dúvida ou incerteza sobre qualquer causa encartada no art. 415 do Código de Processo Penal, que conduza à dúvida, à incerteza, cumpre ao magistrado pronunciar o acusado, uma vez que no sumário de culpa prepondera a incidência do *in dubio pro societate* e não o *in dubio pro reo*”

(MOSSIN, Heráclito Antônio. Júri: crimes e processo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 294).

Assim, malgrado o esforço da nobre defesa, referindo-se a eventuais contradições nas declarações das testemunhas oculares do fato criminoso, verifico com os depoimentos prestados e as demais provas carreadas aos autos, que há prova da materialidade e indícios de autoria, aptos a ensejar à manutenção da decisão de pronúncia, competindo somente ao Tribunal do Júri a apreciação minuciosa do mérito da causa.

Demais disso, como cediço, impõe-se afirmar que eventuais dúvidas ou contradições presentes no conjunto probatório e até mesmo a certeza quanto à participação do réu na prática do fato criminoso devem ser dirimidas perante o Tribunal do Júri, juiz natural da causa, competindo-lhe decidir, mediante as provas apresentadas, se o réu é culpado ou inocente em relação ao crime que lhe está sendo imputado.

Destarte, diante do acima esposado, a pronúncia nos moldes como proferida é medida de rigor, cabendo ao Conselho de Sentença examinar livremente a acusação e as teses defensivas, dirimindo as eventuais dúvidas.

Mediante tais considerações, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**,

mantendo *in totum* a r. sentença fustigada.

É como voto.

Fortaleza, 12 de junho de 2013.

PROCESSO: 0000751-91.2013.8.06.0000 – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
RECORRENTE: ALAN VIEIRA MAIA
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DA TORPEZA (ART. 121, § 2º, INCISO I, CP). IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA MANIFESTA NÃO EVIDENCIADA. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CONSELHO DE SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A sentença de pronúncia constitui mero juízo de admissibilidade da acusação. Compete ao Tribunal do Júri, conforme disposto na Constituição da República, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e todas as suas circunstâncias.

2. Na espécie, tendo o juiz singular pronunciado o réu pelo crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I e IV, do CP), não cabe a este Tribunal afastar a qualificadora da torpeza, pois as qualificadoras, na fase de pronúncia, só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes. Havendo dúvidas acerca da existência de tal qualificadora, a questão deve ser submetida ao conselho de sentença. Incidência da Súmula nº 03 deste Egrégio Tribunal de Justiça: “As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio *in dubio pro societate*.”

3. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, porém, para negar-lhe provimento.

Fortaleza, 19 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

Cogita-se de Recurso em Sentido Estrito, devidamente identificado à epígrafe, onde o recorrente, através da Defensoria Pública oficiante na 1ª Vara Criminal de Juazeiro do Norte, se insurge contra a decisão que o pronunciou pelo cometimento de crime previsto no art. 121, § 2º, incisos I, e IV do Código Penal, requerendo, nesta sede recursal, a exclusão da qualificadora da torpeza, por entender que esta seria incabível, conforme se vê às fls.252 *ut* 256 deste autos digitais.

Recurso contra-arrazoado pelo órgão ministerial de primeiro grau. (fls.257/259).

Decisum objurgado mantido por meio da decisão de fls.260/261.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer, pugnou pelo desprovimento do recurso.

Definitivamente conclusos aos 2 de abril de 2013.

Sumariamente relatados.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos na legislação aplicável à espécie, o presente recurso deve ser conhecido.

Ab initio, registre-se oportunamente que a decisão de pronúncia constitui mero juízo de admissibilidade da acusação fundada na prova da materialidade e indícios de autoria, não representando um juízo de condenação, orientada, nesta fase processual, pelo princípio *in dubio pro societate* e não *in dubio pro reo*.

No caso dos autos, dúvida não há acerca da autoria e materialidade delitiva, ambas devidamente comprovadas pelo arcabouço probatório amealhado durante a instrução processual, sendo objeto do recurso somente pedido de exclusão da qualificadora da torpeza (inciso I, § 2º, art.121, CP) apontada na sentença de pronúncia, que, à luz dos depoimentos colhidos em instrução não pode ser retirada, afastando-a da apreciação pelo Tribunal do Júri. Nesse sentido é a remansosa orientação sufragada pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça:

“Ao juiz singular, ao fazer a pronúncia, é defeso excluir qualificadoras. O julgamento, por imposição constitucional, é do Tribunal do Júri”(CF, art. 5º XXXVIII). (RT 694/393). No mesmo sentido, STJ: RT 730/475, RSTJ 84/325).

Assim, tem-se que as qualificadoras admitidas na decisão de pronúncia somente poderão ser excluídas na fase do *iudicium accusationis* quanto restar patente a sua improcedência. Havendo dúvidas acerca da existência de tal qualificadora, a questão

deve ser submetida ao conselho de sentença, nos termos do enunciado da Súmula nº 03 deste Egrégio Tribunal de Justiça:

“As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio *in dubio pro societate*”.

No caso *sub oculi*, constitui competência exclusiva do conselho de sentença a apreciação de todo o conjunto probatório para a emissão do juízo condenatório. A pronúncia não é condenação e sim admissão, sendo atribuído constitucionalmente aos juízos leigos a tarefa de julgar as teses conflitantes apresentadas pela acusação e defesa.

Assim, a sentença de pronúncia só há de ser modificada quando, pelas provas trazidas à apreciação, restar demonstrada, de forma manifesta, a improcedência da qualificadora, o que não ocorre no caso *sub examine*.

Por tais razões, não divisando motivos suficientes para exclusão pretendida voto pelo improvimento do presente Recurso Crime em Sentido Estrito, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 19 de agosto de 2013.

PROC Nº: 0076644-25.2012.8.06.0000 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO DE ORIGEM: 5ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA-CE.
RECORRENTE: CARLOS ALBERTO PIMENTEL DE OLIVEIRA
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª. CÂMARA CRIMINAL
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA

EMENTA: HOMICÍDIO SIMPLES – PRONÚNCIA – INCONFORMIDADE DEFENSIVA - PRELIMINAR DE NULIDADE – VÍCIO NO PROCEDIMENTO DE RESTAURAÇÃO DE AUTOS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZOPARADEFESA–EIVANÃOCONFIGURADA – PREAMBULAR AFASTADA - DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA HOMICÍDIO CULPOSO – IMPOSSIBILIDADE – PRONÚNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I – Não há que se falar em nulidade processual, quando o rito da restauração de autos, embora equivocada, não causou prejuízo à defesa. Precedentes do STJ.

II – A princípio, quem atira com arma de fogo almeja matar, ou ao menos assume o risco de alcançar o resultado morte. A figura culposa buscada pela defesa não restou fielmente demonstrada, inviabilizando o pleito desclassificatório.

III – *DECISUM* RATIFICADO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer do recurso, negando-lhe provimento, nos termos do voto do eminente relator.

Fortaleza/Ce., 14/12/2012.

I – RELATÓRIO:

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito manejado por CARLOS ALBERTO PIMENTEL DE OLIVEIRA, inconformado com a decisão (fls.156/160) que o pronunciou nas sanções do art. 121, *caput*, do CPB, por ter, consoante a acusação,

assassinado Francisco Pereira Ricardo, fato ocorrido no dia 19 de junho de 2004, cerca das 17:00 horas, na Av. Mister Hull, nº 4560, nesta capital.

Nas razões (fls. 180/192), argui, preliminarmente, a nulidade do feito por inobservância do rito procedimental da restauração de autos destruídos (art. 541 e seguintes do CPP) e, no mérito, a desclassificação da conduta para homicídio culposo, a pretexto de que agiu sob o estado de embriaguez, de forma imprudente e negligente, sem intenção de matar.

Em contrarrazões (fls. 102/108), o Ministério Público defende a manutenção da pronúncia.

A magistrada singular, em sede de reexame, previsto no art. 589 do CPP, confirma o édito hostilizado (fls. 203/204).

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela rejeição da preliminar e, meritoriamente, pelo conhecimento e improvimento (fls. 213/216).

Feito que independe de revisão (art. 34, § 3º, RITJCE).

É o *relatus*.

Em mesa para julgamento.

II – VOTO

Cuida-se, como se infere, de irresignação defensiva, buscando, preliminarmente, a declaração de nulidade processual, porquanto desrespeitado o procedimento no incidente de restauração de autos e, no mérito, a desclassificação do homicídio doloso para modalidade culposa.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A priori, afasto a preliminar suscitada, pois o processo de restauração de autos, embora realizado de maneira equivocada, não causou prejuízo à defesa, além de estar preclusa a questão.

Reforçando esta linha de entendimento, trago à colação os seguintes arestos da Corte Superior de Justiça:

[...] A inobservância do procedimento legal no incidente de restauração dos autos só constitui causa de nulidade processual se alegado em momento oportuno e demonstrado efetivo prejuízo à parte.
(HC n. 104.967-PR - QUINTA TURMA – Rel. Min. FELIX FISCHER, j. 18.12.2008).

[...] A declaração de nulidade por eventual vício no procedimento de restauração dos autos depende da demonstração de efetivo prejuízo à defesa.
(HC n. 52191/PA – QUINTA TURMA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Dje 29.10.2007).

[...] Eventual irregularidade no processo de restauração dos autos, sem

prova de influência na busca da verdade ou repercussão na sentença, não tem relevância jurídica e resulta sanada, à míngua de arguição na fase, prevista no art. 571, II, CPP.

(HC n. 9.496/RJ, SEXTA TURMA, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 16.11.1999).

Preliminar rejeitada, passo ao exame meritório.

A pretendida desclassificação para homicídio culposo desmerece guarida, haja vista que, na fase do *judicium accusationis*, tal hipótese, somente é cabível, quando há convicção segura de que o acusado não queria o resultado morte.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci, enfatiza que “o juiz somente desclassificará a infração penal, cuja denúncia foi recebida como delito doloso contra a vida, em caso de cristalina certeza quanto à ocorrência de crime diverso daqueles previstos no art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal (...)” (*In*, TRIBUNAL DO JÚRI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008)

O sempre lembrado Júlio Fabbrini Mirabete afirmava que “não deve o juiz operar a desclassificação quando as provas dos autos não a permitem seja de plano reconhecida” (*In* Código de Processo Penal, 10ª ed., Atlas, 2003, p. 1116).

Para o STJ, “a desclassificação, por ocasião de ‘judicium accusationis’, só pode ocorrer quando o seu suporte fático for inquestionável e detectável de plano”. (STJ – 5ª Turma – RESP nº 62.870-0-DF – Relator Min. FELIX FISCHER – 03/08/2004 – unânime – *In* DJ de 30/08/2004, p. 330)

Na espécie, as circunstâncias do crime não permitem que se afaste de plano, a ocorrência do dolo. A meu ver, o instrumento utilizado pelo recorrente (arma de fogo/revólver), de elevado potencial lesivo, demonstra a presença do elemento subjetivo do tipo penal a ele imputado.

A princípio, quem atira com arma de fogo almeja matar, ou ao menos assume o risco de alcançar o resultado morte.

Demais disso, desimporta o fato de o réu estar ou não embriagado, naquela ocasião, pois, como sabido, a embriaguez voluntária não elide a responsabilidade penal pela prática de um crime (art. 28, II, Codex Penal).

In casu, a figura culposa buscada pela defesa não restou fielmente demonstrada, inviabilizando o pleito desclassificatório.

Irreparável, portanto, a decisão singular.

III – DISPOSITIVO:

Por tais razões, em consonância com o parecer da PGJ, conheço do recurso, negando-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza/Ce., 14 de dezembro de 2012.

PROC.Nº: 0000770-20.2008.8.06.0050 - R.S.E. DIGITAL
JUÍZO DE ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE BELA CRUZ/CE
RECORRENTE: FRANCISCO BARROSO TEIXEIRA PONTES
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
ÓRGÃO JULGADOR: 1A. CÂMARA CRIMINAL
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTATIVA DE HOMÍCIDIO QUALIFICADO – PRONÚNCIA - INCONFORMIDADE DEFENSIVA – PRETENSÃO À DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO PRIVILEGIADO E ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – IMPOSSIBILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO DA TENTATIVA PARA LESÃO CORPORAL – INVIABILIDADE - DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I – O privilégio a que alude o art. 121, § 1º, do Código Penal, é causa especial de diminuição de pena, sendo defeso ao Juiz Sumariante, em sede de pronúncia, ou a este Sodalício, em nível recursal, reconhecer a sua ocorrência, devendo a matéria ser questionada ao Júri Popular, conforme ditam os arts. 7º do Decreto-lei 3.931/41 (LICPP) e 483, IV, CPP.

II - Consoante firme entendimento da jurisprudência e doutrina pátrias, a absolvição sumária fulcrada na legítima defesa (art. 415, IV, CPP), exige prova segura, plena e incontroversa de sua ocorrência. Na espécie, o laudo cadavérico revela que a vítima foi golpeada cinco vezes, duas delas em regiões vitais, pondo em dúvida, se o meio empregado era necessário e se utilizado com moderação, o que, a princípio, afasta a tese da legítima defesa, porquanto, não preenchidos todos os requisitos elencados no art. 25, CP.

III - Na fase do *judicium accusationis*, só se opera a desclassificação da conduta típica denunciada se indiscutível que a intenção do agente não era matar a vítima. Na vertência, há fortes indícios do propósito homicida do recorrente, ao desferir três facadas na vítima, pois, valendo-se de um instrumento de elevado grau de potencialidade lesiva, se não deseja a morte, no mínimo, assume o risco de alcançar o resultado pretendido.

IV – DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1a. Câmara Criminal desta Egrégia Corte, à unanimidade, conhecer do recurso, negando-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão hostilizada, nos termos do voto do relator.

Fortaleza/Ce., 13 /11/ 2012.

I – RELATÓRIO:

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito manejado por FRANCISCO BARROSO TEIXEIRA PONTES, inconformado com a decisão que o pronunciou pela prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 121, § 2º, incs II e IV, por duas vezes, e 121, § 2º, incs. II c/c art. 14, II, todos do Códex Penal, submetendo-o a julgamento perante o Tribunal do Júri, por ter, consoante a acusação, na manhã de 26.01.2008, na cidade de Bela Cruz, neste Estado, motivado pela futilidade e usando meio que impossibilitou a defesa das vítimas (surpresa), assassinado a golpes de faca Paulo Ferreira dos Santos e Antônio José Rodrigues e tentado contra a vida de Ana Rita Carneiro.

Nas razões recursais (fls. 201/207), postula o recorrente, em síntese:

- a) com relação à vítima Paulo Ferreira dos Santos, a **desclassificação para o delito de homicídio privilegiado** (art. 121, § 1º, CP), alegando que teria agido sob o domínio de violenta emoção em virtude de traições conjugais sofridas (crime passional);
- b) Quanto ao ofendido Antônio José Rodrigues, a **absolvição sumária**, alegou legítima defesa;
- c) Por fim, tocante à vítima Ana Rita Carneiro, busca a **desclassificação para lesão corporal**, porquanto não teve a intenção de matá-la, tendo suspenso a ação voluntariamente.

Contrarrazoando, o *Parquet* pugnou pelo improvimento (fls. 229/233).

Na oportunidade de reexame da matéria (art. 589, CPP), o julgador singular manteve a pronúncia (fl. 235).

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer subscrito pela Procuradora Vera Maria Fernandes Ferraz (fls. 245/252), opinou pelo conhecimento e desprovimento da irresignação.

Feito que independe de revisão (art. 34, § 3º, RITJCE).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

II – VOTO:

Insurge-se o réu contra decisão que o pronunciou nas iras dos arts. 121, § 2º, incs II e IV, duas vezes, e art. 121, § 2º, incs. II e IV, c/c art. 14, todos do C.P.B., pleiteando a desclassificação do delito perpetrado contra Paulo Ferreira dos Santos para homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, CP), bem como, a absolvição sumária, com base na legítima defesa, com relação à vítima Antônio José Rodrigues, e, alfm, a desclassificação da tentativa de homicídio qualificado contra Ana Rita Carneiro para lesão corporal.

Cabível e tempestivo, conheço do recurso, desacolhendo-o, todavia.

Prima facie, destaco que, nos termos do art. 413 do CPP e, segundo pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, para a pronúncia, basta que o magistrado se convença da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes da autoria ou participação no delito, não se exigindo certeza, esta indispensável apenas para a condenação.

Assim já decidiu o STJ:

“[...] Diferente do que ocorre em relação à sentença condenatória, a decisão que pronuncia o acusado exige, tão somente, a presença de indícios de autoria, além de prova da materialidade do delito (HC 95.731- RJ, Rel. Min. FELIX FISCHER – 5ª. TURMA, j. 19.06.2008).

Na espécie, materialidade e autoria, de todos os delitos, imprescindíveis à admissibilidade da acusação, são inquestionáveis. Satisfeitos, dessa forma, os requisitos do art. 413 da Lei Processual Penal.

Passo a análise individualizada do pleito defensivo.

Desclassificação para homicídio privilegiado:

Tal pedido, não tem como prosperar, vez que o privilégio a que alude o art. 121, § 1º, do Código Penal, é causa especial de diminuição de pena, sendo defeso ao Juiz Sumariante, em sede de pronúncia, ou a este Sodalício, em nível recursal, reconhecer a sua ocorrência, devendo a matéria ser questionada ao Júri Popular, conforme prescrevem os arts. 7º do Decreto-lei 3.931/41 (LICPP) e 483, IV, do CPP, *in verbis*:

Art. 7º: O juiz da pronúncia, ao classificar o crime, consumado ou tentado, não poderá reconhecer a existência de causa especial de diminuição de pena.

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:
[...]
IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa.

Nesse sentido, a orientação tribunalícia e autorizada doutrina, *ex scripto*:

“...A decisão de pronúncia não é o momento oportuno para o reconhecimento da existência de alegado homicídio privilegiado, na modalidade de haver o crime sido cometido sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, cabendo ao Tribunal do Júri decidir a respeito.” (RSE nº 381.361-2, da 1ª Câmara Criminal do TJPR, rel Des. Jesus Sarrão, julgado em 03.05.2007).

O reconhecimento da figura do homicídio privilegiado versa sobre matéria de competência exclusiva do Tribunal do Júri, isso porque sendo a pronúncia mero juízo de admissibilidade, onde apenas se capitula o crime, na sua forma simples ou qualificada, deve ser prolator omitir-se sobre a existência ou não de quaisquer causas de diminuição de pena” (TJMG – Apelação Criminal n. 1.0309.05.007225-0 – Rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires, j. 11.11.2010).

As teses de causas especiais de diminuição da pena, como, por exemplo, o homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1º), devem ser analisadas pelo Tribunal do Júri. (TJSC - Recurso Criminal n. 2011.088465-1, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 19.4.2012).

As causas de diminuição da pena, embora façam parte do tipo penal, como ocorre com o disposto no art. 121, § 1º, do Código Penal (relevante valor social ou moral e violenta emoção, seguida de injusta provocação da vítima), não são incluídas. Há expressa vedação para a sua inclusão na decisão de pronúncia (NUCCI, Guilherme de Sousa. Tribunal do Júri. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 96).

Não deve também a decisão de pronúncia referir-se a causas de diminuição de pena, previstas na parte geral ou especial do CP, como o homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, do CP), por expressa vedação do art. 7º da Lei de Introdução do Código de Processo Penal. (CAMPOS, Walfredo Cunha. Tribunal do júri: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2010, p. 69).

Portanto, sem maiores delongas, inviável, nesta fase processual, o reconhecimento do homicídio privilegiado.

Absolvição Sumária amparada na legítima defesa

No que tange ao crime em que foi vítima Antônio José Rodrigues, busca o recorrente a absolvição sumária, a pretexto de que teria agido amparado na excludente de ilicitude da legítima defesa.

Igualmente, sem razão.

Com efeito, de acordo com a jurisprudência e doutrina pátrias, a absolvição sumária fulcrada na legítima defesa (art. 415, IV, CPP), exige prova segura, plena e incontroversa de sua ocorrência.

Na vertência, impossível afirmar, desde logo, seja o acusado merecedor do manto da excriminante invocada. É que, ele mesmo, quando interrogado (fl. 53/54), admitiu que a vítima estava desarmada, e que esta o teria agredido com uma cadeira na cabeça.

A princípio, não me convenci que o recorrente tenha repellido a atual e injusta agressão, utilizando-se dos meios necessários e, de forma moderada.

O laudo cadavérico de fls. 74/75, revela que a vítima foi golpeada cinco vezes, duas delas em regiões vitais, pondo em dúvida, se o meio empregado era necessário e se foi utilizado com moderação.

Destarte, afasto a tese da legítima defesa, porquanto, não preenchidos todos os requisitos elencados no art. 25, CP.

Desclassificação para lesão corporal

Almeja a defesa seja desclassificada a conduta de tentativa de homicídio qualificado para ao crime de lesões corporais, ao argumento de que não teve a intenção de matar Ana Rita Carneiro.

Inaccolhível a súplica defensiva, pois, na fase do *judicium accusationis*, só se opera a desclassificação da conduta típica denunciada se indiscutível que a intenção não era o exício da vítima, sua ex-mulher.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci, leciona:

“O juiz somente desclassificará a infração penal, cuja denúncia foi recebida como delito doloso contra a vida, **em caso de cristalina certeza** quanto à ocorrência de crime diverso daqueles previstos no art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal (...)”
(In, TRIBUNAL DO JÚRI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008)

O sempre lembrado Mirabete, ensinava:

“[...] não deve o juiz operar a desclassificação quando as provas dos autos não a permitem seja de plano reconhecida”
(In Código de Processo Penal, 10ª ed., Atlas, 2003, p. 1116).

Na mesma linha, a jurisprudência desta Corte e do STJ:

EMENTA: [...] I - Provada a materialidade e havendo indícios suficientes de autoria, correta a pronúncia. II - Inexistindo prova incontestada da ausência do *animus necandi*, inviável a desclassificação para o crime de lesão corporal, cabendo aos jurados, juizes naturais da causa, decidir qual a real intenção do acusado. PRONÚNCIA MANTIDA. RECURSO

IMPROVIDO.

(TJCE – 1ª. CÂMARA CRIMINAL – RSE N. 1489.2005.8.06.0058-1, REL. DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA, J. 17.10.2011.)

A desclassificação, por ocasião de ‘iudicium accusationis’, só pode ocorrer quando o seu suporte fático for inquestionável e detectável de plano.”

(STJ – 5A. TURMA - REsp nº 192049/DF, Relator: Ministro FELIX FISCHER, j. Em 09/02/1999) – negritei.

No caso concreto, há fortes indícios da intenção homicida na conduta do agente que chegou a desferir três facadas na vítima. Ora, quem valendo-se de um instrumento de elevado grau de potencialidade lesiva, se não deseja a morte do antagonista, no mínimo, assume o risco de alcançar o resultado pretendido.

Demais disso, havendo dúvida sobre a existência do *animus necandi*, a apreciação do tipo subjetivo do crime compete ao Conselho de Sentença.

Irreparável, portanto, a decisão fustigada.

II – DISPOSITIVO:

Diante do exposto, em consonância com o parecer da PGJ, conheço do recurso, negando-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza/Ce., 13/11/2012.

DISCURSO

JUSTIÇA – UM SONHO AINDA POSSÍVEL.

(Texto elaborado para saudar os 32 novos Juízes de Direito empossados em 04/07/2013 em sessão do Órgão Especial)

Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará
Professor da Faculdade de Direito - UFC (aposentado)

Aqui vos falo em meu nome pessoal, para saudar em momento de júbilo e de intensa emoção aos novos 32 magistrados egressos do último certame provedor do cargo, cuja realização facetou com inexcusável brilho uma das mais importantes realizações desta administração presta e fecunda no bem realizar em prol da modernidade de qualificação crescente e ascensional do nosso Judiciário Estadual.

Traçar um perfil de todos os vitoriosos aqui presentes no instante solene de suas unções na sacrossanta investidura jurisdicional, poderia ser despiciente, se a própria batalha do Concurso não os condecorassem exemplarmente, não só com o galardão da vitória em renhido e imaculado concurso de provas e títulos como a exigir a ordem constitucional, mas, especialmente, pelo que presentante da vitória pessoal de cada um na busca afirmativa de seus valores, ideais e sonhos, na prevalência de suas inteligências fincadas nos verdadeiros valores da ética, esta entendida como valor supremo da humanidade, instrumentalizando e norteando as suas caminhadas profissionais em busca constante da verdadeira Justiça, que é essencialmente o privilegiamento do homem em suas verdadeiras e mais sentidas aspirações de um constante e contínuo evoluir.

Agora neste momento em que evolva um transe mágico, estais se tornando Juízes para toda uma vida, aqui nesta substanciação da cidadania laica para a investidura jurisdicional, na suprema unção da delegação do poder de julgar, mantém-se íntegra a cidadania comum para unir-se em indissolúvel matrimônio com a cidadania do magistrado, esta inserida em contexto de poder adicionável as responsabilidades dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, porque vos transformastes em guardiães de tão íntimo e decantado pudor na preservação de todo o ideário das liberdades públicas – Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivas.

Resultante de tal alquimia ao sabor da verdadeira sabedoria humana, encarnarás para sempre enquanto fiel aos ditames de suas consciências, um Juiz Cidadão ou um Cidadão Juiz, na variante psicossocial dos papéis de indivíduo ou pessoa, jamais um super cidadão ou um super juiz, perdido nas falácias globalizadas dos superpoderes heróicos.

Deveis, pois, navegar antes e acima de qualquer outro reclamo legisferral, na dimensão ampla e segura da Constituição, ali encontrareis senda segura, tranquila, um plenilúnio de legitimidade na emolduração perfeita do cenário grandioso

da prestação jurisdicional como broquel da realização dos direitos do povo. Exorcizai sempre as tentações manifestas da opressão e dos desmandos do Poder, travestidas em formas legislativas bissextas e de ortodoxia suspeita, arrebatadora do véu puríssimo da constitucionalidade. Ergueis contra toda e qualquer forma de tentação do poder e do arbítrio, o livro sagrado da Constituição, e assim estareis imunizados das blandícias sedutoras dos poderosos.

O cidadão juiz jamais poderá olvidar de que o poder que exerce o foi delegado em nome do povo. Este é o verdadeiro titular da soberania de cuja uma das mais expressivas faces a jurisdição, a partir de hoje a representais como agente político do Estado. Assim, do povo, para o povo, e tendo como destinatário especial o próprio povo, a vossa ação se dirigirá para toda massa comunitária, ansiosa, pois tem também fome e sede de Justiça. A humildade é uma virtude que jamais poderá ser obscurecida pelo Juiz. A condição humana impõe a bem entender os dramas e as vicissitudes dos seres de vossas espécies, ouvi-os com brandura, todos têm uma querela, uma mazela e uma angústia e creem no poder balsâmico de vossas atenções, pois não se pode ser justo se não se é humano. Exercitai o vosso ministério na mais absoluta intimidade com a Justiça, o Direito e a Lei, lembrai-vos da admonição de Platão na celeberrima apologia de Sócrates: “O juiz não é nomeado para fazer favores com a justiça, mas para julgar segundo as leis”.

Aos fatos alegados nos articulados forenses, ensejais sempre a prova das afirmações proferidas, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, são imperativos excelsos das garantias constitucionais do processo, e que não podem ser arredadas ao alvitre de circunstâncias e favores casuísticos, ressoa ainda recente o pensamento ibérico de Quevedo, em literatura medieva: “Quem julga pelo que ouve e não pelo que entende, é orelha e não juiz”.

Recebeis um Judiciário cearense modernizado e engajado em um processo de qualidade total, avançou-se anteriormente no campo das realizações materiais com o impulso construtivo de fóruns, casas de juízes, presenciamos agora a integral informatização das comarcas e serviços forenses, e na seara intelectual o revigoreamento da Escola da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, a quem deveis logo serem confiados para participação do Curso de Iniciação à Atividade Jurisdicional, por exigência constitucional albergada na regularização do concurso recém-findo.

Lá fora, no cenário político nacional vislumbrais um céu nublado com turbulências, testemunha-se cotidianamente o clamor do povo nas ruas, ressoando forte o eco nas estruturas institucionais, abalçando-as nas justas reivindicações dos direitos assegurados na Carta Política e nos anseios de toda comunidade. De outra sorte, ataca-se a grosso e a retalho toda sorte de conquistas históricas do Poder Judiciário, responsável por sua independência externa entre os poderes. Retiram-se dos magistrados o direito de percepção dos vencimentos integrais após o ato de aposentação, exclui-se a aposentadoria facultativa após trinta anos de serviço público, reduz-se a pensão vitalícia dos dependentes dos magistrados.

Todas essas sangrias aos direitos constitucionalmente adquiridos e consagrados em toda história constitucional republicana democrática, são feitas ao compasso prescritivo e terapêutico ao título de Reformas Administrativas e Previdenciárias. Inicia-se, uma longa operação de estratégias de manobras no afã progressivo da derrubada iconoclasta dos predicamentos constitucionais da magistratura – vitaliciedade – inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos, elementos assecuratórios e indispensáveis ao desempenho imparcial e eficaz da oferta e efetiva prestação do serviços judiciários. Tenta-se com tais atitudes confundir a opinião pública brasileira, usurpam-se garantias e predicamentos dos magistrados, sob a alegativa de privilégios e mordomias, indica-se uma crise do Judiciário, e paradoxalmente solapa-se a estruturação política do poder, buscam pela prestidigitação reduzir ou fazer desaparecer os “ males-enfermidades sociais”, traduzidos em indigência, analfabetismo, fome, menores abandonados, prostituição infantil, desprezo pela infância, pela velhice, e pela saúde pública, ao conduto crítico de que o Poder Judiciário, por não cumprir com sua verdadeira função político social a contento, ou seja sanando os traumas no organismo social no tempo e hora certa, causando verdadeiros espasmos sociais e descaracterizando o processo como instrumento único restaurador do direito material ameaçado ou violado, por isso injustamente acoimado de omissor. O quadro é crítico, existe uma crise no Judiciário, indiscutível, o crescimento de demandas em nosso País, por causas várias, incluindo-se a cultural, político e econômica, esta última ditada por efeitos conjunturais múltiplos, além de uma ponderável porção que não alcança o crivo jurisdicional em seus pleitos, configurando-se a chamada “ litigiosidade contida”, identificada como óbice ao livre acesso à justiça, pela não recepção da tutela jurisdicional devida e necessária, no tempo e hora certa.

Não negamos tais verdades, o que não podemos é suportar a oneração restritiva de direitos e garantias da corporação judiciária, esta única e gestora da imensa UTI da sociedade onde somente reclamações, insatisfações, dramas e tragédias, o bíblico choro e ranger de dentes é ouvido, possa ter operadores despreparados intelectualmente, socialmente, moralmente, com um falho sistema previdenciário, aumentando a insatisfação de um povo que estoicamente e historicamente suporta todo um quadro gigante de miséria, e que representam no cabalismo econômico, uma imensa e grandiosa quase impagável dívida social.

A revitalização em nosso quadro de juízes representará desdubiosamente a transfusão de seivas e ideais, e por que não dos sonhos, a quem Luis Alberto Warat tão precisamente definiu: “Os sonhos e a magia como antídotos da ideologia. O sonho para superar a mentalidade cartesiana, essa lucidez vizinha do Poder”. Na luta pela soberania plena do Poder Judiciário, como última salvaguarda dos direitos dos povos, e que esta independência buscada entre os poderes também possa expressar a verdadeira independência interna de cada um dos julgadores, imunes a pressões e opressões, e assim estaremos alcançando a vitória final nesta guerra, nesta Cruzada, em que o estandarte da Justiça altaneiro desfraldado ao vento simbolizaria o

encontro verdadeiro com a sociedade mais humana, justa e participativa.

Rogo que tenhais a verdadeira dimensão de vossa importância como juiz, grandiosa missão que iniciais e como apêlo na luta pela supremacia do Direito e da Justiça, nada mais, sois mortais e assim sereis até o final de vossos dias para um julgamento divino, atenteis porém para esta bela oração de Eduardo Juan Couture, de nacionalidade uruguaia, e jurista maior de todas as américas:

“La muerte de un gran juez es un episodio algo más grave que la de cualquier outro ciudadano.

A él se le dió em la vida más poderes que a ningún outro hombre em el orden humano. A nadie le fué dado disponer de la libertad, de la propiedad y del honor de los demás, em la larga medida que a él le fué dado, y mucho menos hacerlo em nombre de la justicia que sólo a él le incumbe interpretar. Él pudo decidir sobre todo cuanto le fuera propuesto: dar y quitar el poder de los gobernantes, juzgar sobre la validez de las leyes y decirle al próprio pueblo cuál es su Constitución, porque “la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

Pero cuando em juez cae em el ejercicio de tales poderes, a los que há honrado a lo largo de su vida, no acontece nada trágico ni desesperado. Por el contrario, se recibe una sensación de alivio. Haber tenido el fuego em la mano y no haberse quemado; haver tenido la tentación em el pecho y no haber sucumbido; haver sido sobrio frente a la concupiscencia, humilde ante la sensualidad del poder, virtuoso ante la grandeza; y morir así, sin desfallecimiento, sin nada que reprocharse, es “virtus moriendi”, em el antiguo y profundo sentido de los estoicos.

Ese día há ocurrido algo grave; pero nada más.”

Assim pensei, refleti e escrevi.

ÍNDICE ALFABÉTICO

ÍNDICE ALFABÉTICO**JURISPRUDÊNCIA CÍVEL****APELAÇÃO CÍVEL**

Ação de alimentos – citação não ocorrida – falta atribuída ao autor – extinção abrupta do feito sem resolução do mérito – abandono da causa – intimação pessoal – ausência – vício processual – ocorrência.....31.

Ação popular – pedido de invalidação de nomeações para cargos em comissão – nepotismo – procedência – Lei de iniciativa parlamentar que veda a prática de nepotismo – não ocorrência de ofensa a iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo – concretização em sede infraconstitucional do princípio da moralidade administrativa prevista no Art. 37, *caput*, da C.F.....15.

Ato jurídico – ação anulatória – apelante confere em procuração pública poderes à filha para alienar imóvel – substabelecimento das prerrogativas a terceiro – alienação do bem – procuração e substabelecimento válidos – preenchimento de todos os requisitos legais – erro de vontade por simulação ou fraude não configurado.....127.

Cancelamento de voo sem aviso prévio – responsabilidade civil – culpa exclusiva de terceiro – inexistente – prestação de serviço frustrada – legitimidade passiva *ad causam* da agência que intermediou a venda de passagens aéreas – responsabilidade objetiva – dever de indenizar por perdas e danos105/106.

Cartão de crédito – reparação de danos morais por restrição de crédito cumulada com obrigação de fazer – transação não realizada pelo titular – inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito – dano moral caracterizado.....45/46.

Coelce – danos morais – morte em decorrência de contato com fio de alta tensão caído – responsabilidade objetiva, nos termos do Art. 37, § 6º, da C.F. - obrigação da concessionária de prestar serviço público eficiente e seguro – culpa *in vigilando* – caracterização dos danos.....35/36.

Contrato de financiamento bancário – mútuo – ação revisional – imóvel já levado a leilão extrajudicial – adjudicação pelo agente financeiro – carência de ação por perda do objeto – preliminar acolhida.....120/121.

Direito imobiliário – incorporação por administração – ilegitimidade passiva afastada – incorporadora é responsável, também, pela edificação do empreendimento e participou ativamente de outros atos exclusivos do condomínio110.

Embargos à execução – falta de nomeação de curador especial – matéria não arguida perante o Juízo de primeiro grau – vedação a inovação recursal – Art. 515, § 1º, do CPC – excesso de execução não configurado101.

Empresa de transporte aéreo – declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais – passagens não compradas pelo apelado – bilhetes adquiridos por terceiro(falsário) – ausência das cautelas necessárias – inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito – dano moral caracterizado.....134/135.

Execução contra a Fazenda Pública – embargos - título executivo judicial – ausência de citação do Ministério Público – não ocorrência de prejuízo – matéria de ordem pública suscitada *ex officio* – Art. 100, C.F. - inobservância dos princípios da legalidade, separação dos poderes e da supremacia do interesse público.....173.

Fundef – mandado de segurança – impetrantes representados por seu sindicato, suplicando repasse legal do Fundef e seus consectários – possibilidade – desatenção à Lei Federal nº 9.394/96 – ilegalidade – *writ* concedido.....82.

ICMS – cobrança sobre demanda reservada de energia elétrica – incidência sobre a demanda contratada e não sobre o consumo efetivo – impossibilidade – Súmula nº 391, do STJ – jurisprudência saturada – precedentes do STJ e desta Corte.....188.

Interdição – pedido julgado improcedente – laudo pericial contrário à interdição – princípio da confiança do juiz da causa – incapacidade civil não comprovada.....27.

Morte por eletroplessão – danos morais e materiais – sentença *ultra petita* – ocorrência – responsabilidade objetiva da Coelce, Art. 37, § 6º, C.F. - obrigação da concessionária de prestar serviço público eficiente e seguro, Art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95 – culpa *in vigilando* – caracterização dos danos61/62.

Plano de saúde – reparação de danos – publicidade enganosa – omissão de informação relevante, desde antes da assinatura do contrato até o momento da necessidade da cobertura – indução do consumidor a erro – CDC, Art. 37, §§ 1º e 3º – prova documental suficiente.....183/184.

PoliciaI militar – excluído “a bem da disciplina” - pleito de equiparação de pensão

instituída aos valores a que faria jus se em atividade estivesse – impossibilidade - Lei Estadual nº 10.972/84 – previsão de pensão proporcional a militares expulsos desde que completados 10 anos de efetivo exercício – pensão concedida na modalidade proporcional – previsão legal.....142.

PoliciaI militar – promoção – inobservância dos requisitos previstos na legislação castrense relativos aos critérios de antiguidade ou merecimento – Lei nº 10.072/76, Art. 59 – ausência de comprovação do direito à inclusão no quadro de acesso e à promoção em ressarcimento de preterição – precedentes desta Corte de Justiça.....148/149.

Reintegração de posse – possuidor de boa-fé – direito à indenização por benfeitorias – alegação na contestação – preclusão – inoocorrência – vedação ao enriquecimento sem causa – indenização devida – direito de retenção cabível – inteligência do Art. 1.219, do C.C.....91.

Retificação de registro civil – mudança da profissão constante na certidão de casamento de doméstica para agricultora – prova documental confirmada pela testemunhal – esposo exerce a profissão de lavrador – jurisprudência consolidada do STJ, a qualificação do marido como trabalhador rural é extensível à esposa.....116.

Seguro de veículo – valor da indenização por roubo – contratação pelo “valor referenciado de mercado” - necessidade de considerar a depreciação do bem – ausência de comprovação – direito do consumidor – cláusula abusiva – devolução do prêmio referente a período não utilizável – possibilidade158/159.

Seguro DPVAT – acidente de trânsito posterior a MP nº 340/06, de 21/12/06 – cobrança de complementação do seguro – invalidez permanente não comprovada pelo laudo – perícia não contestada – insistência da desnecessidade da gradação.....22.

Título de crédito – protesto indevido – dano moral caracterizado – redução do *quantum* indenizatório para se adequar a realidade dos fatos52/53.

Tribunal de Contas dos Municípios – parecer prévio – ação anulatória – contas do chefe do executivo municipal - improcedência – razões do pleito recursal não infirmam os fundamentos e conclusões da sentença recorrida.....86.

Tributário e processual civil – responsabilidade de sócio-administrador – limites Art. 135, III, do CTN – comprovada infração à Lei praticada pelo dirigente – responsabilidade tributária em relação aos fatos geradores ocorridos na época em que esteve à frente da

administração.....178.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de instrumento – conexão alegada em exceção de incompetência – possibilidade – notificação judicial – medida conservativa de direito – ausência de prevenção – ação de despejo a ser distribuída livremente.....223.

Concurso público – reprovação por suposta ausência de apresentação de todos os documentos exigidos no edital - impossibilidade de entrega de exame por culpa do laboratório – ofensa ao princípio da razoabilidade – preliminar de perda de objeto – inoportunidade – a eliminação do candidato adveio exclusivamente de ato praticado pela administração pública – precedentes do STJ e do TJCe.....228/229.

Fornecimento de medicação – antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional – direito à saúde – verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – possibilidade – precedentes do STF e STJ.....209.

ICMS – ação cautelar – concessão de medida liminar – finalidade de determinar o restabelecimento de repasse do tributo ao Município agravado tomando-se como base o índice vigente no exercício de 2003 – impugnação de ato de autoridade sujeito, na via de mandado de segurança, à competência originária do Tribunal de Justiça – interlocutória que esgotou o objeto da ação, possuindo nítido caráter satisfativo – impossibilidade – inteligência do Art.1º, §§ 1º e 3º, da Lei nº 8.437/1992 – precedentes.....197.

Plano de saúde – cooperativas com atuação regional no mesmo Estado da Federação – utilização do mesmo logotipo – teoria da aparência – negativa à extensão do tratamento para a cura de dependência química – impossibilidade205.

Servidor público – reintegração ao cargo – restabelecimento do *status quo ante* – possibilidade de execução provisória – precedentes do STJ – decisão que recebe apelação somente no efeito devolutivo – possibilidade – flexibilização do Art. 2ºB, da Lei nº 9.494/97.....214.

SENTENÇA DE 1º GRAU

Plano de saúde – contrato encerrado por falta de pagamento da mensalidade de janeiro de 2005 – pagamento efetuado das parcelas subsequentes – ausência de notificação prévia do consumidor acerca da inadimplência – determinação de reinclusão do autor no plano de saúde da promovida, sem carência, desde que efetue o pagamento da parcela em atraso.....237.

Plano de saúde – negativa de realização de cirurgia sob o argumento de que o procedimento era excluído por cláusula contratual tendo em vista não estar incluído na THM (tabela de honorários médicos) da AMB – intervenção cirúrgica banda gástrica ajustável – necessidade de cirurgia diagnosticada tanto pelo médico cirurgião como pelo ortopedista e traumatologista – tutela antecipada deferida – condenação da UNIMED ao custeio de todas as despesas decorrentes da cirurgia.....243.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Furto qualificado – absolvição – impossibilidade – autoria e materialidade comprovadas – princípio da insignificância – não aplicação – desclassificação para furto simples – inviabilidade – qualificadora configurada – atenuante da confissão espontânea – reconhecimento de ofício.....295/296.

Furto qualificado – erro na dosimetria – procedência – fixação da pena-base no mínimo legal – reconhecimento do delito na forma tentada – procedência – incidência da minorante de tentativa – aplicação retroativa da Lei de drogas – substituição de ofício da pena privativa de liberdade por restritiva de direito268/269

Furto qualificado – princípio da insignificância – exigência para sua aplicação a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente e a inexpressividade da lesão jurídica provada – ausência de requisito – valor da *res furtiva* – inaplicabilidade255.

Furto simples – absolvição por falta de provas – impossibilidade – elementos probatórios imputam ao acusado a autoria e a materialidade – demonstração pelas declarações das vítimas e testemunhas325.

Homicídio qualificado – absolvição – acolhimento da tese da legítima defesa – inconformismo Ministerial alegando decisão manifestamente contrária à prova dos autos – inocorrência – tese acatada pelos jurados com respaldo nos elementos do acervo probatório258.

Homicídio simples tentado – apelação Ministerial – exclusão das qualificadoras – julgamento contrário às provas dos autos – duas versões – não provimento – reconhecimento *ex officio* da prescrição da pretensão punitiva em sua forma intercorrente.....265.

Roubo qualificado – alegação de nulidade quanto à aplicação da dosimetria

da pena – ausência de fatos para exasperação da pena base acima do mínimo legal – inoportunidade – aplicação das atenuantes da confissão espontânea e menoridade.....329.

Roubo qualificado – concurso de pessoas – consideração de maus antecedentes por existência de ações penais em curso – Súmula nº 444 do STJ – violação – reconhecimento de reincidência em face de condenação posterior ao fato indicado na denúncia – impropriedade – nova dosimetria da pena – redução.....310/311.

Roubo tentado – negativa de autoria – impossibilidade – palavra da vítima – circunstâncias do crime esclarecidas – prova em harmonia com os demais elementos de convicção, inclusive com os elementos do Inquérito Policial.....276.

Tráfico de drogas – absolvição por falta de provas – impossibilidade – exacerbação da pena-base ao fixá-la acima do mínimo legal – inoportunidade.....290/291.

Tráfico de drogas – pedido de absolvição por falta de provas nos autos – impossibilidade -conjunto probatório contido nos autos respalda a condenação – autoria provada mediante os depoimentos das testemunhas colhidos em juízo e a materialidade comprovada ante os exames periciais das substâncias apreendidas.....306.

Tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico – prescrição retroativa da pena imposta a três sentenciados – extinção da punibilidade – extensão dos efeitos da decisão à ré não recorrente – inteligência do Art. 580, do CPP.....316/317.

HABEAS CORPUS

Furto qualificado – concurso de pessoas – falta de fundamentação do decreto prisional – inoportunidade – periculosidade das pacientes pelas reiterações criminosas – conveniência da instrução criminal e manutenção da ordem pública.....353.

Furto qualificado – paciente preso durante a instrução criminal – sentença de condenação – direito de apelar em liberdade denegado – ausência de fundamentação para manutenção da custódia – inoportunidade - constrangimento ilegal inexistente.....372.

Homicídio qualificado – ausência de fundamentação do decreto prisional – inoportunidade – risco de reiteração delitiva – ordem pública ameaçada – medida cautelar – inadequação ao caso concreto – liminar cassada.....377/378.

Incidente de execução – pleito de substituição de regime semi-aberto para o aberto ou prisão domiciliar – ausência de estabelecimento adequado para cumprimento da pena no regime estabelecido – cumprimento temporário sob as regras do regime aberto.....343.

Prisão preventiva – ausência de fundamentação na prisão e necessidade de imposição de medidas cautelares diversas da prisão – ação sem prova pré-constituída – não apresentação da ordem de prisão atacada – alegativa de excesso de prazo não configurada – demora no início da instrução causada pela defesa – Súmula nº 64 do STJ.....337/338.

Roubo majorado em concurso com corrupção de menores – prisão preventiva – sentença condenatória – alegação de constrangimento ilegal – negativa do direito de apelar em liberdade – decisão fundamentada quanto ao seu indeferimento – garantia da ordem pública.....356.

Tráfico de drogas – prisão em flagrante – ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva e falta de fundamentação no decreto prisional – inoportunidade – fundamentação na manutenção da ordem pública.....360.

Tráfico de drogas – prisão em flagrante – excesso de prazo na formação da culpa – inoportunidade – instrução criminal concluída – Súmula nº 52 do STJ.....347.

Tráfico de drogas e associação – prisão em flagrante convertida em preventiva – constrangimento ilegal por excesso de prazo – não configuração – mora justificada – comportamento do paciente e necessidade de expedição de cartas precatórias – inexistência de desídia do julgador.....350.

Tráfico de drogas e associação ao tráfico – ilegalidade da prisão preventiva – reiteração de pedido – impossibilidade – nulidade de interceptação telefônica – não ocorrência.....364/365.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Duplo homicídio qualificado e tentativa de homicídio qualificado – pronúncia – inconformidade defensiva – pretensão à desclassificação para privilegiado e absolvição sumária – impossibilidade – desclassificação da tentativa para lesão corporal – inviabilidade.....409/410.

Homicídio qualificado – alegação de inexistência de indícios suficientes de autoria – pretensão de impronúncia – improvemento – presença dos requisitos legais para submissão do acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri.....392.

-
- Homicídio qualificado – decisão de pronúncia – recurso pleiteando a impronúncia ou a absolvição sumária – negativa de autoria e envolvimento – impossibilidade – materialidade comprovada e indícios suficientes de autoria e participação no fato criminoso – exame meritório – atribuição constitucional do Tribunal do Júri.....396.
- Homicídio qualificado – pronúncia – irresignação defensiva buscando a despronúncia – viabilidade – indícios de autoria frágeis e insuficientes para submeter o réu a julgamento popular perante o Júri – decisão reformada.....387.
- Homicídio qualificado – sentença de pronúncia – exclusão da qualificadora da torpeza – impossibilidade – improcedência manifesta não evidenciada – competência exclusiva do Conselho de Sentença.....403.
- Homicídio simples – pronúncia – inconformidade defensiva – preliminar de nulidade – vício no procedimento de restauração de autos – ausência de prejuízo para a defesa – eiva não configurada – rejeição – desclassificação do delito para homicídio culposo – impossibilidade.....406.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ**

Esta obra foi composta em
Times New Roman e impresso em papel 24 kg.
Impressão e acabamento no Departamento Editorial e Gráfico
do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em
Fortaleza/CE, setembro de 2013.